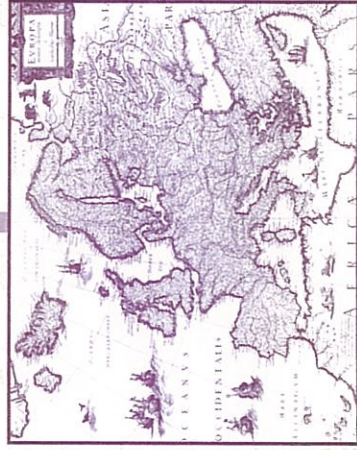


SOMMAIRE
2016 - N° 2

	Pages
Note de la rédaction.....	445
ÉDITORIAL	
L'arrangement avec le Royaume-Uni de février 2016 : analyse d'un pari perdu, par Jean-Victor Louis.....	449
DOCTRINE	
Confiance mutuelle et droits fondamentaux : « Back to the future », par Emmanuelle Bribois et Anne Weyembergh.....	469
Le relevé d'office par le juge européen : le moyen tiré de la violation des droits de la défense est-il d'ordre public ?, par Thomas Martin.....	523
Les agences décentralisées et le droit procédural de l'UE, par Merijn Chamon.....	541
La responsabilité des juridictions suprêmes dans le renvoi préjudiciel : With great(er) power, (at last) comes great responsibility?, par François-Vivien Guiot.....	575
Les EPIC : illustration d'une remise en cause de la propriété publique par le droit des aides d'État ?, par Charles Oiknine.....	631
JURISPRUDENCE	
Confiance mutuelle et identité constitutionnelle nationale – Quel avenir dans l'espace juridique européen ? À propos de la décision de la Cour constitutionnelle allemande sur le mandat d'arrêt européen du 15 décembre 2015, par Claus Dieter Classen.....	667
Chronique de jurisprudence européenne Aides d'État (2011-2015), Chapitre 1 – Les règles de fond, par Marianne Dony et Jacques Derenne.....	687
RECENSION	827
LIVRES REÇUS	831



CAHIERS DE DROIT EUROPÉEN

2016 NUMÉRO 2

52^e année

CAHIERS DE DROIT EUROPÉEN • 2016 • 2

D/2016/0023/183

CADE-N.16/2

ISBN : 978-2-8027-5687-3



Made

**CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE
EUROPÉENNE
AIDES D'ÉTAT (2011-2015)**

PAR

Marianne DONY (1)

ET

Jacques DERENNE (2)

Sommaire

	Pages
INTRODUCTION	689
Chapitre I. — LES RÈGLES DE FOND	690
Section I. — LA NOTION D'AIDE D'ÉTAT	690
A. — <i>Présentation générale</i>	690
B. — <i>Un avantage pour le bénéficiaire de l'aide</i>	695
a) La qualité d'entreprise du bénéficiaire	698
b) La notion d'avantage	702
(i) Avantage indirect	702
(ii) Charges incombant normalement à une entreprise	703
(iii) Mesures fiscales	705
(iv) Accès à des infrastructures publiques	707
(v) Garantie implicite	708
(vi) Autres avantages	709
c) Le critère de l'investisseur privé	711
(i) Champ d'application du test	711
(ii) Portée du critère	718
(iii) Apports en capital	723
(iv) Crédits et prêts	725
(v) Créancier public	727
(vi) Ventes de terrains et cessions d'entreprise	730
(vii) Autres transactions	738

(1) Professeur ordinaire à l'Université libre de Bruxelles, Chaire Jean Monnet de droit de l'Union européenne.

(2) Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris, partner, Sheppard, Mullin, Richter & Hampton, LLP, Bruxelles, Chargé de cours à l'Université de Liège et à la Brussels School of Competition.

d) Compensation pour l'exécution de missions d'intérêt de service public	741
C. — <i>Sélectivité de l'avantage</i>	750
a) <i>Sélectivité de jure et de facto</i>	751
(i) Subventions pour l'achat des seuls décodeurs TNT	752
(ii) Allègements fiscaux pour entreprises nouvellement cotées en bourse	753
(iii) Exonération de droits d'accès sur le gazoil utilisé pour le chauffage des serres	753
(iv) Garantie de l'État en faveur des établissements de crédit	754
b) Sélectivité découlant de pratiques administratives discrétionnaires.	755
c) Sélectivité découlant des allègements de charges normales qui pèsent sur les entreprises	758
(i) Mesures accordant des exonérations de certains impôts à certains types de sociétés.	758
(ii) Mesures ayant comme objectif de protéger l'environnement.	759
(iii) Incitation fiscale en faveur de certains établissements de crédit restructurés	760
(iv) Exemption de cotisation à une caisse de retraite	761
d) Clarifications quant aux limites de la sélectivité.	763
(i) Clôture de procédures fiscales pendantes moyennant paiement d'une somme égale à 5 % de la valeur du litige	763
(ii) Redevances aéroportuaires	764
(iii) Amortissement fiscal de la survaleur financière des prises de participations dans des sociétés étrangères.	765
(iv) Politique des couloirs de bus autorisant les seuls taxis londoniens à les utiliser, à l'exclusion des voitures de tourisme avec chauffeur	767
(v) Régime de leasing fiscal	768
769	
770	
D. — <i>L'origine étatique de l'aide</i>	
a) L'imputabilité de la mesure à l'État	770
(i) L'imputabilité à l'État de mesures adoptées par des entreprises publiques.	773
(ii) Aides directement réglementées au niveau de l'Union	774
b) Financement au moyen de ressources d'État	774
(i) Notion de ressources d'État	779
(ii) Effet négatif sur les ressources de l'État	782
(iii) Le lien entre l'implication de ressources étatiques et l'avantage accordé au bénéficiaire	783
E. — <i>Distorsion de concurrence et affectation des échanges entre États membres</i>	

Section 2. — LES DÉROGATIONS À L'INCOMPATIBILITÉ DES AIDES D'ÉTAT	788
A. — <i>L'article 107, paragraphe 3, TFUE</i>	789
a) Les critères généraux d'appréciation de la compatibilité des aides	789
(i) Le pouvoir d'appréciation discrétionnaire de la Commission	791
(ii) L'effet incitatif et la nécessité de l'aide	797
(iii) La prise en compte de l'intérêt commun	799
(iv) L'existence d'une aide antérieure	799
(v) La prise en considération d'autres dispositions du traité	801
b) La portée des lignes directrices et règlements adoptés par la Commission	804
c) L'application dans le temps des règles déterminant la compatibilité des aides	809
d) Les aides au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, spécialement des banques en difficulté	810
(i) Éligibilité de l'entreprise à une aide au sauvetage et à la restructuration	811
(ii) Appréciation de la compatibilité d'une aide à la restructuration	814
(iii) Le cas particulier du sauvetage et de la restructuration des banques en difficulté	818
B. — <i>L'article 106, paragraphe 2, TFUE</i>	822

TABLE DES ARRÊTS.....

Introduction

1. — La présente chronique, qui couvre la période allant du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2015, est la deuxième édition de la chronique consacrée dans ces *Cahiers* à la jurisprudence européenne relative aux aides d'État. Dès lors que la période sous analyse témoigne d'une grande stabilité jurisprudentielle, elle entend surtout mettre en relief les grands traits saillants de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal (3), notamment les apports, clarifications et précisions qui en résultent, sans prétendre à l'exhaustivité.

Dans la continuité de la première édition (4), elle est articulée en deux grands chapitres respectivement consacrés, d'une part, aux règles de fond

(3) Comme dans la première édition de la chronique, nous utiliserons les abréviations « CJ » pour la Cour de justice et « Trib. » pour le Tribunal.

(4) Publiée dans ces *Cahiers*, 2011/3 et 2012/1.

régissant les aides d'État, contenues à l'article 107 TFUE (chapitre I); et, d'autre part, à la procédure de contrôle des aides, qui fait l'objet de l'article 108 TFUE et du règlement de procédure (5), et au contentieux européen et national en ce domaine (chapitre II). Le chapitre II fera l'objet d'une prochaine livraison des *Cahiers*.

Chapitre I. — Les règles de fond

2. — Nous nous attacherons d'abord à l'examen de la jurisprudence relative à la définition de l'aide d'État, dont l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE, pose le principe de l'incompatibilité avec le marché intérieur (section 1), pour ensuite examiner les dérogations à ce principe, telles qu'elles résultent des paragraphes 2 et 3 de cette disposition mais aussi de l'article 106, paragraphe 2, TFUE (section 2).

SECTION 1. — LA NOTION D'AIDE D'ÉTAT

A. — *Présentation générale*

3. — Le traité ne contient aucune définition de la notion d'aide d'État, de sorte que c'est à la jurisprudence qu'a incombé cette tâche (6).

À cet égard, il est, en premier lieu, de jurisprudence constante que l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des mesures adoptées mais les définit uniquement en fonction de leurs effets (7).

(5) Soit, à l'heure actuelle, le règlement (UE) n° 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (texte codifié), *J.O.*, L. 248, 24 septembre 2015, p. 3.

(6) La Commission a adopté le 19 mai 2016 une communication sur la notion d'aide d'État codifiant la jurisprudence et sa propre pratique (Communication de la Commission relative à la notion d'«aide d'État» visée à l'article 107, § 1^{er}, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *J.O.*, C. 262, 19 juillet 2016, pp. 1-50). L'objectif principal de cette communication est de clarifier la portée des règles relatives aux aides d'État afin de faciliter les investissements publics, en précisant les cas dans lesquels les dépenses publiques soit relèvent du contrôle des aides d'État par l'Union européenne, soit y échappent.

(7) Voy. notamment CJ, 8 décembre 2011, C-81/10 P, *France Télécom c. Commission*, EU:C:2011:811, point 17; 19 mars 2013, C-399/10 P et C-401/10 P, *Bouygues c. Commission*, EU:C:2013:175, point 103; Trib., 17 mai 2011, T-1/08, *Buczek Automotive c. Commission*, EU:T:2011:216, point 69; 16 septembre 2013, T-226/09 et T-230/09, *British Telecommunications et BT Pension Scheme Trustees c. Commission*, EU:T:2013:466

Les juges de l'Union ont dès lors rappelé, de manière très classique, que la circonstance qu'une mesure poursuit un objectif environnemental (8), social (9) ou encore de protection de la santé publique (10) ne saurait suffire à la mettre à l'abri de cette disposition.

Mais la Cour, dans son arrêt *Bouygues c. Commission*, relatif à la recapitalisation de France Telecom (11), a déduit de ce principe une autre conséquence plus novatrice : elle a posé en règle que « les interventions étatiques prenant des formes diverses et devant être analysées en fonction de leurs effets, il ne saurait être exclu que plusieurs interventions consécutives de l'État doivent, aux fins de l'application de l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE, être regardées comme une seule intervention », notamment « lorsque des interventions consécutives présentent, au regard notamment de leur chronologie, de leur finalité et de la situation de l'entreprise au moment de ces interventions, des liens tellement étroits entre elles qu'il est impossible de les dissocier ».

Cette affirmation de principe a conduit la Cour à accueillir le pourvoi à l'encontre de l'arrêt du Tribunal (12), qui avait annulé la décision par laquelle la Commission avait conclu à l'existence d'une aide dans un soutien de France Telecom (FT) en 2002 par le gouvernement français. La Commission avait adopté une « approche globale », consistant à apprécier conjointement l'ensemble des interventions de l'État français depuis les déclarations de juillet 2002 jusqu'au contrat d'avance d'actionnaire, pour conclure que le critère du transfert de ressources d'État était rempli en l'espèce. Le Tribunal avait considéré que la Commission avait méconnu la notion d'aide d'État car elle n'avait pas démontré l'existence d'un transfert de ressources d'État connexe à l'avantage identifié, à savoir le projet d'avance d'actionnaire.

La Cour a jugé que le Tribunal a commis une erreur de droit « en retenant un critère de nature à exclure d'emblée que ces interventions étatiques puissent, en fonction des liens entre elles et de leurs effets, être regardées

(ci-après *British Telecom c. Commission*), point 39; 25 mars 2015, T-538/11, *Belgique c. Commission*, EU:T:2015:188, point 80.

(8) CJ, 8 septembre 2011, C-279/08 P, *Commission c. Pays-Bas*, EU:C:2011:551, point 75.

(9) Trib., 11 septembre 2012, T-565/08, *Corsica Ferries c. Commission*, EU:T:2012:415, point 136.

(10) Trib., 25 mars 2015, *Belgique c. Commission*, point 81.

(11) CJ, 19 mars 2013, précité, points 104 et 105.

(12) Trib., 21 mai 2010, T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04, *France et France Telecom c. Commission et Bouygues c. Commission*, EU:T:2010:216, analysé dans la première édition de cette chronique, n° 8 à 10 et 57 à 59.

comme une seule intervention» (13); elle s'est ensuite estimée en mesure de trancher elle-même la question. Elle relève que la Commission «n'a pas fondé sa constatation de l'existence d'une aide d'État sur un engagement que l'État français aurait pris en effectuant la déclaration du 12 juillet 2002» mais a considéré que «l'annonce du 4 décembre 2002 et l'offre d'avance d'actionnaire, prises ensemble, ont conféré un avantage impliquant l'engagement de ressources d'État». La Cour estime que cette appréciation n'est entachée d'aucune erreur car il est «manifeste que l'annonce du 4 décembre 2002 ne peut pas être dissociée de l'avance d'actionnaire offerte sous forme d'une ligne de crédit de 9 milliards d'euros dont ladite annonce fait expressément état», d'autant que l'annonce «a été faite le jour même de la notification de l'avance d'actionnaire à la Commission» (14).

4. — Un second enseignement traditionnel de la jurisprudence est que la notion d'aide présente un caractère juridique et doit être interprétée sur la base d'éléments objectifs.

Il en résulte d'abord que la qualification d'une mesure comme aide ne saurait dépendre ni d'une appréciation subjective de la Commission (15) ni du comportement, d'une pratique administrative antérieure (16) ou de déclarations de celle-ci. La Cour (17) a en particulier jugé que la circonstance que le Conseil avait adopté des décisions autorisant des exonérations de droits d'accises sur proposition de la Commission ne peut faire obstacle à ce que cette dernière qualifie ces exonérations en tant qu'aides d'État si les conditions de l'existence d'une telle aide sont remplies.

Toutefois, la principale conséquence du caractère objectif de la notion d'aide est que «le juge de l'Union européenne doit, en principe et compte tenu tant des éléments concrets du litige qui lui sont soumis que du caractère

(13) Nous reviendrons plus en détails sur cette question dans le paragraphe relatif au transfert de ressources d'État.

(14) Points 126 à 131 de l'arrêt de la Cour du 19 mars 2013.

(15) Trib., 3 juillet 2014, T-319/12 et T-321/12, *Espagne c. Commission*, EU:T:2014:604, point 46.

(16) Trib., 15 janvier 2015, T-1/12, *France c. Commission*, EU:T:2015:17, points 57 et 58.

(17) CJ, 10 décembre 2013, C-272/12 P, *Commission c. Irlande*, EU:C:2013:812, point 53. La Cour annule l'arrêt du Tribunal du 21 mars 2012, T-50/06 RENV, T-56/06 RENV, T-60/06 RENV, T-62/06 RENV et T-69/06 RENV, *Irlande e.a. c. Commission*. Le Tribunal a rendu un nouvel arrêt le 22 avril 2016, T-50/06 RENV II et T-69/06 RENV II, *Irlande c. Commission*, EU:T:2016:227, rejetant le recours en annulation de la décision de la Commission. Cet arrêt sera analysé dans la prochaine édition de cette chronique.

rière 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 107, paragraphe 1^{er}, TFUE». Il n'est fait exception à cette règle que lorsque les appréciations portées par la Commission présentent un caractère technique ou complexe. Le juge doit alors limiter son contrôle à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits retenus, de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation de ces faits ou de l'absence de détournement de pouvoir et ne peut substituer son appréciation à celle de la Commission (18). Tel est particulièrement le cas lorsqu'il s'agit pour la Commission d'apprécier si une mesure satisfait au critère de l'investisseur privé dans une économie de marché, comme nous le verrons plus loin.

5. — En application de ces principes, la Cour, dans l'arrêt *BNP Paribas* du 21 juin 2012, a reproché au Tribunal de ne pas avoir exercé «un entier contrôle en ce qui concerne la question de savoir si un régime fiscal entrainé dans le champ d'application de l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE». Elle a souligné que, «dans l'exercice de l'entier contrôle de la qualification du régime fiscal litigieux en tant qu'aide d'État auquel il était tenu de procéder, le Tribunal devait rechercher si la différenciation entre entreprises résultant de ce régime ne résultait pas de la nature ou de l'économie du système fiscal dans lequel il s'inscrivait» et, à cette fin, «examiner le régime de réalignement fiscal dans sa globalité» et «apprécier les arguments des requérantes et de la Commission», ce qu'il n'a pas fait (19).

À l'inverse, dans l'affaire *Frucona Košice*, la Cour (20) estime que le Tribunal a «excédé les limites de son contrôle». Le Tribunal (21) avait jugé que la Commission n'avait commis aucune erreur manifeste d'appréciation en estimant que l'administration fiscale slovaque ne s'était pas comportée comme un créancier privé en économie de marché en accordant une remise

(18) Voy. notamment CJ, 21 juin 2012, C-452/10 P, *BNP Paribas et BNL c. Commission*, EU:C:2012:366, point 100; 21 mars 2013, C-405/11 P, *Commission c. Bucek Automotive*, EU:C:2013:186, points 48 à 50; 4 septembre 2014, C-533/12 P et C-536/12 P, *SNCM c. Corsica Ferries France*, EU:C:2014:2142, point 15; Trib., 13 décembre 2011, T-244/08, *Konsum Nord c. Commission*, EU:T:2011:732, point 37; 2 mars 2012, T-29/10 et T-33/10, *Pays-Bas c. Commission*, EU:T:2012:98, point 100; 28 mars 2012, T-123/09, *Ryanair c. Commission*, EU:T:2012:164, point 75; 16 septembre 2013, T-226/09 et T-230/09, *British Telecom c. Commission*, précité, point 39.

(19) Points 102 et 104. Ensuite, la Cour a estimé qu'elle était en mesure de se prononcer elle-même sur la question (voy. à ce sujet *infra*, n° 74).

(20) CJ, 24 janvier 2013, C-73/11 P, *Frucona Košice c. Commission*, EU:C:2013:32.

(21) Trib., 7 décembre 2010, T-11/07, *Frucona Košice c. Commission*, EU:T:2010:498, analysé dans la première édition de cette chronique, n° 30.

partielle de dette et, dans ce cadre, il avait conclu que la Commission avait pu estimer que la durée d'une procédure de liquidation judiciaire n'aurait pas influencé la décision d'un créancier privé. La Cour constate que cette conclusion ne se rattache à aucune appréciation figurant dans la décision de la Commission et reproche dès lors au Tribunal de s'être appuyé, pour rejeter les moyens qu'il examinait, « sur une appréciation de la durée d'une procédure de liquidation judiciaire qui visait à combler une lacune dans la motivation de la décision [attaquée] par des motifs étrangers à celle-ci », sans « vérifier si les informations disponibles relatives à la durée d'une liquidation judiciaire étaient pertinentes en l'espèce aux fins d'une appréciation sous l'angle du critère du créancier privé et, dans l'affirmative, si la Commission en a tenu compte » (22).

Enfin, dans l'affaire *SNCM c. Corsica Ferries*, la Cour (23) rejette cette fois le pourvoi introduit à l'encontre de l'arrêt du Tribunal du 11 septembre 2012 et tiré de ce que le Tribunal n'aurait pas fait une application correcte des principes relatifs à la portée du contrôle juridictionnel sur la qualification d'une mesure comme aide. La Cour relève que le Tribunal n'a « nullement remis en cause les travaux de l'expert indépendant qui avaient permis de fonder la décision » de la Commission excluant la présence d'une aide dans la cession de la SNCM mais a estimé, après examen de cette décision, « que la Commission n'avait pas suffisamment étayé son raisonnement et qu'elle s'était fondée sur des éléments qui n'étaient pas objectifs ni vérifiables », pour conclure qu'il n'a pas « méconnu la marge d'appréciation de la Commission » ni « substitué son propre raisonnement à celui de l'expert nommé par cette dernière ».

6. — La qualification d'une mesure comme aide requiert que toutes les conditions visées à l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE soient remplies. À cet égard, une jurisprudence constante, rappelée dans de nombreux arrêts au cours de la période sous analyse (24), identifie les quatre conditions cumula-

(22) Points 77 et 88 de l'arrêt de la Cour. Suite à cet arrêt, et afin de remédier aux lacunes mises en évidence par cette dernière, la Commission a adopté une nouvelle décision le 16 octobre 2013, qui arrivait à une conclusion identique. Cette décision a été annulée par le Tribunal dans un arrêt du 16 mars 2016, T-103/14, *Frucona Košice c. Commission*, EU:T:2016:152, au motif que, à la date de l'adoption de la décision attaquée, la Commission ne disposait pas des éléments matériels lui permettant d'affirmer qu'un créancier privé aurait manifestement opté pour la procédure d'exécution fiscale. Cet arrêt sera analysé dans la prochaine édition de cette chronique.

(23) CJ, 4 septembre 2014, *SNCM c. Corsica Ferries France*, précité, points 17 à 19.

(24) Voy. notamment, en dernier lieu, CJ, 16 avril 2015, C-690/13, *Trapeza Eurobank Ergasias*, EU:C:2015:235, point 17; 4 juin 2015, C-15/14 P, *Commission c. MOL*,

tives suivantes : « premièrement, il doit s'agir d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État, deuxièmement, cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre les États membres, troisièmement, elle doit accorder un avantage sélectif à son bénéficiaire et, quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence ».

Mais, dans le même temps, le juge de l'Union précise, d'une part, que « l'exigence de sélectivité (...) doit être clairement distinguée de la détection concomitante d'un avantage économique » (25); et, d'autre part, que « les conditions tenant à l'affectation des échanges entre États membres et à la distorsion de la concurrence sont indissociablement liées » et doivent donc être examinées ensemble (26). Nous analyserons dès lors successivement les conditions relatives à l'existence d'un avantage (B), au caractère sélectif de cet avantage (C), à l'origine étatique de la mesure (D) et à la distorsion de concurrence et l'affectation du commerce entre États membres (E), telles que leurs contours ont été précisés par la jurisprudence au cours de la période analysée.

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

7. — Il est de jurisprudence constante que « les avantages consentis peuvent ressortir non seulement des prestations positives telles que des subventions, des prêts ou des prises de participation au capital d'entreprises » (27), mais également « des interventions d'État qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, par-là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont de même nature et ont des effets identiques » (28), ou encore qu'ils visent toutes « les interventions qui, sous quelque forme que ce soit, sont susceptibles de favoriser directement ou indirectement des entreprises, ou qui doivent être considérées comme un avantage économique que l'entre-

EU:C:2015:362, point 47; 16 juillet 2015, C-39/14, *BVVG*, EU:C:2015:470, point 24; Trib., 15 janvier 2015, *France c. Commission*, point 30; 2 juillet 2015, T-425/04 RENV et T-444/04 RENV, *France c. Commission*, EU:T:2015:450, point 187.

(25) CJ, 4 juin 2015, *Commission c. MOL*, point 59.

(26) CJ, 14 janvier 2015, C-518/13, *Eventech*, EU:C:2015:9, point 65; Trib., 28 octobre 2015, T-253/12, *Hammar Noratic Pflugg c. Commission*, EU:T:2015:811, point 123.

(27) Trib., 18 janvier 2012, T-422/07, *Djebel c. Commission*, EU:T:2012:11, point 83.

(28) CJ, 15 novembre 2011, C-106/09 P et C-107/09 P, *Commission c. Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, EU:C:2011:732, point 71; 8 décembre 2011, *France c. Gibraltar*, précité, point 16; 9 octobre 2014, C-522/13, *Navantia*, EU:C:2014:2262, point 22; Trib., 17 mai 2011, *Bucek Automotive c. Commission*, point 68; 16 septembre 2013, T-226/09 et T-230/09, *British Telecom c. Commission*, précité, point 43; 26 février 2015, T-135/12, *France c. Commission*, EU:T:2015:116, point 34.

prise bénéficiaire n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché» (29).

La jurisprudence tient aussi pour fermement acquis que « la circonstance selon laquelle un État membre cherche à rapprocher, par des mesures unilatérales, les conditions de concurrence existant dans un certain secteur économique de celles prévalant dans d'autres États membres ne saurait enlever à ces mesures le caractère d'aide » (30). Cette règle vaut notamment, comme l'a confirmé la Cour (31), « pour les mesures destinées à compenser d'éventuels désavantages auxquels les entreprises installées dans une certaine région d'un État membre sont exposées ». La Cour a, dès lors, validé l'analyse du Tribunal (32) selon laquelle la circonstance que certains avantages étaient destinés à compenser les coûts supplémentaires liés aux conditions particulières auxquelles les opérateurs implantés à Venise sont exposés ne permettait pas d'écarter leur qualification en tant qu'aides.

L'argument selon lequel une mesure viserait à simplement compenser un « désavantage structurel » dont souffriraient certaines entreprises, en raison de « certaines obligations additionnelles », qualifiées de charges anormales, qui leur seraient imposées par rapport à leurs concurrents, n'est pas accueilli plus favorablement par la jurisprudence (33).

8. — À cet égard, le Tribunal (34) a entendu strictement limiter la possibilité d'invoquer la jurisprudence *Enirisorse* (35), selon laquelle « une mesure ne saurait être qualifiée d'aide d'État lorsqu'elle se limite à éviter que le budget du bénéficiaire de celle-ci soit grevé par une charge qui, dans une situation normale, n'aurait pas existé ». Il rappelle que, dans cet arrêt,

(29) CJ, 9 juin 2011, C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P, *Comitato « Venezia vuole vivere » c. Commission*, EU:C:2011:368, point 91 ; 9 octobre 2014, précité, point 21.

(30) CJ, 9 juin 2011, *Comitato « Venezia vuole vivere » c. Commission*, précité, point 95 ; Trib., 16 septembre 2013, *British Telecom c. Commission*, précité, point 71 ; 16 juillet 2014, T-295/12, *Allemagne c. Commission*, EU:T:2014:675, point 144.

(31) CJ, 9 juin 2011, *Comitato « Venezia vuole vivere » c. Commission*, précité, point 96. (32) Trib., 28 novembre 2008, T-254/00, T-270/00 et T-277/00, *Hotel Cipriani e.a. c. Commission*, EU:T:2008:537, analysé dans la première édition de cette chronique, n° 6.

(33) Trib., 16 septembre 2013, *British Telecom c. Commission*, précité, à propos d'une exonération partielle de l'obligation de cotiser à un fonds de protection des retraites accordée à BT. Par un arrêt du 22 octobre 2014, C-620/13 P, EU:C:2014:2309, la Cour a rejeté le pourvoi introduit à l'encontre de cet arrêt mais sans prendre position sur cet aspect.

(34) Trib., 26 février 2015, T-135/12, *France c. Commission*, EU:T:2015:116 (arrêt sous pourvoi : C-211/15 P, *Orange SA, anciennement France Télécom, c. Commission* – l'avocat général Wahl a conclu au rejet du pourvoi le 4 février 2016 – arrêt en délibéré au moment d'écrire ces lignes).

(35) CJ, 23 mars 2006, C-237/04, *Enirisorse*, EU:C:2006:197.

la Cour a jugé qu'une réglementation italienne qui, d'une part, accordait aux associés d'une société contrôlée par l'État une faculté, dérogatoire au droit commun, de retrait de cette société et, d'autre part, soumettait cette faculté à la condition de renoncer à tout droit sur le patrimoine de la société concernée n'accordait pas d'avantage à cette dernière, car cette dernière mesure entendait uniquement éviter « que l'application du régime exceptionnel grève le budget de la société en question d'une charge, à savoir le remboursement des actions des sociétés actionnaires, qui n'était pas prévue par le régime qui lui était normalement applicable ». Il souligne que les circonstances visées par cet arrêt étaient donc exceptionnelles et spécifiques : « s'agissant d'un régime doublement dérogatoire par rapport au régime normal, la mesure litigieuse ne pouvait exister qu'en rapport avec le régime précédent et en fonction du seul objectif visant à neutraliser l'avantage que ce dernier octroyait aux actionnaires de la société en cause » (36). Le Tribunal ajoute que la jurisprudence a, par la suite, précisé que, « si la Commission lors de l'examen d'une mesure susceptible de constituer une aide d'État, est habilitée à tenir compte de charges spécifiques grevant un avantage », une « mesure ne saurait échapper à la qualification d'aide lorsque le bénéficiaire de celle-ci est soumis à une charge spécifique qui est distincte et sans rapport avec l'aide en question » (37).

En l'espèce, le Tribunal avait à connaître d'une décision de la Commission qui avait conclu que les changements introduits en 1996 dans le régime des charges supportées par France Télécom, en ce qui concerne le paiement des retraites de son personnel ayant le statut de fonctionnaire, constituait une aide d'État dans la mesure où ils réduisaient la contrepartie que France Télécom versait jusqu'alors. La France faisait valoir que la mesure visait à libérer France Télécom du désavantage structurel dont elle souffrait par rapport à ses concurrents, soumis au régime du droit commun de la sécurité sociale. Le Tribunal a rejeté l'argument dans les termes suivants : « il y a lieu de constater que le système de retraite des fonctionnaires découle d'un régime juridiquement distinct et clairement séparé du régime applicable aux salariés de droit privé, tels que les salariés des concurrents de France Télécom. Il n'apparaît pas, en particulier, que les cotisations concernant les coûts des pensions des fonctionnaires de l'État soient soumises au régime commun des contributions de retraite, ce qui permettrait de conclure que ce dernier constitue le régime normalement applicable en l'espèce. Par conséquent, il n'est pas possible de conclure que la mesure litigieuse vise à éviter

(36) Points 37 à 39 de l'arrêt du 26 février 2015.

(37) CJ, 8 décembre 2011, *France c. Commission*, précité, point 43.

que France Télécom soit soumise à une charge qui, dans une situation normale, ne devrait pas grever son budget au sens de l'arrêt *Enirisorse*» (38).

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

a) *La qualité d'entreprise du bénéficiaire*

10. — L'article 107 TFUE vise les aides accordées à des «entreprises» et ne s'applique donc pas dans l'hypothèse où le bénéficiaire d'une aide ne répond pas à la définition de l'entreprise, telle qu'elle a été dégagée dans le droit de l'Union, à savoir «toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement» (39). Ainsi que l'a précisé à juste titre le Tribunal (40), c'est la qualité d'entreprise du bénéficiaire de l'aide, et non de l'organisme qui verse celle-ci, qui importe.

Au cours de la période sous analyse, cette qualification a été au cœur de quatre affaires.

11. — L'affaire *Freistaat Sachsen c. Commission* (41) a amené le Tribunal à trancher, pour la première fois, la question de savoir si, s'agissant de l'extension d'infrastructures aéroportuaires (la construction d'une nouvelle piste sud de décollage et d'atterrissage à l'aéroport de Leipzig), les aéroports constituaient des entreprises.

Le Tribunal commence par rappeler qu'il est de jurisprudence constante que «la gestion des infrastructures aéroportuaires constitue une activité économique» (42) et qu'il n'y a pas lieu à cet égard de distinguer selon qu'il s'agit d'un aéroport international ou régional. Il constate ensuite qu'en

(38) Point 40 de l'arrêt du 26 février 2015.

(39) Selon une jurisprudence constante rappelée par les quatre arrêts analysés plus loin. (40) Trib., 16 juillet 2014, T-295/12, *Allemagne c. Commission*, EU:T:2014:675, point 41; 25 mars 2015, *Belgique c. Commission*, précité, point 96.

(41) Trib., 24 mars 2011, T-443/08 et T-455/08, *Freistaat Sachsen c. Commission*, EU:T:2011:117.

(42) L'arrêt de base en la matière, rendu dans le contexte de l'application de l'article 86 CE devenu 102 TFUE relatif aux abus de position dominante, est l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 2000, T-128/98, *Aéroports de Paris c. Commission*, EU:T:2000:290, confirmé par la Cour de justice (CJ), 24 octobre 2002, C-82/01 P, EU:C:2002:617.

l'espèce, l'exploitation de la nouvelle piste sud participera à l'activité économique de l'aéroport de Leipzig, puisque cette piste ne sera pas mise à disposition à titre gratuit mais exploitée à titre commercial, avec le paiement de taxes en contrepartie de son utilisation. Le Tribunal ajoute qu'il n'y a pas lieu de dissocier l'activité de gestion de l'infrastructure et l'activité consistant à construire ou à agrandir cette infrastructure et que donc, à partir du moment où une infrastructure fait l'objet d'une exploitation économique, le caractère économique de l'utilisation ultérieure détermine nécessairement le caractère de l'activité de construction ou d'extension de cette infrastructure. Il relève que «les pistes d'atterrissage et de décollage sont des éléments essentiels pour les activités économiques menées par un exploitant d'aéroport et la construction de pistes d'atterrissage et de décollage permet à un aéroport d'exercer son activité économique principale, ou, lorsqu'il s'agit de la construction d'une piste supplémentaire ou de l'extension d'une piste existante, de la développer» (43).

Le Tribunal reconnaît que, par le passé, la Commission a considéré que la réalisation de projets d'infrastructures constituait une mesure de politique générale qu'elle ne pouvait contrôler au titre des règles relatives aux aides d'État mais il souligne que, depuis lors, le secteur aéroportuaire a connu des évolutions concernant en particulier son organisation et sa situation économique et concurrentielle et que, de plus, la jurisprudence a affirmé le caractère économique de l'activité des gestionnaires d'aéroports (44).

Le Tribunal écarte encore «l'argumentation selon laquelle les coûts des infrastructures publiques devraient être supportés par la collectivité», au motif qu'un exploitant d'aéroport, du fait «qu'il n'exerce pas uniquement des missions relevant notamment de la politique d'aménagement du territoire ou des transports, mais aussi une activité économique», devrait financer au moyen de ses ressources propres les coûts des constructions qui sont à la base de son activité économique (45).

Enfin, le Tribunal souligne que la circonstance que l'utilisation d'une infrastructure est ouverte à tous les usagers potentiels de manière égale et non discriminatoire peut être un critère pertinent permettant d'exclure l'existence d'une aide en faveur des usagers de l'infrastructure en cause mais ne permet pas de déterminer si l'exploitant de cette infrastructure exerce ou non une activité économique (46).

(43) Points 93 à 96 de l'arrêt du Tribunal.

(44) Points 103 à 106 de l'arrêt du Tribunal.

(45) Point 107 de l'arrêt du Tribunal.

(46) Point 109 de l'arrêt du Tribunal.

La Cour (47) a rejeté le pourvoi introduit à l'encontre de cet arrêt. Certes, elle critique plusieurs des considérations du Tribunal, notamment celles selon lesquelles «les pistes d'atterrissage et de décollage sont des éléments essentiels pour les activités économiques menées par un exploitant d'aéroport»; «l'objectif de la construction d'une piste d'atterrissage est lié à l'activité économique principale d'un aéroport» ou encore la «construction et l'extension de la piste [sont] des conditions préalables à son exploitation». Pour la Cour, ces considérations sont «impropres, de par leur généralité et du fait qu'elles pourraient également valoir pour certaines activités relevant de l'exercice de prérogatives de puissance publique, à établir le caractère économique d'une activité donnée de construction d'infrastructures aéroportuaires» (48).

Mais, par ailleurs, la Cour relève que, pour déterminer si la Commission avait à bon droit estimé que la construction de la piste en cause constituait une activité économique, le Tribunal a «procédé à un examen de cette activité et recherché quelle était la nature de celle-ci» et qu'ainsi, il a «non pas présumé mais établi qu'elle ne pouvait être dissociée de l'exploitation des infrastructures aéroportuaires, qui constitue une activité économique». La Cour ajoute que, dès lors que le Tribunal a établi que la construction de la nouvelle piste sud était une activité directement rattachable à la gestion de l'aéroport, laquelle est une activité économique, il n'avait pas «à rechercher s'il existait un marché spécifique pour l'activité de construction d'infrastructures aéroportuaires» (49).

12. — Dans l'arrêt *Allemagne c. Commission* (50), le Tribunal s'est penché sur la qualification à donner à des organisations de protection de l'environnement. Les parties s'accordaient à reconnaître que l'activité de protection de l'environnement, en elle-même, avait un caractère exclusivement social, et non économique, mais la discussion portait sur les activités secondaires menées par ces organisations, notamment l'agriculture, la sylviculture, l'affermage de terrains de chasse ou de plans d'eaux destinés à des activités piscicoles et le tourisme. La Commission considérait qu'en tant qu'elles se livraient à de telles activités, les organisations de protection de l'environnement étaient des entreprises, alors que l'Allemagne soutenait que ces activités n'étaient que la «simple conséquence de leur activité non économique» (51).

(47) CJ, 19 décembre 2012, C-288/11 P, *Mitteldeutsche Flughafen c. Commission*, EU:C:2012:821.

(48) Point 47 de l'arrêt de la Cour.

(49) Points 44 et 49 de l'arrêt de la Cour.

(50) Trib., 12 septembre 2013, T-347/09, *Allemagne c. Commission*, EU:T:2013:418.

(51) Point 24.

Le Tribunal relève que «les autorités nationales n'ont pas déterminé à l'avance les frais liés aux activités secondaires, ni la méthode pour leur fixation», de sorte que «les organisations de protection de l'environnement fournissent des biens et des services contre rémunération et déterminent librement les prix y afférents». Il ajoute que les secteurs d'activité en cause «fonctionnent le plus souvent selon les conditions du marché et comportent des entreprises opérant dans un cadre concurrentiel et cherchant à réaliser des bénéfices» et que ces activités «n'ont pas toujours été, et ne sont pas nécessairement, exercées par des autorités publiques», pour conclure que, par leurs activités secondaires, «les organisations de protection de l'environnement offrent directement des produits et des services sur le marché» et que, dans cette mesure, elles doivent être considérées comme des entreprises, «nonobstant la circonstance que l'offre de biens ou de services est faite sans but lucratif, dès lors que cette offre se trouve en concurrence avec celle d'opérateurs poursuivant un tel but» (52).

13. — L'affaire *Espagne c. Commission* permet au Tribunal (53) de rappeler que «le déploiement, la maintenance et l'exploitation» d'un réseau de télévision numérique terrestre (TNT) constitue une activité qui, par sa nature, son objet et les règles auxquelles elle est soumise, «ne se rattache pas à l'exercice des prérogatives de puissance publique mais présente un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du droit de l'Union». Le Tribunal écarte donc l'argument des autorités espagnoles selon lequel l'exploitation d'un tel réseau par des autorités publiques dans des régions moins urbanisées et éloignées «correspondait à l'exercice des pouvoirs de puissance publique et ne constituait pas une activité économique», pour le motif que leur seule volonté serait «de répondre aux besoins de la population rurale et non de participer au marché».

14. — Enfin, c'est par le biais de la réponse à une question préjudicielle que la Cour (54) a examiné si l'activité de virement postal destinée à assurer le versement de pensions de retraite, exercée par *Balgarski poshti*, devait être considérée comme concourant de manière indissociable au fonctionnement du système national de retraite ou si elle constituait une activité

(52) Points 39 à 41. Le Tribunal reconnaît ensuite que des exigences environnementales et, le cas échéant, les statuts des organisations de protection de l'environnement peuvent rendre les services fournis moins compétitifs que des services comparables effectués par d'autres opérateurs non soumis à de telles obligations mais il considère que cette circonstance «ne saurait empêcher que les activités secondaires soient considérées comme étant de nature économique».

(53) Trib., 26 novembre 2015, T-461/13, *Espagne c. Commission*, EU:T:2015:891.

(54) CJ, 22 octobre 2015, C-185/14, *EasyPay et Finance Engineering*, EU:C:2015:716.

économique. La Cour relève qu'il résulte du dossier que les prestations de vieillesse octroyées dans le cadre du système de sécurité sociale de l'État relèvent des missions de l'Institut national de sécurité sociale, qui, dans l'exercice de cette mission, fait appel à Balgarski poshti uniquement pour assurer le versement des pensions de retraite et qu'en outre, les virements postaux opérés par Balgarski poshti ne sont pas l'unique moyen de procéder au versement des pensions de retraite, dont le paiement peut également être effectué par l'intermédiaire d'établissements bancaires. La Cour indique que ces éléments constituent un indice permettant de considérer que l'activité de virement postal par laquelle sont versées les pensions de retraite pourrait être dissociable du système national de retraite mais confie ensuite à la juridiction de renvoi le soin d'apprécier leur pertinence, notamment au regard des autres éléments de fait et de droit dont elle dispose.

b) *La notion d'avantage*

(i) *Avantage indirect*

15. — La jurisprudence dans la période sous analyse offre plusieurs illustrations de la notion d'avantage indirect.

Ainsi, la Cour (55) a confirmé, à propos d'une subvention accordée par l'Italie à chaque utilisateur du service de radiodiffusion qui achète ou loue un appareil permettant la réception, en clair, des signaux numériques terrestres, dans le but d'accélérer le passage à la télévision numérique terrestre (TNT), l'analyse du Tribunal (56) selon laquelle une aide dont les bénéficiaires directs sont des consommateurs peut néanmoins constituer une aide indirecte à des opérateurs économiques. Les juges européens ont, à cet égard, mis en exergue le fait que la dérogation prévue à l'article 107, paragraphe 2, sous a), TFUE, relative aux « aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels », serait « superflète si les aides octroyées aux consommateurs individuels ne pouvaient jamais constituer des aides d'État car, dans cette hypothèse, la question de leur compatibilité avec le marché commun ne se poserait jamais ».

De la même manière, des aides à la « personne », dont les bénéficiaires directs sont des employés, peuvent impliquer une aide indirecte en faveur de leur employeur. Dans l'arrêt *Corsica Ferries c. Commission* du 11 septembre 2012, le Tribunal identifie deux avantages indirects pour l'em-

(55) CJ, 28 juillet 2011, C-403/10 P, *Mediaset c. Commission*, EU:C:2011:533, point 81.

(56) Trib., 15 juin 2010, T-17707, *Mediaset c. Commission*, EU:T:2010:233, points 75 et 76.

ployeur : d'abord, ces aides lui ont évité de devoir supporter des coûts qui auraient normalement dû grever ses ressources financières propres ; ensuite, l'existence d'un compte séquestre sur lequel ont été déposées des avances destinées à payer des indemnités aux personnels licenciés dans l'éventualité d'un nouveau plan social exécuté par les repreneurs a été « de nature à créer une incitation pour les salariés de la SNCM à quitter l'entreprise ou, tout du moins, à la quitter sans négocier leur départ » (57).

La Cour s'est encore prononcée sur le possible caractère indirect d'un avantage résultant d'une aide octroyée sous la forme d'une garantie (58). Elle a relevé que, si le bénéficiaire direct d'une aide octroyée sous la forme d'une garantie est évidemment l'emprunteur qui voit le coût financier du prêt et de la garantie diminuer, l'institution de crédit qui a accordé le prêt peut aussi, dans certaines circonstances factuelles, en être le bénéficiaire indirect. En l'espèce, une société financière, Residex, était titulaire d'une créance à l'égard de l'entreprise Aerospace et avait transformé cette créance en un prêt assorti d'une garantie de la commune de Rotterdam. Pour la Cour, il ne saurait être d'emblée exclu que la garantie en cause ait été accordée pour les besoins d'une créance existante de Residex, et ce, dans le cadre d'un aménagement de la dette d'Aerospace, et que, si tel devait être le cas, Residex aurait obtenu, au moyen de cette garantie, un avantage économique propre, dans la mesure où sa créance serait devenue plus sûre du fait de la garantie de celle-ci par l'autorité publique.

Enfin, le Tribunal (59) a conclu que l'octroi de prêts sans intérêt à des associations de coopératives agricoles (UCA) du secteur céréalier comportait un avantage indirect pour les producteurs, dès lors que ces prêts étaient « affectés aux quantités de céréales achetées auprès des producteurs », cet avantage consistant dans l'incidence positive sur les conditions de vente de céréales par les producteurs aux UCA, qu'ils n'auraient pas pu obtenir si aucun prêt n'avait été accordé aux UCA.

(ii) *Charges incombant normalement à une entreprise*

16. — Le caractère très large de la notion de « charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise » a été réaffirmé par plusieurs arrêts dans la période sous analyse.

(57) Points 138 et 144 de l'arrêt.

(58) CJ, 8 décembre 2011, C-275/10, *Residex*, EU:C:2011:814 ; voy. dans le même sens, CJ, 19 mars 2015, C-672/13, *OTP Bank*, EU:C:2015:185.

(59) Trib., 9 avril 2014, T-150/12, *Grèce c. Commission*, EU:T:2014:191, point 77.

L'arrêt *Belgique c. Commission* du 25 mars 2015 a donné l'occasion au Tribunal de rappeler que cette notion « inclut, notamment, les coûts supplémentaires que les entreprises doivent supporter en raison des obligations d'origine légale, réglementaire ou conventionnelle qui s'appliquent à une activité économique ». Il a, dès lors, logiquement jugé que la Commission n'avait pas commis d'erreur en considérant que « le coût des contrôles qui concernaient la production ou la commercialisation des produits, rendus obligatoires par une disposition d'origine légale ou réglementaire, tels les tests de dépistage de l'ESB obligatoires, constituait une charge qui grevait normalement le budget d'une entreprise » (60).

C'est par référence au principe du « pollueur-payeur » que les juges de l'Union ont affirmé que les coûts de réduction des émissions d'oxydes d'azote « relèvent des charges qui grevent normalement le budget de l'entreprise » (61) ou que « l'ensemble des coûts liés à l'élimination de cadavres d'animaux et de déchets d'abattoirs, y compris les coûts résultant du maintien d'une réserve de capacités en cas d'épizootie » doit être supporté par les éleveurs et les abattoirs (62).

Il résulte encore de la jurisprudence que cette notion recouvre aussi, d'une manière plus large, toutes les charges relevant de la gestion courante de l'entreprise, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si elles correspondent à une obligation légale ou conventionnelle. Il en va ainsi de tous les coûts liés à la rémunération de leurs employés, y compris les charges sociales, qui « grevent, par leur nature, le budget des entreprises » (63) ou de l'octroi éventuel d'indemnités de licenciement « venant en complément des sommes de toute nature devant être payées par l'employeur en application des dispositions légales et conventionnelles » (64).

(60) T-538/11, EU:T:2015:188, points 74 à 77. Par un arrêt du 30 juin 2016, C-270/15 P, *Belgique c. Commission*, EU:C:2016:489, la Cour a rejeté le pourvoi introduit à l'encontre de cet arrêt.

(61) CJ, 8 septembre 2011, C-279/08 P, *Commission c. Pays-Bas*, EU:C:2011:551, point 89. La Cour en déduit que la négociabilité des droits d'émission « ne saurait être considérée comme constituant une contrepartie, au prix du marché, des efforts entrepris par les entreprises relevant de la mesure en cause pour restreindre leurs émissions d'oxydes d'azote ».

(62) Trib., 16 juillet 2014, précité, points 26 et 61.

(63) Trib., 26 février 2015, T-135/12, *France c. Commission*, EU:T:2015:116, points 34 et 36.

(64) Trib., 11 septembre 2012, *Corsica Ferries c. Commission*, précité.

(iii) Mesures fiscales

17. — Selon une jurisprudence constante rappelée dans la période sous analyse, une mesure par laquelle les autorités publiques accordent à certaines entreprises « une exonération fiscale » (65) ou « un traitement fiscal avantageux » (66) place « les bénéficiaires de celle-ci dans une situation financière plus favorable que celle des autres contribuables » et constitue donc une aide d'État.

Ainsi, dans l'affaire *Navantia* (67), l'État espagnol avait demandé le bénéfice d'une exonération fiscale de la taxe foncière due pour une partie de terrain mise gratuitement à la disposition de l'entreprise de chantier naval Navantia et cette demande avait été refusée au motif que l'exonération pourrait impliquer une aide en faveur de Navantia. Saisie d'une question préjudicielle (68), la Cour relève qu'il résulte du dossier que lui a été soumis qu'il existait une obligation légale pour l'État espagnol de répercuter la taxe sur Navantia, pour conclure que « l'exonération de taxe foncière demandée confère un avantage économique à Navantia ».

18. — La Cour de justice (69), saisie d'un pourvoi à l'encontre de l'arrêt du Tribunal du 30 novembre 2009 (70), a relevé que le régime fiscal auquel France Télécom était soumise représentait à plusieurs égards une exception par rapport au régime de droit commun : « en particulier, cette société a bénéficié d'un traitement fiscal spécifique au niveau national, caractérisé par le fait que la taxe professionnelle était calculée sur la base d'un taux moyen pondéré par rapport aux divers taux applicables dans les différentes collectivités locales, alors que les taux auxquels étaient soumises les autres entreprises étaient ceux votés annuellement par ces collectivités. En outre, France Télécom était soumise à un taux unique de la taxe professionnelle au lieu de son principal établissement, alors que les autres entreprises étaient imposées aux différents taux votés par les collectivités locales sur le territoire desquelles celles-ci possédaient des établissements. France Télécom se

(65) CJ, 8 septembre 2011, C-78/08 à C-80/08, *Paint Graphos*, EU:C:2011:550.

(66) CJ, 9 octobre 2014, C-522/13, *Navantia*, EU:C:2014:226.

(67) CJ, 9 octobre 2014.

(68) La Cour a noté, non sans une certaine ironie, qu'elle n'était pas saisie de la question de savoir si la mise à disposition d'une entreprise privée, par un État membre, d'un terrain pour un prix symbolique constitue une aide d'État. Pour un exemple d'aide sous forme de mise à disposition gratuite de terrains, voy. CJ, 22 septembre 2011, C-148/09 P, *Belgique c. Deutsche Post et DHL international*, EU:C:2011:603.

(69) CJ, 8 décembre 2011, *France Télécom*, précité.

(70) Trib., 30 novembre 2009, T-427/04 et T-17/05, *France c. Commission*, EU:T:2009:474, analysé dans la première édition de cette chronique, n° 16.

voyait également appliquer un taux de 1,9% au lieu de 8% applicable aux autres entreprises au titre des frais de gestion». La Cour considère dès lors que « le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit » en considérant que ce « régime particulier d'imposition accordait un avantage à France Télécom », et ce, « même si le montant exact des aides annuelles octroyées sur la base de ce régime dépendait de certains facteurs externes à ce régime » (71).

La Cour partage également l'analyse du Tribunal selon laquelle la Commission était fondée à refuser d'opérer une compensation entre les montants du prélevement forfaitaire acquittés par France Télécom de 1991 à 1993, d'une part, et les écarts d'imposition résultant du régime particulier d'imposition instauré en faveur de cette société pour les années 1994 à 2002, d'autre part. La Cour souligne, à cet égard, que le prélevement applicable à France Télécom entre les années 1991 et 1993 était défini par des paramètres distincts de ceux appliqués à partir de l'année 1994 dans le cadre du régime particulier d'imposition et que « les deux régimes fiscaux reposaient (...) sur des modèles juridiques et des paramètres opérationnels différents ».

Elle ajoute que, à supposer même que la thèse selon laquelle le régime fiscal applicable à France Télécom aurait consisté en deux périodes indissociables – dont la première aurait entraîné une surimposition et la seconde une sous-imposition – soit exacte, la surimposition, qui n'a eu qu'une durée limitée dans le temps, a dû nécessairement cesser ses effets à un moment donné, ce qui impliquait, dès ce moment, l'octroi d'un avantage à France Télécom dans le cadre du régime particulier d'imposition (72).

19. — Mais encore faut-il établir l'existence d'un avantage fiscal. C'est ce que rappelle le Tribunal dans l'arrêt *Grèce c. Commission* du 11 septembre 2014 (73), qui annule la décision par laquelle la Commission avait considéré que l'application simultanée par les autorités grecques de dispositions légales consistant à fixer, d'une part, une taxe à un taux uniforme sur le prix des billets d'entrée des casinos et, d'autre part, deux prix légaux différents pour le billet d'entrée des casinos, à savoir un prix « normal » de 15 euros et un prix de 6 euros pour les casinos publics, procurait un avantage aux casinos publics. La Commission avait assimilé cette mesure à une diminution de l'assiette fiscale, qui permettait aux casinos publics de

(71) Points 18 et 27 de l'arrêt de la Cour.

(72) Points 45 et 50 de l'arrêt de la Cour.

(73) T-425/11, *Grèce c. Commission*, EU:T:2014:768, points 53 à 57. Par une ordonnance du 22 octobre 2015, C-530/14 P, EU:C:2015:727, la Cour a rejeté le pourvoi introduit par la Commission à l'encontre de cet arrêt.

verser un montant en charges fiscales inférieur à celui imposé à d'autres casinos pour chaque client qu'ils reçoivent.

Le Tribunal reconnaît qu'il est exact que « les casinos relevant de la première catégorie doivent reverser à l'État un montant de 4,80 euros », nettement moins important « par billet d'entrée que le montant de 12 euros que doivent reverser les casinos relevant de la seconde catégorie » mais il souligne que cela « résulte du fait que le même ratio lie les prix des billets d'entrée relevant de chacune de ces catégories ». Dès lors que « les montants reversés à l'État par les casinos au titre du droit de ce dernier sur les billets d'entrée ne sont que le prorata de ce que chaque casino perçoit au titre des droits d'entrée », il n'y a aucune diminution de l'assiette fiscale. Le Tribunal conclut que la Commission n'a pas établi l'existence « d'un avantage à l'égard des casinos relevant de la première catégorie ».

(iv) Accès à des infrastructures publiques

20. — Parmi toutes les affaires portant sur la notion d'avantage, une des plus originales est sans doute celle dont a eu à connaître la Cour de justice dans l'arrêt *Eventech* du 14 janvier 2015.

Au Royaume-Uni, les exploitants de voitures de tourisme avec chauffeur (VTC) offrent des services à valeur ajoutée par rapport aux taxis (74). La ville de Londres a mis en place une réglementation autorisant les taxis à emprunter les couloirs de bus lorsque des limitations de circulation relatives à ces couloirs s'appliquent, les VTC ne pouvant les emprunter que pour prendre en charge ou déposer un passager qui les a appelés. Un exploitant de VTC, Eventech, ayant fait l'objet d'un procès-verbal de contravention pour avoir utilisé les couloirs de bus, a fait valoir en défense que la réglementation relative aux couloirs de bus constituait une aide d'État en faveur des taxis londoniens et la Cour a été saisie d'un renvoi préjudiciel à ce sujet.

L'argumentation développée par Eventech soulevait, entre autres (75), la question de savoir si « les pouvoirs publics sont tenus (...) de percevoir, auprès des utilisateurs qui bénéficient d'un droit d'accès préférentiel à une infrastructure publique, la contrepartie de la valeur économique d'un tel droit » ou, en d'autres termes, si la politique relative aux couloirs

(74) Ce qui n'est sans rappeler la distinction entre les services de courrier express et les services postaux de base qui a finalement conduit, non sans litiges et résistances, à la suppression du monopole postal dans les années 1990.

(75) La question préjudicielle portait aussi sur les conditions de sélectivité, d'utilisation de ressources d'État et d'affectation des échanges. Nous examinerons les réponses données par la Cour dans les paragraphes consacrés à ces différentes conditions.

de bus conférer « à ses bénéficiaires un avantage économique (...) dont la valeur économique qu'il représente doit être mise à la charge de ces bénéficiaires » (76).

La Cour commence par affirmer que, « lorsque l'État, en vue de poursuivre la réalisation d'un objectif prévu par la réglementation de cet État, accorde à des utilisateurs d'une infrastructure publique qui n'est pas exploitée économiquement (...) un droit d'accès préférentiel à celle-ci, il ne confère pas nécessairement un avantage économique », au sens de l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE. Elle souligne qu'il appartient aux seules autorités publiques nationales compétentes d'identifier l'objectif poursuivi et qu'elles doivent à cet égard « disposer d'une marge d'appréciation s'agissant tant de la nécessité, en vue de la réalisation de l'objectif réglementaire poursuivi, de renoncer à des recettes potentielles que de l'identification de critères d'attribution appropriés qui doivent, cependant, être fixés à l'avance de manière transparente et ne pas comporter d'élément discriminatoire ».

Après avoir relevé que « l'objectif poursuivi par la réglementation en cause est celui d'assurer un système de transport sûr et efficace, que ni le réseau routier concerné ni les couloirs de bus ne sont exploités économiquement, que le critère d'attribution est celui de fournir des services de taxi à Londres, que ce critère a été fixé à l'avance et de manière transparente et enfin, que l'ensemble des prestataires de tels services sont traités de manière égale », la Cour exclut la présence d'un avantage (77). La Cour semble ainsi infécher quelque peu sa position traditionnelle selon laquelle l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions étatiques mais les définit en fonction de leurs effets, en intégrant l'objectif et la nature de la mesure en cause dans l'évaluation de ses effets (78).

(v) Garantie implicite

21. — Le Tribunal (79) a confirmé la position de la Commission selon laquelle l'insaisissabilité des biens et l'inapplicabilité des procédures collectives d'insolvabilité, dont La Poste française bénéficiait en sa qualité d'établissement public à caractère industriel ou commercial (EPIC), étaient constitutives d'une aide d'État. Dans un premier temps, le Tribunal a jugé, après un examen précis et circonstancié « des mécanismes mis en place par

(76) Points 47 et 48 de l'arrêt.

(77) Points 50 à 52 de l'arrêt.

(78) A. SOLOSCHENKOV, « La notion d'aide d'État: entre rigidité et flexibilité », *R.T.D.E.*, 2015, p. 757.

(79) Trib., 20 septembre 2012, T-154/10, *France c. Commission*, EU:T:2012:452.

le droit français dans l'hypothèse où un EPIC tel que La Poste viendrait à être défaillant à l'égard de ses créanciers », que la Commission n'a pas commis d'erreur de droit en concluant que le statut des EPIC leur conférerait effectivement une garantie implicite illimitée. Ensuite, il a rejeté l'argument de la France selon lequel il n'aurait pas été démontré que cette supposée garantie d'État illimitée créait un avantage au profit de La Poste, en soulignant qu'une telle « garantie illimitée, octroyée sans contrepartie, est, de manière générale, de nature à conférer un avantage à la personne qui en bénéficie, en ce sens qu'elle lui permet notamment d'obtenir des conditions de crédit plus favorables que celles qu'elle aurait obtenues du fait de ses seuls mérites et, partant, permet de réduire la pression qui pèse sur son budget » (80).

La Cour (81) a rejeté le pourvoi introduit à l'encontre de cet arrêt. Elle a affirmé qu'il existe « une présomption simple selon laquelle l'octroi d'une garantie implicite et illimitée de l'État en faveur d'une entreprise qui n'est pas soumise aux procédures ordinaires de redressement et de liquidation a pour conséquence une amélioration de sa position financière par un allègement des charges qui, normalement, grèvent son budget » et que, dès lors, « pour prouver l'avantage procuré par une telle garantie à l'entreprise bénéficiaire, il suffit à la Commission d'établir l'existence même de cette garantie, sans devoir démontrer les effets réels produits par celle-ci à partir du moment de son octroi » (82).

Il est frappant de constater que ni la Commission ni les juges de l'Union ne se sont référés au critère de l'opérateur en économie de marché pour apprécier si la garantie implicite illimitée découlant du statut des EPIC constitue une aide. Le point de départ de leur raisonnement est simplement que tout avantage économique qu'une entreprise n'aurait pas obtenu dans des « conditions normales de marché » est une aide et que tel est nécessairement le cas d'une garantie illimitée octroyée sans contrepartie.

(vi) Autres avantages

22. — Plusieurs arrêts rendus au cours de la période analysée permettent d'identifier d'autres avantages, qui ne se rattachent pas directement à l'idée d'allègement de charges.

(80) Point 106 de l'arrêt du Tribunal.

(81) CJ, 3 avril 2014, C-559/12 P, *France c. Commission*, EU:C:2014:217.

(82) Points 98 et 99 de l'arrêt de la Cour.

Tout d'abord, à propos de la décision des autorités polonaises de ne pas demander la mise en faillite d'une entreprise, le Tribunal (83) a souligné que « toute procédure de faillite, qu'elle aboutisse à un redressement de la société mise en faillite ou à sa liquidation, a, à tout le moins, pour objectif l'apurement du passif de la société en cause et implique que la liberté dont dispose la société mise en faillite pour gérer tant ses actifs que son activité est limitée ». Il a jugé que, dans ce contexte, « en s'abstenant de demander la mise en faillite de [l'entreprise], les autorités polonaises (...) ont permis à cette société de disposer d'un laps de temps au cours duquel elle a pu librement faire usage de ses actifs et poursuivre son activité lui conférant ainsi un avantage ».

Le Tribunal s'est aussi attaché, dans l'arrêt *Allemagne c. Commission* du 12 septembre 2013, à déterminer quel avantage résultait pour les organisations de protection de l'environnement de la mise à disposition gratuite de certains terrains. Il a relevé qu'aucune partie n'avait évoqué un « avantage lié à la propriété et à la possibilité de revente de terrains » et que cet avantage consistait plutôt dans l'exploitation commerciale des terrains mis gratuitement à disposition et donc dans la possibilité de tirer des recettes des activités économiques ainsi exercées. Il a jugé que la circonstance que les organisations de protection de l'environnement doivent investir tous les bénéfices à un domaine non économique et n'en conservent donc aucun profit, n'était pas de nature à exclure l'existence de cet avantage (84).

Enfin, le Tribunal (85), à propos d'une taxe sur les transports aériens appliquée par l'Irlande, a jugé que la circonstance que cette taxe était intégralement répercutée sur les passagers, n'était pas de nature à exclure l'existence d'un avantage pour les compagnies s'étant acquittées du taux inférieur de deux euros par passager, par rapport à celles qui avaient dû s'acquitter d'un montant de dix euros par passager. Tout d'abord, il souligne qu'au plan économique, il convient de déterminer si les compagnies aériennes ont supporté effectivement le coût économique de la taxe, en adaptant éventuellement le prix du billet hors taxe en fonction du niveau de taxe et, s'agissant de l'application de la taxe au taux réduit de deux euros, dans quelle mesure « les compagnies aériennes ont effectivement retenu l'avantage économique résultant de l'application de ce taux réduit », au lieu d'en faire bénéficier les

(83) Trib., 11 mai 2011, T-1/08, *Buczek Automotive c. Commission*, EU:T:2011:216, point 77.

(84) Points 64, 65 et 70 de l'arrêt.

(85) Trib., 5 février 2015, T-500/12, *Ryanair c. Commission*, EU:T:2015:73. Le même jour, le Tribunal a rendu un arrêt identique en substance dans l'affaire T-473/12, *Aer Lingus c. Commission*, EU:T:2015:78.

passagers. Il ajoute que, même dans l'hypothèse où la charge économique de la taxe est intégralement répercutée sur les passagers, les compagnies, grâce à la réduction de la taxe, peuvent offrir des prix plus attractifs à leurs clients, ce qui se traduit par un chiffre d'affaires plus élevé. Mais il précise que, dans ce cas, le montant de l'aide ne consiste pas nécessairement ou automatiquement dans la différence entre les deux taux de taxation (86).

c) *Le critère de l'investisseur privé*

23. — Selon une jurisprudence constante, résumée en ces termes par le Tribunal dans l'arrêt *SACE* (87), « les conditions que doit remplir une mesure pour relever de la notion d'aide, au sens de l'article 107 TFUE, ne sont pas satisfaites si l'entreprise bénéficiaire pouvait obtenir le même avantage que celui qui a été mis à sa disposition au moyen de ressources d'État, dans des circonstances qui correspondent aux conditions normales du marché, cette appréciation s'effectuant en principe par application du critère de l'investisseur privé ».

(i) *Champ d'application du test*

24. — Le Tribunal, dans son arrêt *France et Orange c. Commission* du 2 juillet 2015 dans l'affaire *France Telecom* (88), a posé en règle que « l'application du critère de l'investisseur privé avisé présuppose nécessairement que les mesures prises par l'État en faveur d'une entreprise confèrent un avantage découlant de ressources d'État ». Il souligne alors qu'il résulte de l'arrêt précité de la Cour de justice du 19 mars 2013, que « ce sont l'annonce du 4 décembre 2002 et l'offre d'avance d'actionnaire, prises ensemble, qui, dans la décision attaquée, ont été considérées comme étant la mesure étatique ayant conféré à FT un avantage économique découlant de ressources d'État » et que c'est donc « à ces deux mesures, prises ensemble » que la Commission devait appliquer ce critère. Or, relève le Tribunal, « c'est avant tout aux déclarations depuis le mois de juillet 2002 que la Commission a appliqué ce critère » pour « conclure que l'offre d'avance

(86) Le Tribunal en conclut que la Commission a « commis une erreur d'appréciation et une erreur de droit en considérant que l'avantage dont ont bénéficié les compagnies aériennes s'élevait automatiquement, dans tous les cas, à huit euros par passager ».

(87) Trib., 25 juin 2015, T-305/13, *SACE et Sace BT c. Commission*, EU:T:2015:435, point 91.

(88) *France et Orange c. Commission*, T-425/04 RENV et T-444/04 RENV, EU:T:2015:450. Comme indiqué plus haut, le Tribunal devait encore, dans cet arrêt sur renvoi, se prononcer sur l'application faite en l'espèce par la Commission du critère de l'investisseur privé avisé. L'affaire n'est pas encore finie car un nouveau pourvoi a été interjeté (C-486/15 P).

d'actionnaire, telle qu'annoncée et notifiée le 4 décembre 2002, constituait une aide d'État». Ce n'est en effet que parce qu'elle a considéré que ces déclarations ne respectaient pas ce critère, que, « dans un second temps, et incidemment, elle a pu prétendre que cette offre n'était pas intervenue dans des circonstances correspondant aux conditions normales du marché et devait donc être analysée au regard de la situation antérieure au mois de juillet 2002 », situation dans laquelle elle aurait été très improbable. Pour le Tribunal, « l'application, pour l'essentiel, du critère de l'investisseur privé avisé aux seules déclarations depuis le mois de juillet 2002 » est d'autant plus erronée que la Commission a reconnu elle-même qu'« elle ne disposait pas d'éléments suffisants pour pouvoir prendre position sur le point de savoir si ces déclarations étaient, en elles-mêmes, susceptibles de constituer une aide d'État » (89).

25. — Le Tribunal exclut ensuite que la Commission puisse se fonder sur une interprétation par analogie de l'arrêt de la Cour de justice du 19 mars 2013 pour soutenir que « les déclarations depuis le mois de juillet 2002 et l'annonce du 4 décembre 2002, couplée avec l'offre d'avance d'actionnaire, constituaient ensemble » une « seule intervention » au sens de cet arrêt (90). Il rappelle que la Cour, dans cet arrêt, a seulement jugé que la Commission pouvait considérer que l'annonce du 4 décembre 2002 et l'offre d'avance d'actionnaire constituaient une intervention étatique unique, car elles présentaient « des liens tellement étroits entre elles qu'il était impossible de les dissocier », et souligne qu'il ressort également de cet arrêt que c'est exclusivement « cette intervention unique qui a été identifiée par la Commission dans la décision attaquée comme étant la mesure d'aide illégale en cause ».

Il ajoute que « la décision attaquée ne se fonde pas sur la prémisse selon laquelle les déclarations depuis le mois de juillet 2002 sont également incluses dans le périmètre de [cette] intervention unique, en tant qu'éléments constitutifs de la mesure d'aide en cause » mais que, au contraire, il résulte de la décision que ces déclarations n'ont été prises en compte qu'en tant qu'elles formaient le contexte de l'aide ainsi identifiée. Dans ces conditions, estime le Tribunal, la Commission ne pouvait se borner « à considérer que toutes ces interventions s'inséraient dans un même processus continu de soutien de FT par l'État français » pour être fondée à les analyser ensemble (91).

(89) Points 202 à 218 de l'arrêt.

(90) Voy. supra, n° 3.

(91) Points 255 à 259 de l'arrêt.

L'affaire n'est pas encore close, car la Commission a introduit un nouveau pourvoi à l'encontre de cet arrêt (92).

26. — La période sous analyse a également donné l'occasion aux juges de l'Union de rappeler que « les rôles de l'État actionnaire d'une entreprise, d'une part, et de l'État agissant en tant que puissance publique, d'autre part, doivent être distingués » car, « lorsqu'un investissement de la part d'un État intervient dans le cadre de l'exercice de la puissance publique, le comportement de l'État ne peut jamais être comparé à celui d'un opérateur ou d'un investisseur privé en économie de marché ». L'application du « critère de l'investisseur privé dépend donc, en définitive, de ce que l'État membre concerné accorde en sa qualité d'actionnaire, et non pas en sa qualité de puissance publique, un avantage économique à une entreprise lui appartenant ».

27. — Cette distinction est au centre de l'arrêt *Commission c. EDF* de la Cour (93) qui rejette le pourvoi introduit par la Commission à l'encontre de l'arrêt du Tribunal du 15 décembre 2009 (94) annulant la décision par laquelle elle avait considéré que la renonciation par l'État français à une dette fiscale à l'égard d'EDF était une aide d'État.

Dans un premier temps, la Cour écarte l'argument de Commission invoquant que le Tribunal a fait une application erronée du critère de l'investisseur privé en prenant en compte « l'objectif poursuivi par l'État français lorsqu'il a adopté la mesure litigieuse » (95).

Le point de départ du raisonnement de la Cour est que, lorsqu'un État invoque le critère de l'investisseur privé, il lui appartient « d'établir sans équivoque et sur la base d'éléments objectifs et vérifiables que la mesure mise en œuvre ressortit à sa qualité d'actionnaire ». Ces éléments doivent faire apparaître qu'il a pris, préalablement ou simultanément à l'octroi de l'avantage économique, « la décision de procéder (...) à un investissement dans l'entreprise publique contrôlée » et que cette décision est « fondée sur des évaluations économiques comparables à celles que, dans les circonstances de l'espèce, un investisseur privé rationnel (...) aurait fait établir

(92) Affaire C-486/15 P, *Commission c. France et Orange*.

(93) CJ, 5 juin 2012, C-124/10 P, *Commission c. EDF*, EU:C:2012:318.

(94) T-156/04, *EDF c. Commission*, EU:T:2009:505, analysé dans notre première chronique, n° 21.

(95) Point 75 de l'arrêt de la Cour.

aux fins de déterminer la rentabilité future d'un tel investissement» avant de procéder à celui-ci (96).

Dès lors, indique la Cour, lorsque «l'État membre concerné fait parvenir à la Commission des éléments de la nature requise, il appartient à cette dernière d'effectuer une appréciation globale prenant en compte, outre les éléments fournis par cet État membre, tout autre élément pertinent en l'espèce lui permettant de déterminer si la mesure en cause ressortit à la qualité d'actionnaire ou à celle de puissance publique» de cet État membre, et qu'il peut donc être pertinent, à cet égard, de prendre en compte «la nature et l'objet de cette mesure, le contexte dans lequel elle s'inscrit, ainsi que l'objectif poursuivi et les règles auxquelles ladite mesure est soumise». La Cour conclut que «c'est à bon droit que le Tribunal a jugé que l'objectif poursuivi par l'État français pouvait être pris en compte, dans le cadre de l'appréciation globale requise, afin de déterminer si [cet] État avait bien agi en qualité d'actionnaire et si, dès lors, le critère de l'investisseur privé était applicable en l'espèce» (97). On peut voir ici une nouvelle illustration du caractère non absolu de la règle selon laquelle l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des mesures adoptées mais les définit uniquement en fonction de leurs effets.

28. — Restait à la Cour à examiner la question de savoir si, comme le soutenait la Commission, «l'applicabilité du critère de l'investisseur privé pouvait être écartée, en l'occurrence, sur la seule base de la nature fiscale des moyens employés par l'État français». La Cour rappelle que l'application du critère de l'investisseur privé à une intervention publique vise «à prévenir que, au moyen de ressources de l'État, l'entreprise publique bénéficiaire dispose d'une situation financière plus favorable que celle de ses concurrents» et que sa situation financière dépend «non pas de la forme de la mise à disposition de cet avantage, quelle qu'en soit la nature, mais du montant dont elle bénéficie en définitive». La Cour conclut que le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en concentrant «son analyse de l'applicabilité du critère de l'investisseur privé sur l'amélioration de la situation financière d'EDF en vue de l'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence et sur les effets de la mesure en cause sur la concurrence et non sur la nature fiscale des moyens employés par l'État français». La Cour pose le principe qu'«un avantage économique, même accordé par des

(96) Points 82 à 84 de l'arrêt de la Cour; voy. dans le même sens, CJ, 24 octobre 2013, C-214/12 P, C-215/12 P et C-223/12 P, *Land Burgenland e.a. c. Commission*, EU:C:2013:682, points 57 à 60.

(97) Points 86 et 87 de l'arrêt de la Cour.

moyens de nature fiscale, doit être apprécié, notamment, au regard du critère de l'investisseur privé, s'il apparaît au terme de l'appréciation globale le cas échéant requise que l'État membre concerné a néanmoins, malgré l'emploi de tels moyens relevant de la puissance publique, accordé ledit avantage en sa qualité d'actionnaire de l'entreprise lui appartenant» (98).

La Cour rejette l'argument tiré d'une violation de l'égalité de traitement entre entreprises publiques et privées, en ce qu'un investisseur privé n'aurait pas pu réaliser un investissement, tel que celui auquel a procédé l'État français, dans des conditions comparables, dès lors qu'il aurait dû payer l'impôt en cause. Elle fait remarquer, d'une part, que l'impôt aurait dû être payé par l'entreprise, et non par son actionnaire et, d'autre part, que l'application du critère de l'investisseur privé aurait précisément permis «de déterminer si un actionnaire privé aurait apporté, à des conditions similaires, un montant égal à l'impôt dû, dans une entreprise se trouvant dans une situation comparable à celle d'EDF» (99).

Elle relève finalement que le Tribunal n'a préjugé ni de l'applicabilité en l'espèce du critère ni du résultat de son éventuelle application, et que, donc, en «se bornant à vérifier si l'applicabilité du critère de l'investisseur privé pouvait être écartée sur la seule base de la nature fiscale des moyens employés par l'État français, le Tribunal n'a nullement adopté une analyse qui reviendrait à autoriser les États membres à prendre en compte, lors de l'application de ce critère, les bénéfices et les obligations liés à leur qualité de puissance publique ou des éléments subjectifs et sujets à manipulation» (100).

29. — L'affaire *ING* a, quant à elle, donné aux juges européens l'occasion d'examiner la question de savoir si la modification des conditions de remboursement d'un apport en capital peut être appréciée au regard du critère de l'opérateur en économie de marché, dès lors que cet apport avait lui-même été considéré comme une aide d'État.

L'État néerlandais avait, en octobre 2008, souscrit à une augmentation de capital de l'entreprise *ING*, soumise à certaines conditions de remboursement et, dans une décision du 12 novembre 2008, la Commission avait conclu que cet apport en capital était une aide mais l'avait approuvée, à titre de mesure d'urgence compte tenu de la crise financière, pour une période de six mois. En mars 2009, l'État néerlandais et *ING* avaient modifié les

(98) Points 88 à 92 de l'arrêt de la Cour.

(99) Points 94 à 96 de l'arrêt de la Cour.

(100) Points 99 et 100 de l'arrêt de la Cour.

conditions de remboursement d'une partie de l'apport. La Commission avait considéré que « cette modification ne pouvait ou ne devait pas être appréciée à l'aune du critère de l'investisseur privé » puisque cette modification, accordée peu après l'apport en capital, devait s'analyser comme « une mesure supplémentaire en faveur du bénéficiaire d'une aide d'État en cours de restructuration ».

Le Tribunal (101) a annulé la décision de la Commission. Il a souligné que, dans des circonstances telles que celles de l'espèce, « une aide d'État peut avoir été octroyée tant lors de l'apport en capital, lequel inclut nécessairement les informations portant sur les conditions d'un éventuel remboursement ultérieur ou d'une éventuelle rémunération desdits capitaux, que lors de la modification de ces conditions de remboursement, s'il s'avère que l'État n'a pas agi dans chacune de ces situations comme l'aurait fait un investisseur privé placé dans une situation similaire ». Il a considéré que la Commission ne saurait « se soustraire (...) à son obligation d'examiner la rationalité économique de la modification des conditions de remboursement au regard du critère de l'investisseur privé au seul motif que l'apport en capital faisant l'objet du remboursement constituerait déjà en soi une aide d'État », car « ce n'est qu'à l'issue d'un tel examen qu' [elle] est capable de conclure ou non à l'octroi d'un avantage supplémentaire » (102).

Le Tribunal a ajouté que la Commission ne saurait « se limiter à constater que la modification des conditions de remboursement de l'apport en capital constituait une aide d'État sans procéder préalablement à l'examen de la question de savoir si la modification opérée conférerait à ING un avantage qu'un investisseur privé placé dans la même situation que l'État néerlandais n'aurait pas consenti, examen qui présuppose en particulier de comparer les conditions de remboursement initiales avec les conditions modifiées » et a conclu que « la Commission a méconnu la notion d'aide en omettant d'apprécier si, en acceptant la modification des conditions de remboursement, l'État néerlandais a agi comme l'aurait fait un investisseur privé placé dans une situation similaire, notamment en raison du fait que l'État néerlandais pouvait être remboursé de manière anticipée et qu'il bénéficiait à cette occasion d'une plus grande certitude d'être rémunéré de façon satisfaisante compte tenu des conditions de marché existant à ce moment » (103).

La Commission, à l'appui de son pourvoi, excipait qu'il « n'était approprié d'appliquer le critère de l'investisseur privé au comportement des auto-

(101) Trib., 2 mars 2012, T-29/10 et T-33/10, *Pays-Bas c. Commission*, EU:T:2012:98.

(102) Points 98 et 99 de l'arrêt du Tribunal.

(103) Points 110 et 125 de l'arrêt du Tribunal.

rités publiques que lorsque ces dernières sont dans une position comparable à celle dans laquelle des opérateurs privés pourraient se trouver » et qu'un « investisseur privé ne pourrait jamais se trouver dans une situation dans laquelle il aurait fourni une aide d'État à ING ».

La Cour (104) rejette l'argument et confirme l'analyse du Tribunal. Pour la Cour, la circonstance que, en l'espèce, c'est « l'applicabilité du critère de l'investisseur privé à une modification des conditions de rachat de titres acquis moyennant une aide d'État » qui est en cause n'est pas de nature à s'opposer à l'application des principes dégagés par la jurisprudence. Elle relève que « tout détenteur de titres, quels qu'en soient le montant et la nature, est en droit de souhaiter ou d'accepter de renégocier les conditions de leur rachat » et qu'il est donc « pertinent de comparer le comportement de l'État à cet égard avec celui qu'aurait adopté un hypothétique investisseur privé dans une situation comparable ». La Cour ajoute que ce « qui est déterminant dans le cadre de cette comparaison est la question de savoir si la modification des conditions de remboursement de l'apport en capital a obéi à un critère de rationalité économique, de sorte qu'un investisseur privé pourrait également être en mesure d'accepter une telle modification, notamment en augmentant les perspectives d'obtenir le remboursement de cet apport » (105).

30. — Une dernière question relative au champ d'application du critère de l'opérateur en économie de marché a été tranchée par le Tribunal (106), à savoir que ce critère n'a pas vocation à s'appliquer dans l'hypothèse où des autorités nationales décident de mettre en vente les actifs d'une entreprise en difficulté pour mettre en œuvre les conditions que la Commission a imposées au titre de mesures compensatoires pour l'autorisation d'une aide à la restructuration de cette entreprise. Une telle vente ne constitue pas « une décision qu'un investisseur privé aurait été amené à prendre dans des conditions "normales" de marché, avec une perspective de maximisation de profit ou de minimisation des pertes conforme à la rationalité économique ». En effet, la logique sous-jacente à l'adoption de mesures compensatoires est de prévenir toute distorsion excessive de concurrence induite par l'octroi de l'aide à la restructuration déclarée compatible sous conditions et ces mesures compensatoires peuvent donc « contraindre tant le bénéficiaire de l'aide que son actionnaire à une solution non optimale d'un point de vue

(104) CJ, 3 avril 2014, C-224/12 P, *Commission c. Pays-Bas et ING Groep*, EU:C:2014:213.

(105) Points 33 à 37 de l'arrêt de la Cour.

(106) Trib., 17 décembre 2015, T-242/12, *SNCF c. Commission*, EU:T:2015:1003.

de pure rentabilité financière, ce qu'un investisseur privé dans une situation dite "normale" de marché n'envisagerait pas» (107).

(ii) *Portée du critère*

31. — La jurisprudence tient fermement pour acquis que l'examen par la Commission de la question de savoir si une mesure satisfait au critère de l'opérateur privé implique une appréciation économique complexe (108), avec la conséquence qu'elle est soumise à un contrôle juridictionnel limité et qu'en particulier le juge ne peut, dans le cadre de ce contrôle « substituer son appréciation économique à celle de la Commission » (109). Mais elle ajoute immédiatement que cela n'implique pas « que le juge de l'Union doive s'abstenir de contrôler l'interprétation, par la Commission, de données de nature économique ». Il doit « vérifier non seulement l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées » (110).

La discrétion de la Commission est donc loin d'être illimitée et il est d'ailleurs symptomatique de constater à cet égard que bon nombre des arrêts rendus dans la période sous analyse annulent la décision de la Commission soumise à leur contrôle pour erreur manifeste d'appréciation dans l'application du critère de l'investisseur privé.

32. — Les juges de l'Union ont précisé les paramètres qui peuvent être pris en considération dans l'appréciation de la rationalité économique d'une intervention publique. Ils ont souligné que, dès lors que les rôles de l'État actionnaire d'une entreprise, d'une part, et de l'État agissant en tant que puissance publique, d'autre part, doivent être distingués, seuls les bénéfices et obligations liés à sa situation d'actionnaire peuvent être pris en compte, à l'exclusion de ceux qui sont liés à sa qualité de puissance publique.

(107) Points 303 à 309 de l'arrêt.

(108) Trib., 30 avril 2014, *T-179/09, Dunamenti Erőmű c. Commission*, EU:T:2014:236, point 81; 30 juin 2015, *T-186/13, T-190/13 et T-193/13, Pays-Bas c. Commission*, EU:T:2015:447, point 89.

(109) CJ, 21 juin 2012, *BNP Paribas et BNL c. Commission*, point 103; Trib., 3 juillet 2013, *T-209/11, MB System c. Commission*, EU:T:2013:338, point 37; 28 octobre 2015, *Hammar Nordic Plugg c. Commission*, point 30.

(110) Trib., 24 mars 2011, *Freistaat Sachsen c. Commission*, point 90; 11 septembre 2012, *Corsica Ferries c. Commission*, points 86 à 88; 9 décembre 2015, *T-233/11 et T-262/11, Grèce c. Commission*, EU:T:2015:948, points 80 à 83.

Dans l'affaire *Land Burgenland*, le Tribunal et la Cour ont ainsi constaté que les autorités nationales avaient elles-mêmes fait valoir que le régime de garantie de bonne fin destiné aux institutions publiques de crédit constituait une aide d'État. Ils ont considéré que, dès lors que, « par l'octroi d'une aide, un État membre poursuit, par définition, des objectifs autres que la rentabilité des moyens accordés à une entreprise lui appartenant, (...) ces moyens sont, en principe, octroyés par l'État exerçant ses prérogatives de puissance publique », de sorte que cette garantie ne peut être prise en considération dans le cadre de l'examen de la question de savoir si ces autorités ont respecté le critère de l'opérateur en économie de marché lors de la cession de l'entreprise bénéficiaire de la garantie (111).

Mais c'est certainement l'affaire *SNCM* qui présente le plus grand intérêt à cet égard. La Commission avait estimé que, pour apprécier au regard du critère de l'opérateur en économie de marché la vente à un prix négatif de la SNCM, elle pouvait prendre en compte, dans le calcul des coûts de liquidation, le coût d'« indemnités complémentaires de licenciement allant au-delà des strictes obligations légales et conventionnelles », car le versement de telles indemnités était devenu « une obligation de fait pour les grands groupes d'aujourd'hui en cas de liquidation d'une filiale ou de fermeture d'un site » et était, en l'espèce, particulièrement nécessaire « au vu des troubles sociaux récurrents au sein de la SNCM », pour protéger l'image de marque de la Compagnie générale maritime et financière et de l'État français, son unique actionnaire.

33. — Le Tribunal (112) commence par relever que « tant le contenu des législations sociales nationales que la pratique des relations sociales au sein des grands groupes d'entreprises évoluent dans le temps et divergent au sein de l'Union », et que le contrôle des aides d'État doit refléter « l'évolution de ces usages, en ce qui concerne tant les investissements effectués par des entreprises privées que les investissements effectués par l'État, conformément au principe d'égalité de traitement ». Il ajoute qu'un investisseur privé, dans une économie sociale de marché, « ne saurait faire abstraction, d'une part, de sa responsabilité envers l'ensemble des parties prenantes de l'entreprise et, d'autre part, de l'évolution du contexte social, économique et environnemental dans lequel il poursuit son développement », car ces enjeux sont susceptibles d'avoir une influence majeure sur ses décisions concrètes

(111) CJ, 24 octobre 2013, *Land Burgenland e.a. c. Commission*, point 56, confirmant Trib., 28 février 2012, *T-268/08, Land Burgenland et Autriche c. Commission*, EU:T:2012:90.

(112) Trib., 11 septembre 2012, *Corsica Ferries c. Commission*.

et ses orientations stratégiques, de sorte que l'appréciation de la rationalité économique à long terme du comportement d'un entrepreneur privé avisé doit prendre en compte ces préoccupations (113).

Le Tribunal reconnaît donc que « le versement par un investisseur privé d'indemnités complémentaires de licenciement est, en principe, susceptible de constituer une pratique légitime et opportune, selon les circonstances de l'espèce, dans le but de favoriser un dialogue social apaisé et maintenir l'image de marque d'une société ou d'un groupe de sociétés » et que donc, en vertu du principe d'égalité de traitement, « la faculté de verser des indemnités complémentaires de licenciement est aussi ouverte aux États membres en cas de liquidation d'une entreprise publique ». Mais il précise que « la prise en charge de ces coûts supplémentaires, en raison de préoccupations législatives, ne saurait poursuivre un but exclusivement social, voire politique, sous peine de sortir du cadre du test de l'investisseur privé » et que « la protection de l'image de marque d'un État membre en tant qu'investisseur global dans l'économie de marché ne saurait constituer, hors de circonstances particulières et sans une motivation particulièrement convaincante, une justification suffisante pour démontrer la rationalité économique à long terme » de la prise en charge d'indemnités complémentaires de licenciement, ajoutant qu'en vue de cette démonstration, la Commission doit définir avec suffisamment de précision les activités économiques concernées, notamment au niveau géographique et sectoriel (114).

Faisant application de ces principes à la décision de la Commission, le Tribunal constate que celle-ci « est restée en défaut de définir, à suffisance de droit, les activités économiques de l'État français par rapport auxquelles il convenait d'apprécier la rationalité économique des mesures en cause » et qu'elle « n'a pas avancé suffisamment d'éléments objectifs et vérifiables à même de démontrer que le versement d'indemnités complémentaires de licenciement, dans des circonstances similaires, serait une pratique établie parmi les entrepreneurs privés » (115).

(113) Points 81 et 82 de l'arrêt du Tribunal.

(114) Points 83 à 88 de l'arrêt du Tribunal. Le Tribunal souligne notamment que « permettre à la Commission de se référer sommairement à l'image de marque d'un État membre, en tant qu'acteur global, pour étayer une absence d'aide » serait de nature à engendrer des distorsions de concurrence « en faveur des entreprises opérant dans des États membres où le secteur économique public est comparativement plus développé, ou dans lesquels le dialogue social est particulièrement dégradé » et à atténuer l'effet utile des règles en matière d'aides d'État.

(115) Points 93 et 95 de l'arrêt du Tribunal.

34. — Le gouvernement français, devant la Cour, a soutenu que le Tribunal avait commis une erreur de droit en jugeant que « la Commission ne pouvait en principe pas prendre en compte le risque d'une atteinte à l'image de marque de l'État en tant qu'acteur économique global dans le secteur privé dans le cadre du test de l'investisseur privé » et qu'il avait, en imposant « l'existence d'une pratique suffisamment établie, voire constante, parmi les investisseurs du secteur en cause, sur la base d'éléments objectifs et vérifiables », établi une exigence allant « au-delà de ce qui est nécessaire pour la bonne application du test de l'investisseur privé, telle que l'exige la jurisprudence ».

La Cour (116) répond que, par l'usage de termes tels que « pratique suffisamment établie » ou « pratique constante » des entreprises privées, le Tribunal « n'a pas imposé des exigences spécifiques en ce qui concerne la nature des preuves par lesquelles il peut être démontré qu'un investisseur privé rationnel se trouvant dans une situation la plus proche possible de l'entreprise publique aurait fait l'apport du capital en cause » mais qu'il a simplement considéré que la Commission n'avait « pas défini, à suffisance de droit, les activités économiques de l'État français par rapport auxquelles il convenait d'apprécier la rationalité économique des mesures en cause dans le cas d'espèce » de sorte qu'il lui était impossible de contrôler la rationalité économique à long terme du prix de cession négatif en cause. La Cour ajoute que le Tribunal n'a nullement « exclu, par principe, que la protection de l'image de marque d'un État membre en tant qu'investisseur global dans l'économie de marché pourrait, dans des circonstances particulières et avec une motivation particulièrement convaincante, constituer une justification pour démontrer la rationalité économique à long terme de la prise en charge de coûts supplémentaires de licenciement » mais qu'il a pu à juste titre constater que « des références sommaires à l'image de marque d'un État membre en tant qu'acteur global ne suffisent pas pour étayer une absence d'aide, au sens du droit de l'Union » (117).

35. — Un autre point important sur lequel la jurisprudence a mis l'accent est que, « pour rechercher si l'État a adopté ou non le comportement d'un investisseur avisé dans une économie de marché, il y a lieu de se replacer dans le contexte de l'époque au cours de laquelle les mesures de soutien financier ont été prises » (118).

(116) CJ, 4 septembre 2014, *SNCM c. Corsica Ferries France*.

(117) Points 35 à 38 de l'arrêt de la Cour.

(118) Trib., 2 mars 2012, précité, point 97; Trib., 30 juin 2015, précité, point 88;

2 juillet 2015, précité, point 219.

Il en résulte que la Commission peut refuser d'examiner des informations pertinentes fournies par l'État membre concerné lorsqu'il s'agit d'éléments de preuve qui « ont été établis postérieurement à l'adoption de la décision d'effectuer l'investissement en question ». En effet, « sont seuls pertinents aux fins de l'application du critère de l'investisseur privé les éléments disponibles et les évolutions prévisibles au moment où la décision de procéder à l'investissement a été prise » (119), un « constat rétrospectif de la rentabilité effective de l'investissement réalisé par l'État membre concerné ou des justifications ultérieures du choix du procédé effectivement retenu » étant dépourvus de pertinence (120).

Mais, à l'inverse, dès lors que la Commission, dans son examen du critère de l'opérateur en économie de marché, doit effectuer une appréciation globale de tous les éléments pertinents de l'opération litigieuse et de son contexte (121), « des informations relatives à des événements qui relèvent de la période antérieure à la date de l'adoption d'une mesure étatique et qui sont disponibles à cette date peuvent s'avérer pertinentes dans la mesure où ces informations sont susceptibles d'éclairer la question de savoir si cette mesure constitue un avantage » (122).

Dans l'arrêt *France c. Commission* du 2 juillet 2015, le Tribunal a reconnu que, « pour évaluer la rationalité économique du comportement de l'État français vis-à-vis de FT, la Commission pouvait prendre en compte tous les éléments qui caractérisaient ce contexte, lequel, en l'espèce, ne se limitait pas aux événements du mois de décembre 2002 », et était donc pleinement autorisée à intégrer dans son analyse les déclarations depuis le mois de juillet 2002, en tant que faits antérieurs objectivement pertinents permettant de mieux comprendre les raisons et la portée des mesures de décembre 2002. Il a toutefois souligné qu'il ne saurait pour autant être admis que la situation qui prévalait au mois de juillet 2002 constitue, à elle seule, le cadre de référence pertinent aux fins de l'application du critère de l'investisseur privé avisé. Le Tribunal va alors relever qu'en l'espèce, la Commission a délibérément refusé de prendre en considération une « série d'éléments pertinents, ayant effectivement déterminé la décision de l'État français en décembre 2002 », comme les mesures de restructuration et de rééquilibrage prises au sein de FT, l'engagement donné par un syndicat ban-

(119) CJ, 1^{er} octobre 2015, C-357/14 P, *Electrabel et Dunctamit Eröbnit c. Commission*, EU:C:2015:642, point 105.

(120) CJ, 5 juin 2012, précité, point 105.

(121) CJ, 1^{er} octobre 2015, précité, point 102; Trib., 25 juin 2015, T-305/13, *SACE et Sace BT c. Commission*, EU:T:2015:435, point 93.

(122) CJ, 1^{er} octobre 2015, précité, point 105; Trib., 2 juillet 2015, précité, point 227.

caire, en septembre 2002, de se porter garant, s'agissant de la part destinée aux investisseurs privés, de la bonne fin d'une augmentation de capital de FT, la cession d'actifs non stratégiques par celle-ci, entre juillet et décembre 2002 ou la mise en place d'une nouvelle équipe dirigeante, parce qu'elle a estimé devoir faire primer, de manière rétroactive le contexte prévalant en juillet 2002, sur le fondement de sa thèse de la « contamination » (123).

36. — Le critère de l'investisseur privé fait l'objet d'une appréciation aux contours variables. En effet, ce critère, au départ développé pour apprécier les interventions des pouvoirs publics réalisées sous la forme d'une participation au capital d'entreprises, a ensuite été appliqué dans de multiples autres domaines. Et, selon le type d'intervention de l'État, les caractéristiques de l'opérateur de référence varient inévitablement.

(iii) *Apports en capital*

37. — La jurisprudence est maintenant bien fixée et rappelée en ces termes par la Cour de justice : il s'agit dans ce cas « d'apprécier si, dans des circonstances similaires, un investisseur privé d'une taille qui peut être comparée à celle des organismes gérant le secteur public aurait pu être amené à procéder à des apports de capitaux de la même importance » (124).

38. — Dès lors que le but du test est de comparer le comportement de l'État avec celui d'un investisseur privé hypothétique, l'existence d'investisseurs prêts à investir significativement et de manière concomitante est de nature à en faciliter la validation. Toutefois, comme l'ont souligné tant la Cour que le Tribunal dans l'affaire *SNCM*, la concomitance n'est pas suffisante en soi, car il s'agit seulement d'une indication « permettant de s'orienter vers une absence d'aide ». Il appartient à la Commission « de prendre en compte l'ensemble des données pertinentes de fait et de droit pour évaluer si des apports constituent des aides d'État » et en particulier de vérifier le caractère comparable des apports des repreneurs privés et de l'investisseur public, notamment en termes de rendements attendus des apports, ainsi que l'égalité de traitement des actionnaires publics et privés (125).

En l'espèce, il était constant que les repreneurs privés bénéficiaient d'une clause résolutoire et les autorités françaises avaient elles-mêmes reconnu qu'en cas d'exercice de cette clause, « l'actionnaire d'origine qui a cédé ses participations au repreneur [devrait] rembourser à ce dernier son apport

(123) Points 227 à 234 de l'arrêt.

(124) CJ, 4 septembre 2014, *SNCM c. Corsica Ferries France*, précité, point 32.

(125) Points 117 et 118 de l'arrêt du Tribunal, ainsi que, de manière plus succincte, point 54 de l'arrêt de la Cour.

en capital et ainsi, contrairement à l'actionnaire d'origine, le reprenneur a la possibilité de récupérer son apport en capital en cas d'exercice de la clause résolutoire et de se désengager de l'entreprise publique concernée». La Cour en a déduit qu'il «est évident que la clause résolutoire peut produire des effets sur les conditions de cette recapitalisation et affecter les conditions de comparabilité» et que, dès lors, le Tribunal «a pu conclure, à juste titre, que la Commission ne pouvait s'abstenir, dans la décision litigieuse, de procéder à une analyse approfondie de l'impact économique de la clause résolutoire de cession» et que, dès lors, elle n'avait «pas ou pas suffisamment, étayé sa décision sur l'égalité de traitement des investissements publics et privés dans la SNCM» (126).

39. — Un autre critère pertinent est celui du rendement attendu des apports, qui est au cœur de l'arrêt du Tribunal du 3 juillet 2014 (127) statuant sur le recours introduit à l'encontre de la décision de la Commission qui avait qualifié d'aide d'État l'investissement de la Communauté autonome de Valence dans la création du complexe cinématographique Ciudad de la Luz (CDL).

En réponse à l'argument des requérantes selon lequel la Commission aurait dû comparer la rentabilité de la CDL avec le taux de rendement moyen du secteur, le Tribunal constate que la Commission n'a, en effet, pas utilisé comme critère le taux de rendement moyen du secteur mais un autre critère, à savoir le «coût d'opportunité du capital social» (coût du capital), et est arrivée à la conclusion que «le taux de rentabilité interne de ce projet était inférieur au coût du capital». Mais il pose en principe que la Commission, pour déterminer si l'investissement procédait «d'une certaine rationalité au moins sur le long terme» et donc si «un investisseur privé aurait procédé à un apport en capital tel que celui en cause en l'espèce», ne devait pas nécessairement «comparer la rentabilité du projet avec la moyenne de la rentabilité du secteur». Il rappelle à cet égard que cet indicateur «ne constitue qu'un instrument analytique parmi d'autres en vue de déterminer si l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché», qui ne saurait «dispenser 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». Il ajoute que «l'utilisation du rendement moyen du secteur est

(126) Points 58 à 60 de l'arrêt de la Cour, confirmant l'analyse contenue aux points 121 à 131 de l'arrêt du Tribunal.

(127) T-319/12 et T-321/12, *Espagne c. Commission*, EU:T:2014:604.

parfois impossible, en raison du manque de données, voire inopportune, dans la mesure où les États membres pourraient alors justifier tout investissement dans des secteurs en déclin, déficitaires ou caractérisés par une faible rentabilité, sous réserve que leurs perspectives de bénéfices soient situées dans la moyenne du secteur». Le Tribunal conclut que la Commission n'a pas violé l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE en n'utilisant pas «le rendement moyen du secteur, en l'espèce, aux fins de l'application du critère de l'investisseur privé» (128).

40. — Dans le même arrêt, le Tribunal précise encore le rôle que peuvent jouer les rapports d'expertise dans l'application du test de l'investisseur privé. Il rappelle que la production d'études de sociétés de conseil indépendantes commandées préalablement à la décision d'investissement «peut contribuer à démontrer que l'État membre a mis en œuvre la mesure concernée en sa qualité d'actionnaire» mais que l'existence de tels rapports n'est pas nécessairement suffisante en soi pour considérer que l'entreprise bénéficiaire de cette mesure n'a pas bénéficié d'un avantage économique au sens de l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE. En effet, il appartient «à l'État membre d'apprécier le contenu de ces rapports, puis d'endosser, le cas échéant, leurs conclusions» et un État membre ne saurait donc «se prévaloir des conclusions de rapports de sociétés de conseil indépendantes, sans avoir lui-même apporté l'ensemble des réponses adéquates aux questions qu'un investisseur privé avisé se serait posées dans les circonstances de l'espèce» (129).

(iv) *Crédits et prêts*

41. — S'agissant de prêts ou crédits, le critère pertinent est celui «fondé sur les possibilités pour l'entreprise bénéficiaire d'obtenir les sommes en cause à des conditions similaires sur le marché des capitaux. En particulier, il y a lieu de se demander si un investisseur privé aurait réalisé l'opération en cause aux mêmes conditions».

Deux arrêts rendus par le Tribunal au cours de la période sous analyse (130) permettent de mieux cerner les paramètres d'appréciation de ce critère.

(128) Points 42 à 47 de l'arrêt.

(129) Points 49 et 50 de l'arrêt.

(130) Trib., 12 mai 2011, T-267/08 et T-279/08, *Région Nord-Pas-de-Calais c. Commission*, EU:T:2011:209, point 159; 27 février 2013, T-387/11, *Nitrogénművelő Vegyipari c. Commission*, EU:T:2013:98, point 17.

D'abord, la Commission peut se fonder sur le constat qu'une entreprise en difficulté s'est vu accorder des avances « sans aucune sûreté garantissant leur remboursement », avec des taux d'intérêt correspondant à des emprunts « assortis de sûretés normales », pour conclure qu'elle « n'aurait pu obtenir sur le marché du crédit des fonds à des conditions aussi avantageuses » (131). À cet égard, la Commission doit seulement tenir compte de la situation de l'entreprise bénéficiaire au moment de l'octroi du prêt, sans prendre en considération une éventuelle amélioration de cette situation dans le courant de l'année pendant laquelle il a été accordé, notamment parce qu'il ne saurait être exclu que l'existence de ce prêt ait pu influencer cette évolution.

S'agissant du niveau « approprié » des taux d'intérêt, la circonstance « qu'un client soit bien connu d'une banque ne signifie pas automatiquement qu'il bénéficiera de meilleures conditions pour de nouveaux crédits. En effet, la banque peut, dans ce cas, mieux connaître les faiblesses » de celui-ci et une « relation financière préexistante peut ainsi également conduire la banque à appliquer un taux d'intérêt plus élevé ». De plus, lorsque la banque concernée n'offre pas de services bancaires classiques, elle ne peut « tirer de revenus complémentaires des opérations quotidiennes réalisées pour ses clients » et n'a donc « aucun intérêt, à la différence d'une banque commerciale, à proposer des conditions de crédit particulièrement attractives pour conserver un client » (132).

Enfin, c'est à juste titre que, dans l'appréciation d'un prêt à long terme, la Commission n'a pas tenu compte de la circonstance que l'entreprise bénéficiaire avait obtenu d'une banque privée l'augmentation de son découvert sur le compte courant car il s'agit là d'un crédit à très court terme, contrairement aux avances litigieuses qui portent sur trois ans. Un tel crédit ne fait donc pas l'objet des mêmes analyses de risque de la part des créanciers et, dès lors, le fait qu'un débiteur puisse obtenir un crédit à court terme ne permet pas de juger de ses possibilités d'obtenir un prêt à plus longue échéance, dont le remboursement dépendra de sa capacité de survie » (133).

42. — L'affaire *SeaFrance* (134) a donné l'occasion au Tribunal de faire application du principe dégagé par la Cour de justice dans l'affaire *France Telecom* selon lequel, dans certaines circonstances, plusieurs interventions

(131) Trib., 12 mai 2011, précité, point 160.

(132) Trib., 27 février 2013, précité, point 31.

(133) Trib., 12 mai 2011, précité, point 161.

(134) Trib., 15 janvier 2015, T-1/12, *France c. Commission*.

consécutives de l'État doivent, aux fins de l'application de l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE, être regardées comme une seule intervention (135).

En l'espèce, SeaFrance, une filiale de la SNCF, avait fait l'objet d'un plan de restructuration assorti d'une augmentation de capital entièrement souscrite par la SNCF et, pour pallier la quasi-absence de contribution sur fonds propres de SeaFrance à sa restructuration, la SNCF lui avait également accordé un prêt. La Commission avait estimé qu'il y avait entre les deux interventions des liens tellement étroits que le prêt était indissociable de la recapitalisation et qu'il devait donc être apprécié dans le contexte plus global du plan de restructuration de l'entreprise bénéficiaire, avec la conséquence qu'il ne satisfaisait pas au critère de l'opérateur privé.

Le Tribunal juge que la Commission n'a commis aucune erreur d'appréciation. Il relève qu'il résulte de la décision que « la SNCF, qui agissait en double qualité de dispensateur des aides et de bailleur des fonds destinés à faire partie de la contribution propre, était la seule à fournir à SeaFrance des ressources nécessaires pour financer la restructuration » et qu'aucun investisseur privé externe au groupe SNCF n'intervenait à ses côtés dans cette opération. Pour le Tribunal, un tel « dédoublement de la qualité de la SNCF, qui agirait, d'un côté, par le biais de SNCF Participations, comme une entité publique dispensatrice de l'aide et, d'un autre côté, comme un prétendu investisseur privé » ne saurait être accepté, « dans la mesure où elle obvie à l'application des règles relatives à la contribution propre établies dans les lignes directrices sur l'aide à la restructuration » (136).

(v) Créancier public

43. — Lorsque la mesure étatique concerne les modalités de récupération d'une créance publique, c'est au comportement « d'un créancier privé normalement prudent et diligent, se trouvant dans une situation la plus proche possible de celle du créancier public et cherchant à obtenir le paiement des sommes qui lui sont dues par un débiteur aux prises avec des difficultés de paiement » qu'il convient alors de se référer (137).

Au cours de la période sous analyse, la jurisprudence s'est principalement intéressée à deux types de comportement du créancier public.

44. — En premier lieu, l'affaire *Rousse Industry* a permis aux juges de l'Union de rappeler qu'un créancier public qui s'abstient d'exiger de manière

(135) Voy. *supra*, n° 3.

(136) Points 46 et 47 de l'arrêt. Sur les conséquences qui en ont résulté pour l'appréciation de l'aide à la restructuration, voy. *infra*, n° 137.

(137) Voy. notamment CJ, 21 mars 2013, *Commission c. Buzek Automotive*, point 54.

efficace le paiement des sommes qui lui sont dues n'agit manifestement pas comme l'aurait fait un créancier privé dans les mêmes circonstances.

La Cour (138), venant confirmer en tous points l'arrêt du Tribunal (139), a rappelé qu'un « créancier privé normalement prudent et diligent se trouvant dans une situation la plus proche possible de celle des autorités bulgares, confrontées à une détérioration très importante de la situation financière du débiteur depuis plusieurs années et à un défaut de paiement persistant de ce dernier, devait choisir entre relancer des mesures exécutoires à l'encontre de ce débiteur ou poursuivre une stratégie visant à obtenir le recouvrement amiable de la créance ou, à tout le moins, d'une partie de celle-ci » et qu'« aux fins d'effectuer son choix, un tel créancier aurait évalué, d'une part, le résultat prévisible d'une procédure de recouvrement forcé, compte tenu notamment de la nature et de l'étendue des sûretés détenues, et, d'autre part, les chances de pouvoir récupérer un montant supérieur par l'utilisation de moyens amiables de recouvrement des créances », en prenant en compte les perspectives de rétablissement de la viabilité du débiteur.

La Cour note alors qu'il « ressort du dossier que, hormis une tentative de négocier un nouveau rééchelonnement de la dette, les autorités bulgares ont limité leur action pendant la période concernée à l'envoi de rappels de paiement successifs, non suivis par d'autres mesures plus vigoureuses pour obtenir que la requérante effectue le paiement de sa dette ». Pour la Cour, « en l'absence d'indices concrets et crédibles d'un retour à la rentabilité du débiteur, il est peu réaliste d'envisager qu'un créancier privé, placé dans une situation similaire, aurait pu être persuadé que les chances de recouvrer sa créance seraient maximisées par le simple fait de différer le remboursement de la dette, surtout si, comme le prétend la requérante, la valeur des actifs mis en gage excédait le montant de cette dette alors que (...) certains de ces actifs étaient susceptibles de perdre une partie de leur valeur ». La Cour conclut que le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit en jugeant que la Commission avait pu considérer que « les autorités bulgares n'avaient pas agi comme l'aurait fait un créancier privé se trouvant dans une situation comparable et que celui-ci aurait pris des mesures plus contraignantes à l'encontre de la requérante » (140).

45. — Ensuite, l'affaire *Buczek Automotive* a soulevé la question de l'application du critère du créancier privé à une décision d'un créancier

(138) CJ, 20 mars 2014, C-271/13 P, *Rousse Industry c. Commission*, EU:C:2014:175.

(139) Trib., 20 mars 2013, T-489/11, *Rousse Industry c. Commission*, EU:T:2013:144, points 38 et 39.

(140) Points 60 à 66 de l'arrêt de la Cour.

public portant sur le choix de la procédure la plus adéquate de recouvrement de sa créance. La Commission avait considéré que les autorités polonaises, en ne demandant pas la mise en faillite d'une entreprise vis-à-vis de laquelle elles avaient des créances importantes, avaient accordé une aide à cette entreprise. L'argumentation de la Commission ne faisait pas état d'éléments classiques, tels que l'octroi d'une remise ou d'un rééchelonnement de la dette de l'entreprise, qui n'auraient pas été acceptable pour un créancier privé, ou encore l'inefficacité des mesures de recouvrement poursuivies par les autorités polonaises. Elle se fondait spécifiquement sur la circonstance que ces autorités avaient à leur disposition une autre méthode de recouvrement des créances — la demande de mise en faillite — qui, selon elle, aurait permis un recouvrement plus effectif des créances que celle qu'elles avaient choisie.

Le Tribunal (141) souligne qu'il s'agit donc ici d'un cas dans lequel « un créancier privé hypothétique se trouve confronté à un choix au regard, d'une part, du produit prévisible de la procédure légale de recouvrement des dettes et, d'autre part, du montant qu'il estime pouvoir récupérer à l'issue de la procédure de faillite de la société ». Pour le Tribunal, ce créancier tiendrait, pour faire ce choix, compte de différents facteurs, « tels que sa qualité de créancier hypothécaire, privilégié ou ordinaire, la nature et l'étendue des sûretés éventuelles qu'il détient, son appréciation des chances de redressement de l'entreprise... ». Dès lors, estime le Tribunal, « la Commission était tenue de déterminer si, compte tenu de ces facteurs, un créancier privé aurait, de la même façon que [les autorités polonaises] préféré la procédure légale de recouvrement des dettes à la procédure de faillite ».

Le Tribunal rejette l'argument de la Commission selon lequel « la démonstration de la primauté de la procédure de faillite sur les autres procédures de recouvrement n'était pas nécessaire, dans la mesure où les autorités polonaises n'avaient pas exploité toutes les mesures de recouvrement — y compris la procédure de faillite — alors qu'elles y étaient tenues ». Il pose en principe qu'il n'y a pas d'obligation pour des autorités nationales, cherchant à recouvrer des créances publiques, « d'exploiter toutes les méthodes de recouvrement dont elles disposent » mais que « leur seule obligation est d'adopter un comportement qui aurait été celui d'un créancier privé, dans des conditions normales de marché ». Par conséquent, il convient, « lorsque plusieurs méthodes de recouvrement existent », de « comparer les mérites

(141) Trib., 17 mai 2011, T-1/08, *Buczek Automotive c. Commission*, EU:T:2011:216.

respectifs des différentes méthodes afin de déterminer celle sur laquelle le choix du créancier privé aurait porté» (142).

Le Tribunal constate alors que la Commission, dans sa décision, n'inclut nullement si elle disposait « d'analyses comparant le bénéfice qui reviendrait au créancier privé hypothétique à l'issue d'une procédure de faillite – en tenant compte notamment des frais engendrés par une telle procédure – par rapport au bénéfice de la procédure légale de recouvrement des dettes publiques », pas plus qu'elle ne se réfère à de quelconques études ou analyses « comparant la durée de la procédure de faillite par rapport à la procédure légale de recouvrement des dettes publiques ». Le Tribunal en conclut que la Commission ne disposait pas « des éléments matériels lui permettant d'affirmer qu'un créancier privé aurait, à la fin de 2004, opté pour la procédure de faillite » (143).

La Cour (144) confirme entièrement le raisonnement du Tribunal. Elle souligne que, « eu égard aux éléments constitutifs du critère du créancier privé, la Commission ne pouvait valablement parvenir au constat de la supériorité du procédé de mise en faillite par rapport à celui de recouvrement individuel des créances qu'en comparant, en fonction des intérêts d'un créancier privé, les avantages et les désavantages des deux procédures » et que, faute d'avoir « procédé à l'analyse des désavantages de la procédure de faillite, notamment les coûts et la durée d'une telle procédure », elle n'a été « en mesure de produire aucun élément de preuve de nature à conforter l'appréciation qu'elle avait portée dans la décision litigieuse, selon laquelle seule la procédure de faillite permettait un recouvrement efficace des créances en cause ».

(vi) *Ventes de terrains et cessions d'entreprise*

46. — La vente de terrains publics (145), tout comme la cession par une autorité publique d'une entreprise lui appartenant (146), est également susceptible de constituer une aide d'État, si le prix payé par l'acquéreur

(142) Points 84 à 87 de l'arrêt du Tribunal.

(143) Points 93 à 96 de l'arrêt du Tribunal.

(144) CJ, 21 mars 2013, C-405/11 P, *Commission c. Bucek*, *Automotive*, EU:C:2013:186, points 57 à 60.

(145) CJ, 16 juillet 2015, *BVVG*; Trib., 13 décembre 2011, T-244/08, *Konsum c. Commission*, EU:T:2011:732; 17 mars 2015, T-89/09, *Pollmeier Massivholz c. Commission*, EU:T:2015:153; 30 juin 2015, T-186/13, T-190/13 et T-193/13, *Pays-Bas c. Commission*, EU:T:2015:447; 28 octobre 2015, *Hammar Nordic Plugg c. Commission*; 9 décembre 2015, T-233/11 et T-262/11, *Grèce c. Commission*, EU:T:2015:948.

(146) Trib., 28 février 2012, T-282/08, *Grazer Wechselseitige Versicherung c. Commission*, EU:T:2012:9; 28 février 2012, *Land Burgenland et Autriche c. Commission*; CJ,

est inférieur au prix du marché. Celui-ci, qui est généralement fonction du jeu de l'offre et de la demande, correspond au prix le plus élevé qu'un investisseur privé agissant dans des conditions normales de concurrence serait prêt à payer pour une acquisition et plusieurs méthodes permettent de le déterminer, principalement l'expertise et les ventes au plus offrant.

La Cour, dans l'arrêt *BVVG* (147), a résumé en ces termes les enseignements de la jurisprudence relative à l'application de la méthode des ventes au plus offrant : lorsqu'une autorité publique « procède à une procédure d'appel d'offres ouverte, transparente et inconditionnelle, il peut être présumé que le prix du marché correspond à l'offre la plus élevée, étant entendu qu'il doit être établi, premièrement, que cette offre a valeur d'engagement et qu'elle est crédible et, deuxièmement, que la prise en compte de facteurs économiques autres que le prix n'est pas justifiée » et, dans de telles conditions, il n'est pas nécessaire pour la Commission « de recourir à d'autres moyens aux fins de la vérification du prix du marché, tels que des expertises indépendantes ».

En effet, le recours à de telles expertises n'a de sens « que dans l'hypothèse où aucune procédure d'appel d'offres en vue de la vente de celle-ci n'aurait été suivie ou, éventuellement, dans l'hypothèse où il aurait été conclu que la procédure d'appel d'offres mise en place n'aurait pas été ouverte, transparente et inconditionnelle » (148).

47. — L'affaire *BVVG* a amené la Cour à examiner la question de savoir si une disposition législative allemande qui, aux fins d'assurer la sauvegarde des intérêts des exploitations agricoles, interdisait à une émanation de l'État, chargée de mettre en œuvre la privatisation des terrains et des bâtiments appartenant à l'État et utilisés à des fins agricoles ou sylvicoles, de vendre au plus offrant, dans le cadre d'un appel d'offres public, un terrain agricole lorsque la meilleure offre est largement disproportionnée par rapport à la valeur du terrain était constitutive d'une aide d'État.

La Cour estime qu'une telle règle est « susceptible de porter atteinte à la réalisation des objectifs d'une procédure d'appel d'offres public en ce qu'elle conduit à écarter l'offre la plus élevée qui, pourtant, peut être présumée correspondre au prix du marché du terrain en question » et peut aussi permettre « à un tiers n'ayant, le cas échéant, pas même participé à la procédure d'appel d'offres, d'acquiescer, à la suite du refus opposé par

24 octobre 2013, *Land Burgenland e.a. c. Commission*, rejetant le pourvoi contre l'arrêt du Tribunal.

(147) CJ, 16 juillet 2015, points 32 et 33.

(148) CJ, 24 octobre 2013, *Land Burgenland e.a. c. Commission*, point 72.

l'autorité locale compétente, le même terrain à un prix inférieur à celui proposé dans le cadre de cet appel d'offres», de sorte qu'elle est susceptible d'entrer dans la notion d'aide d'État.

Mais la Cour ajoute qu'«il ne saurait être exclu que, dans des circonstances particulières, la méthode de la vente au plus offrant ne permette pas d'aboutir à un prix correspondant à la valeur du marché du bien en question et que, de ce fait, la prise en compte de facteurs autres que le prix soit justifiée», notamment si «l'offre la plus élevée s'avère nettement supérieure tant à tout autre prix proposé dans le cadre de l'appel d'offres public qu'à la valeur marchande du bien estimée en raison de sa nature manifestement spéculative». Elle conclut qu'«une règle de droit national permettant à l'autorité nationale compétente, dans ces circonstances, d'écarter une offre présentant, selon elle, un caractère disproportionné et de refuser, pour ce motif, d'autoriser la vente du terrain agricole sur lequel porte cette offre, ne saurait être qualifiée d'«aide d'État», pour autant que son application permette d'aboutir à un prix qui soit le plus proche possible de la valeur du marché du terrain en cause», étant entendu que c'est à la juridiction de renvoi qu'il appartient de se livrer à une telle appréciation dans l'affaire au principal (149).

48. — Lorsqu'une vente n'a pas été effectuée par procédure ouverte et inconditionnelle, ni après l'évaluation d'un expert indépendant, il appartient alors à la Commission d'évaluer elle-même la valeur des biens aux fins de l'application du critère de l'investisseur privé. La Commission peut, à cette fin, s'appuyer sur les estimations à sa disposition, en les départageant si nécessaire lorsqu'elles sont contradictoires. Dans l'affaire *Hammar Nordric Plugg* (150), le Tribunal a ainsi constaté que la Commission avait dûment justifié pourquoi elle avait considéré que certaines des estimations dont elle disposait étaient plus fiables que d'autres et que c'était à juste titre qu'elle avait retenu comme étant la plus plausible l'estimation fondée sur des transactions convenues entre «opérateurs privés sur le marché qui n'avaient sans doute tenu compte que de considérations rationnelles sur le plan économique».

La Commission doit cependant tenir compte du contexte dans lequel se déroule l'opération en cause, car «l'examen d'une opération en dehors

(149) CJ, 16 juillet 2015, points 36 à 43.

(150) Trib., 28 octobre 2015, point 49. Le Tribunal ajoute qu'il résulte du dossier que le projet en cause visait à permettre la poursuite de l'exploitation d'une entreprise de production de légumes surgelés et à préserver les emplois menacés par la fermeture de celle-ci, ce qui est étranger au comportement d'un investisseur privé.

de son contexte pourrait donner lieu à des résultats de pure forme qui ne correspondent pas à la réalité économique» (151).

49. — C'est en raison du non-respect de cette obligation que le Tribunal, dans l'affaire *Konsum* (152), a annulé pour erreur d'appréciation la décision par laquelle la Commission avait qualifié d'aide d'État la vente par la commune d'Åre, en Suède, d'un terrain à la requérante, après avoir constaté qu'un concurrent, Lidl, avait proposé un prix nettement supérieur pour ce terrain. La Commission avait considéré que l'offre de Lidl constituait le meilleur indicateur possible pour la valeur du terrain, étant donné qu'elle reflétait quel prix le marché était disposé à payer pour ce terrain.

Dans cette affaire, il n'était contesté par aucune des parties que la vente du terrain en cause s'inscrivait dans un ensemble d'opérations liées, visant la mise en œuvre du plan-cadre et du plan détaillé de développement de la commune d'Åre mais la Commission avait estimé que la commune aurait pu mettre en œuvre son plan détaillé de développement en vendant le terrain en cause à la requérante au prix proposé par Lidl.

Le Tribunal rappelle que la Commission aurait dû «comparer le prix de vente du terrain en cause à celui qu'un vendeur privé hypothétique se trouvant, dans la mesure du possible, dans la même situation» que la commune d'Åre aurait exigé pour cette opération de sorte qu'il convient donc de «vérifier si l'offre de Lidl et le prix de vente à la requérante étaient comparables en l'espèce». Il relève alors qu'il résulte du dossier que l'offre de Lidl «n'offrait pas les mêmes synergies ni la même qualité dans le développement de la communauté» (153) que l'opération envisagée avec la requérante et que «le terrain en cause faisait l'objet de conditions particulières de jouissance d'après le plan-cadre et que sa vente faisait partie d'un plan plus vaste de modification de la place centrale d'Åre, impliquant des délocalisations d'activités et d'entreprises, dont la vente du terrain en cause à la requérante constituait un élément». Il conclut que «le prix proposé par Lidl ne pouvait pas être considéré de façon indépendante» et que donc «l'offre de Lidl n'était pas, en tant que telle, comparable au prix résultant

(151) Trib., 8 janvier 2015, T-58/13, *Club Hotel Louraki c. Commission*, EU:T:2015:1, point 91.

(152) Trib., 13 décembre 2011, précité.

(153) Le Tribunal relève que la manifestation d'intérêt de Lidl ne mentionnait que le prix proposé pour le terrain en cause sans aucune précision relative notamment au plan détaillé de développement.

du contrat de vente du terrain en cause conclu entre la commune d'Âre et la requérante» (154).

Le Tribunal rejette l'argument de la Commission selon lequel la requérante était «forcée de proposer au moins le même prix pour l'achat du terrain en cause», car un «tel argument fait erronément abstraction du contexte et de la situation de la commune d'Âre en l'espèce» et il aboutirait à ce que «toute offre d'un tiers devrait servir de base à l'appréciation de la valeur du bien en cause sur le marché, y compris lorsque, comme en l'espèce, l'offre ne présente pas un caractère juridiquement contraignant, lorsque la vente n'a pas été précédée d'un appel d'offres ouvert pour des raisons inhérentes aux circonstances de l'espèce et lorsque l'offre du tiers n'est pas comparable à celle de l'acquéreur» (155).

50. — *L'arrêt Pays-Bas c. Commission* du 30 juin 2015 a donné l'occasion au Tribunal de se pencher sur l'application du critère de l'opérateur en économie de marché, la décision d'un vendeur public d'accepter une réduction du prix de vente, dans une affaire dont les faits, particulièrement complexes, doivent être rappelés pour comprendre l'arrêt.

La commune de Leidschendam-Voorburg avait conclu en 2004 un accord de coopération avec plusieurs promoteurs immobiliers pour le réaménagement du centre de la commune. La réalisation du projet comprenait deux phases : au cours d'une première phase, dite d'exploitation foncière, le terrain devait être acheté, les infrastructures publiques réhabilitées et le terrain viabilisé. Pour cette phase, la commune avait décidé de conclure avec l'un des promoteurs concernés, SJB, un partenariat public privé (PPP). Le PPP devait tirer ses revenus, à titre principal, de la vente aux différents promoteurs, y compris SJB, des terrains qui leur étaient attribués pour leur partie du projet, ainsi que du paiement de certaines redevances. La phase de construction, quant à elle, était entièrement à charge des promoteurs, qui étaient chacun responsable pour la partie spécifique du projet qui leur était attribuée et devaient construire et vendre les logements et espaces commerciaux prévus pour leur propre compte et à leurs propres risques. Ainsi, un prix de 7,2 millions euros avait été fixé pour l'achat par SJB d'un terrain sur la Damplein, sur lequel SJB devait construire de nombreux logements, un espace commercial et un parking. Les travaux de construction devaient initialement commencer en novembre 2005 mais les permis de construire nécessaires n'ont été délivrés qu'en novembre 2008. Entre-temps, la crise financière avait éclaté, touchant durement notamment le marché immobilier

(154) Points 47 à 68 de l'arrêt.

(155) Points 71 à 73 de l'arrêt.

néerlandais. SJB a fait savoir à la commune qu'elle ne commencerait pas les travaux de construction, y compris ceux concernant les espaces commerciaux et le parking, en invoquant une clause de l'accord de coopération selon laquelle la construction des unités d'habitation pouvait être reportée si moins de 70 % de ces unités étaient vendues. Dans ce contexte, des négociations avaient été menées entre les parties, au terme desquelles la commune avait accepté que le prix de vente soit réduit à 4 millions euros et avait renoncé aux redevances, SJB s'étant quant à elle engagée à commencer les travaux de construction dès avril 2009 (accord complémentaire de 2010). La Commission avait conclu qu'en acceptant cette réduction substantielle de prix et en renonçant aux redevances, la commune de Leidschendam avait adopté une mesure non conforme au principe de l'investisseur privé dans une économie de marché qui constituait donc une aide et c'est de cette décision dont le Tribunal a eu à connaître.

51. — Le Tribunal commence par constater que, dans sa décision, la Commission n'a pas déterminé la valeur marchande du terrain concerné au moment de la signature de l'accord complémentaire de 2010 et qu'elle s'est bornée pour déterminer le montant de l'aide à comparer le prix du terrain concerné et les redevances dues selon l'accord de 2004 avec le prix résultant de l'accord complémentaire de 2010. En effet, la Commission a considéré qu'en l'espèce, l'élément déterminant n'était pas la valeur du terrain au prix du marché car «un investisseur privé qui vend un terrain en 2004 pour une certaine somme ne saurait se satisfaire en 2009 d'un prix inférieur à celui convenu contractuellement en 2004, au seul motif que la valeur du terrain au prix du marché aurait diminué dans l'intervalle» (156).

Le Tribunal estime que la question qu'il doit dès lors examiner est celle de savoir si, dans des circonstances similaires, un investisseur privé d'une taille comparable à celle de la commune aurait pu être amené à accepter une telle renégociation des obligations contractuelles ou si SJB avait obtenu un avantage qu'il n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché. Le Tribunal observe que la Commission a, à cet égard, accordé une importance déterminante au fait que «la clause des 70 % ne concernait que la construction du secteur libre», que «SJB ne pouvait donc valablement l'opposer en ce qui concernait la construction du parking et de l'espace commercial», et que donc la commune n'était nullement tenue d'entrer en négociation avec SJB. Ce faisant, selon le Tribunal, «la Commission n'a pas pris en considération tous les éléments pertinents de l'opération litigieuse et de son contexte, notamment ceux concernant la position juridique dans

laquelle se trouvait la commune sur la base de l'accord de coopération de 2004 et des différents accords bilatéraux». Ainsi, la Commission n'a pris en compte ni le fait que l'accord de 2004 traduisait une intention claire des parties de « limiter son éventuelle résiliation uniquement aux cas où un désaccord entre les parties ou une violation de la part de celles-ci serait tellement grave qu'aucune renégociation ne serait possible », ni la circonstance que « la phase de l'exploitation foncière, dans le cadre de laquelle la commune supportait 50 % des coûts et des risques, n'était pas encore achevée » (157).

Plus fondamentalement, relève le Tribunal, « l'insécurité quant à la portée de la clause des 70 %, la complexité du projet, la position contractuelle très forte de SJB au sein de celui-ci, puisqu'il était le seul à avoir conclu un PPP avec la commune, le fait que, d'une part, la Damplein constituait la partie centrale du projet du centre de Leidschendam et que, d'autre part, la commune avait également un intérêt à commencer à percevoir le plus rapidement possible les revenus dégagés par les espaces commerciaux et les habitations, l'imprévisibilité de la charge des éventuels dommages et intérêts à supporter, le préjudice allégué en cas de non-exécution du projet de la Damplein, ainsi que le fait que la commune ne devait supporter *in fine* que 50 % de la perte causée par la mesure en cause sont des éléments d'une pertinence telle que la Commission aurait dû les prendre en considération pour pouvoir analyser si la résiliation de l'accord de coopération de 2004, qui aurait vraisemblablement eu des conséquences sur la validité des autres accords bilatéraux, notamment celui concluant le PPP, aurait été une meilleure solution pour la commune du point de vue économique » (158).

Le Tribunal reconnaît que la seule circonstance que l'opération litigieuse était raisonnable pour la commune « n'évite pas la nécessité de savoir si cette opération renforce la position de SJB en lui donnant un avantage qu'il n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché » (159) mais il souligne que « la Commission ne pouvait pas valablement considérer que l'option de la résiliation, combinée à un nouvel appel d'offres, aurait été « commercialement plus intéressante » pour la commune, sans avoir au préalable établi la valeur marchande du terrain concerné au moment de la signature de l'accord complémentaire de 2010 », et rappelle que la Commission n'a pas établi cette valeur dans la décision attaquée. Le Tribunal conclut que, « en ne prenant pas en compte tous les éléments pertinents de la mesure

(157) Points 96 à 107 de l'arrêt.

(158) Point 125 de l'arrêt.

(159) Voy. aussi en ce sens, Trib., 9 décembre 2015, précité, point 118.

en cause et de son contexte, la Commission n'a pas pu valablement analyser si SJB aurait pu obtenir le même avantage dans les conditions normales du marché. Or, une analyse complète de ces éléments aurait pu conduire à une conclusion différente quant à la qualification de la mesure en cause en tant qu'aide d'État» (160).

52. — Il convient enfin de faire mention de l'affaire *Ryanair* relative à la cession des actifs du groupe Alitalia à un consortium d'investisseurs (161). La Commission avait considéré que, pour autant que les autorités respectent leur engagement au terme duquel cette vente serait réalisée au prix du marché, elle n'impliquait pas d'aide en faveur de l'acquéreur.

En premier lieu, Ryanair reprochait à la Commission de ne pas avoir examiné les options alternatives à la cession des actifs, telles que la liquidation judiciaire ou l'injection de nouveaux capitaux assortie d'une restructuration de l'entreprise ou d'une vente d'actifs, pour vérifier si un investisseur privé aurait procédé à une vente d'actifs de ce type ou s'il aurait opté pour d'autres options. Les juges européens répondent sobrement qu'à partir du moment où la Commission constate l'absence de tout avantage pour l'entreprise concernée, parce qu'une vente d'actifs est effectuée au prix du marché, elle n'est pas tenue d'examiner les solutions de rechange au choix opéré par l'État membre (162).

Ils écartent également l'argument de Ryanair, selon lequel la Commission n'aurait, à tort, pas pris en considération une éventuelle obligation d'assurer une continuité de service imposée aux acheteurs, en relevant que le critère de continuité de service faisait simplement partie des critères d'évaluation des offres et que « l'aptitude à assurer une continuité de service des opérateurs ayant soumis des offres n'aurait pas pu les exonérer de l'obligation primordiale de soumettre une offre égale ou supérieure au prix du marché, dès lors que leur offre n'aurait pas été retenue, en d'autres circonstances ». Ils en concluent que Ryanair n'a pas démontré que « la nécessité d'assurer une continuité du service de transport aérien à moyen terme aurait pour résultat de diminuer le prix des actifs du groupe Alitalia en dessous du prix du marché » (163).

(160) Points 127 à 131 de l'arrêt.

(161) Trib., 28 mars 2012, *Ryanair c. Commission*, confirmé par CJ, 13 juin 2013, C-287/12 P, *Ryanair c. Commission*, EU:C:2013:395.

(162) Point 121 de l'arrêt du Tribunal confirmé par le point 87 de l'arrêt de la Cour.

(163) Points 127 à 142 de l'arrêt du Tribunal et points 95 à 98 de l'arrêt de la Cour.

(vii) *Autres transactions*

53. — Parmi les autres transactions, de natures très diverses, que la Cour et le Tribunal ont encore examinées au regard du critère de l'investisseur privé, mentionnons d'abord les décisions prises par les pouvoirs publics en tant qu'acheteurs. À propos d'accords d'achat d'électricité (AAE) à long terme conclus par le grossiste en électricité Électricité de Hongrie (MVM) avec plusieurs producteurs, le Tribunal (164) a entièrement confirmé l'analyse de la Commission selon laquelle ces accords accordaient un avantage économique aux producteurs concernés. Le Tribunal relève que, pour évaluer l'existence de cet avantage, la Commission a identifié les principales pratiques des acteurs commerciaux sur les marchés européens de l'électricité et a évalué si les AAE et l'obligation d'achat stipulée dans ceux-ci étaient en conformité avec ces pratiques ou bien s'ils offraient aux producteurs concernés des garanties qu'un acheteur agissant sur une base exclusivement commerciale n'accepterait pas. Pour le Tribunal, la Commission n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en concluant, au terme de cette comparaison, que la combinaison «réservation de capacités d'électricité à long terme, garantie d'achat minimum et mécanisme de fixation des prix couvrant les coûts fixes et de capital», telle qu'établie par les AAE, ne correspondait pas aux contrats habituels conclus sur les marchés de gros européens et accordait aux producteurs une garantie supérieure, en termes de prix, de durée et de risque, à celle des accords commerciaux habituels, qui sont beaucoup plus avantageux pour l'acheteur. La Commission a aussi pu considérer que MVM ne s'est pas comporté en opérateur de marché prudent, dès lors que les accords conclus «n'assuraient pas une stabilisation du prix de l'électricité telle que celle que tout opérateur sur le marché pouvait attendre d'un accord à long terme» et «s'accompagnaient du risque sérieux que MVM soit obligée d'acheter des quantités d'électricité supérieures aux besoins réels et subisse des pertes lors de la revente des quantités excédentaires».

54. — Le comportement des pouvoirs publics en leur qualité d'emprunteur a aussi été soumis au test de l'investisseur privé par le Tribunal (165), à l'occasion de l'examen d'un recours en annulation d'une décision par

(164) Trib., 13 février 2012, T-80/06 et T-182/09, *Budapesti Erőmű c. Commission*, EU:T:2012:65, points 67 à 80; 30 avril 2014, T-179/09, *Dunamenti Erőmű c. Commission*, points 85 à 97. La Cour a été saisie d'un pourvoi à l'encontre de ce dernier arrêt, qu'elle a rejeté (CJ, 1^{er} octobre 2015, *Electrabel et Dunamenti Erőmű c. Commission*). La Cour n'est cependant pas revenue sur la question de l'application du critère de l'investisseur privé aux AAE.

(165) Trib., 13 septembre 2013, T-525/08, *Poste Italiane c. Commission*, EU:T:2013:481.

laquelle la Commission avait considéré que la rémunération accordée par le Trésor à la *Poste Italiane* pour les dépôts des fonds provenant des comptes courants postaux était supérieure à celle qu'aurait proposée un emprunteur privé dans le contexte d'une économie de marché pour les sommes déposées.

Le Tribunal commence par rappeler que, dans le cadre de l'analyse globale et complète de l'intervention étatique litigieuse et de son contexte à laquelle elle est tenue de procéder, la Commission doit, «lorsqu'une intervention étatique entraîne des conséquences diverses pour une entreprise», prendre en compte «l'effet cumulatif de ces conséquences afin d'examiner l'existence d'un éventuel avantage conféré à l'entreprise bénéficiaire». Le Tribunal constate alors qu'en l'espèce, les autorités italiennes ont, en réalité, procédé à une double intervention : dans un premier temps et à titre principal, elles ont imposé à la *Poste Italiane* une obligation d'utilisation des fonds provenant des comptes courants postaux, sous la forme d'un dépôt obligatoire auprès du Trésor et, ensuite, elles ont fixé le taux de ce dépôt, qui est l'élément d'avantage identifié par la Commission. Le Tribunal relève que, sur le plan économique, cette double intervention a donc entraîné pour la *Poste Italiane* deux conséquences différentes. «D'une part, elle l'a privée de la possibilité, en principe ouverte à toute autre banque, d'utiliser les fonds provenant des comptes courants postaux qu'elle gère pour effectuer tout investissement conforme à la législation bancaire en vigueur qu'elle estime approprié. D'autre part, cette intervention lui a procuré une rémunération». Le Tribunal en déduit qu'il convient dès lors d'examiner si la Commission a établi à suffisance de droit si l'effet cumulatif de cette intervention «est de nature à placer la requérante dans une situation plus avantageuse que si elle n'avait pas eu lieu» (166).

À cet égard, il considère que «l'écart positif entre le taux de la convention et le taux de l'emprunteur privé constitue, certes, un indice de l'existence d'un avantage en faveur de la requérante, mais que, eu égard aux circonstances de l'espèce, il ne suffit pas à en établir l'existence». En effet, le taux de l'emprunteur privé que la Commission a retenu n'a pas été calculé à partir d'un examen de conventions ou de mécanismes d'emprunt comparables, de par leur nature ou de par leur volume, à celui visé par la convention, puisque la Commission a seulement pris en compte «quatre paramètres, à savoir la masse des fonds déposés, la stabilité de ces fonds, la durée moyenne du dépôt des fonds et les risques financiers supportés». Pour le Tribunal, ce taux ne peut donc être véritablement considéré comme un «taux du marché», de sorte que la Commission a commis une erreur

manifeste d'appréciation en concluant « à l'existence d'une aide d'État à partir du simple constat d'un écart positif entre le taux de la convention et le taux de l'emprunteur privé » (167).

Enfin, le Tribunal note que, à titre subsidiaire, la Commission a analysé les arguments avancés par les autorités italiennes selon lesquels la requérante aurait pu, en l'absence d'obligation d'utilisation, investir les liquidités issues des comptes courants postaux sous des formes plus rémunératoires que le taux de la convention. Il a donc examiné si la Commission pouvait, au terme de son examen de ces rendements alternatifs, conclure à l'existence d'un avantage en faveur de la requérante pour constater que, dans cet examen, la Commission s'était fondée sur des éléments erronés ou insuffisants.

55. — Le test a encore été appliqué à une opération de réassurance. En pleine crise financière et économique mondiale, Sace BT, une filiale de l'entreprise publique SACE, avait obtenu de cinq réassureurs privés une couverture de réassurance à concurrence de 28,85% seulement de ses besoins, le solde de la couverture, soit 74,15%, étant couvert par sa société mère aux mêmes conditions de priorité, de portée et de rémunération que celles acceptées par les cinq réassureurs privés. La Commission a considéré que, « compte tenu du niveau de risque plus élevé à assumer, un réassureur privé n'aurait pas souscrit une couverture de réassurance de 74,15% en faveur de Sace BT, aux conditions accordées par SACE », en se fondant sur plusieurs éléments : les réassureurs privés avaient refusé de couvrir le solde ; certains réassureurs privés auraient diminué leurs activités dans cette branche et les auraient réorientés vers d'autres activités plus rentables ; la position de faiblesse de Sace BT induisait des risques majeurs en matière de réassurance ; un réassureur privé raisonnable aurait exigé que la commission reflète le niveau supérieur de risque assumé. Elle a évalué l'aide comme correspondant à la différence entre la commission qu'un réassureur privé aurait appliquée pour une part de réassurance aussi élevée et celle supportée par Sace BT.

Le Tribunal (168), dans son arrêt du 25 juin 2015, a jugé que, sur la base de l'ensemble de ces indices, la Commission avait pu conclure à bon droit que la couverture de réassurance avait été adoptée en faveur de Sace BT à des conditions de prix préférentielles.

(167) Points 64 à 69 de l'arrêt.

(168) Trib., 25 juin 2015. Cet arrêt fait l'objet d'un pourvoi (affaire C-472/15 P, *SACE et Sace BT c. Commission*).

56. — Enfin, dans l'affaire de la recapitalisation de FT, le Tribunal a procédé, de manière tout à fait subsidiaire, à une analyse des différentes déclarations du gouvernement français depuis juillet 2002 au regard du critère de l'investisseur privé avisé. Il a conclu que, contrairement à ce qu'avait affirmé la Commission, « en raison de leur caractère ouvert, imprécis et conditionnel, en particulier en ce qui concerne la nature, la portée et les conditions d'une éventuelle intervention étatique en faveur de FT, et compte tenu du contexte factuel dans lequel elles sont intervenues », ces déclarations ne pouvaient être interprétées « comme comportant un engagement concret et ferme de l'État français d'apporter un soutien précis au profit de FT » et qu'il ne pouvait pas non plus être considéré « qu'elles avaient créé une attente réelle du point de vue du marché et que, si l'État français n'avait pas honoré sa promesse, cela aurait engendré pour lui, en sa qualité de propriétaire ou de gestionnaire d'entreprises, d'acteur économique majeur et d'emprunteur important sur les marchés financiers, certains coûts économiques du fait de la perte de sa crédibilité et de sa réputation sur ces marchés ». Dès lors, conclut le Tribunal, « l'appréciation de la Commission, selon laquelle un investisseur privé avisé n'aurait pas fait de déclarations du type de celles formulées par le gouvernement français à partir du mois de juillet 2002, repose sur une erreur manifeste d'appréciation » (169).

d) *Compensation pour l'exécution de missions d'intérêt de service public*

57. — La jurisprudence a continué, au cours de la période analysée, à faire application des « quatre conditions auxquelles doit répondre une compensation versée pour l'exécution des prestations de service public pour que, dans un cas concret, elle puisse être considérée comme n'accordant pas un avantage à son bénéficiaire et échapper ainsi à la qualification d'aide d'État » (170), telles qu'elles ont été formulées par la Cour dans l'arrêt *Altmark* (171).

Ces conditions sont cumulatives et doivent être toutes réunies pour qu'une intervention étatique ne relève pas de l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE. Le Tribunal, dans l'arrêt TV2 du 24 septembre 2015, a souligné à cet égard que, si l'objectif commun de ces conditions est « de vérifier si

(169) Trib., 2 juillet 2015, points 233 à 244.

(170) Trib., 24 septembre 2015, T-674/11, *TV2/Danmark c. Commission*, EU:T:2015:684. Cet arrêt fait l'objet de trois pourvois, respectivement introduits par *TV2/Danmark* (affaire C-649/15 P), la *Commission* (affaire C-656/15 P) et *Viasat Broadcasting* (affaire C-657/15 P).

(171) CJ, 24 juillet 2003, C-280/00, *Altmark*, EU:C:2003:415.

une compensation accordée à une entreprise pour l'exécution d'une mission de service public comporte ou non un avantage économique susceptible de favoriser cette entreprise par rapport à des entreprises concurrentes» et qu'elles sont donc liées par cet objectif commun, chacune d'entre elles joue cependant « un rôle indépendant et différent des autres ». Il a dès lors rejeté l'argument de TV2 selon lequel le troisième critère jouerait un rôle prépondérant (172).

Dans l'affaire *CBI*, le Tribunal a par ailleurs rappelé que ces conditions ont été élaborées à propos de l'activité de transport, « constituant indiscutablement une activité économique et concurrentielle », et qu'elles ne peuvent donc pas être appliquées, avec la même rigueur, à d'autres secteurs, tels que le « secteur hospitalier, qui n'est pas nécessairement doté d'une telle dimension concurrentielle et marchande » (173).

Le caractère exceptionnel de la jurisprudence *Altmark* se confirme au fil des années. C'est ainsi que, au cours de la période analysée, une seule compensation SIEG a passé avec succès le test des quatre conditions *Altmark*, et a donc été considérée comme ne comportant pas d'avantage en faveur de l'entreprise concernée (174). Dans toutes les autres affaires qui leur ont été soumises, les juges européens ont conclu que certaines de ces conditions ne sont pas remplies et se sont alors penchés sur la question de savoir si les compensations examinées peuvent bénéficier de la dérogation de l'article 106, paragraphe 2, TFUE (175).

Ces arrêts apportent néanmoins un certain nombre de clarifications utiles, en ce qui concerne tout particulièrement les contours et la portée des première, deuxième et quatrième conditions *Altmark*, la troisième, qui impose que la compensation ne dépasse pas le montant nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, suscitant quant à elle moins de difficultés d'interprétation.

(172) Points 59, 110 et 149 de l'arrêt *TV2*.

(173) Trib., 7 novembre 2012, T-137/10, *CBI* c. *Commission*, EU:T:2012:584, point 89.

(174) À savoir une compensation en vue de l'établissement et de l'exploitation d'un réseau de communications électroniques à très haut débit dans le département des Hauts-de-Seine. Trois recours ont été introduits à l'encontre de la décision de la Commission, qui n'ont pas été joints. Le Tribunal a donc rendu le 16 septembre 2013 trois arrêts, qui diffèrent très légèrement dans la formulation de leurs motifs mais pas dans leur conclusion. Nous avons choisi d'analyser l'arrêt rendu dans l'affaire T-325/10, *Itiad* c. *Commission*, EU:T:2013:472, qui contient les développements les plus intéressants.

(175) Voy. à ce sujet, *infra*, n° 147 et s.

58. — Selon la première condition *Altmark*, l'entreprise bénéficiaire doit en premier lieu « effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public, et ces obligations doivent être clairement définies » (176).

Les juges de l'Union ont, dans la période sous analyse, tenu à rappeler, d'une part, que « les États membres ont un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des SIEG, cette définition ne pouvant être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste », mais aussi, d'autre part, que « le pouvoir de définition des SIEG par l'État membre n'est pas illimité et ne peut être exercé de manière arbitraire aux seules fins de faire échapper un secteur particulier à l'application des règles de concurrence », et que, pour pouvoir être qualifié de SIEG, « le service en cause doit revêtir un intérêt économique général qui présente des caractères spécifiques par rapport à celui que revêtent d'autres activités de la vie économique » (177).

Certains services ont reçu sans problème la qualification de SIEG. La Cour a notamment jugé que, « compte tenu notamment du large pouvoir d'appréciation dont disposent les États membres, il ne saurait être exclu que des services de logement social puissent être qualifiés de service public » et que, dans ce contexte, la circonstance « selon laquelle la charge sociale bénéficie non pas directement aux particuliers, demandeurs de logements sociaux, mais aux sociétés de logement social, n'a aucune incidence sur la qualification du service en question » (178). Le Tribunal a lui reconnu que, dans le domaine du cabotage maritime, les États membres avaient été explicitement habilités par la réglementation européenne à « conclure des contrats de service public afin d'assurer la suffisance des services de transport régulier à destination et en provenance d'îles ainsi qu'entre des îles » et donc d'assurer la « continuité territoriale », qui constitue un intérêt public légitime (179).

S'agissant d'autres services, en revanche, le Tribunal a conclu que la Commission avait pu considérer à bon droit que les autorités nationales concernées avaient commis une erreur manifeste d'appréciation en les qualifiant de SIEG. C'est le cas du service d'élimination de cadavres d'animaux,

(176) Point 89 de l'arrêt *Altmark*. Selon une jurisprudence constante, cette notion est identique à celle de « service d'intérêt économique général » visée à l'article 106, paragraphe 2, TFUE.

(177) Trib., 11 septembre 2012, précité, point 56 ; 7 novembre 2012, précité, points 99 et 100 ; 16 juillet 2014, T-295/12, *Allemagne* c. *Commission*, EU:T:2014:675, points 45 et 46 ; 26 novembre 2015, *Espagne* c. *Commission*, précité, points 61 et 62.

(178) CJ, 8 mai 2013, C-197/11 et C-203/11, *Libert*, EU:C:2013:288, point 88.

(179) Trib., 11 septembre 2012, *Corstica Ferries* c. *Commission*, point 57.

dont la charge financière doit, en vertu du principe du pollueur-payeur, être supportée par les éleveurs et les abattoirs et qui ne distingue pas fondamentalement, par son contenu, d'autres activités de la vie économique (180). De la même manière, en présence de plusieurs plates-formes différentes de transmission, il ne serait pas possible de considérer que l'une d'entre elles, en l'occurrence celle de la plate-forme terrestre, serait « essentielle à la transmission des signaux de radiodiffusion » (181).

59. — Il est aussi de jurisprudence constante que l'étendue du contrôle que le juge de l'Union effectue sur les appréciations de la Commission doit, lui aussi, nécessairement tenir compte du caractère limité des propres appréciations de cette dernière.

C'est ce qu'illustre l'affaire *Castelhou Energia* (182), où le Tribunal avait à connaître d'un mécanisme mis en place en Espagne dans le domaine de la production d'électricité, se composant de trois éléments : une obligation imposée à dix centrales de production d'énergie électrique de s'approvisionner en charbon dit « indigène », dont le prix est plus élevé que celui d'autres combustibles, complétée par une obligation de production d'électricité à partir de ce charbon, un mécanisme d'appel prioritaire reposant essentiellement sur l'achat de l'électricité produite par ces centrales de préférence à celle produite par les centrales utilisant d'autres sources d'énergie et, enfin, l'octroi aux propriétaires des centrales concernées d'une compensation égale à la différence entre les coûts supplémentaires de production qu'ils ont supportés et le prix de vente sur le marché journalier de l'électricité. La Commission avait considéré que les centrales étaient chargées d'obligations de service public visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement électrique en Espagne, consistant en une double obligation d'achat de charbon indigène et de production d'électricité à partir de ce charbon. Dans son recours, la requérante, sans nier que la sécurité de l'approvisionnement électrique constitue un motif d'intérêt général susceptible de justifier l'institution d'un SIEG, contestait l'existence, en l'espèce, d'un risque pour la sécurité de l'approvisionnement en électricité de l'Espagne pour en déduire que l'institution d'un SIEG n'était pas justifiée. Le Tribunal, après avoir souligné que son contrôle doit se limiter à vérifier si « l'appréciation de la Commission est suffisamment plausible », relève au terme d'une analyse

(180) Trib., 14 juillet 2014, *Allemagne c. Commission*, points 61 et 62; voy. aussi, *supra*, n° 16.

(181) Trib., 26 novembre 2015, *Espagne c. Commission*, point 74.

(182) Trib., 3 décembre 2014, T-57/11, *Castelhou Energia c. Commission*, EU:T:2014:1021.

approfondie de la décision que, compte tenu des éléments fournis par les autorités espagnoles établissant des risques concrets menaçant la sécurité de l'approvisionnement électrique, que les arguments mis en avant par les requérantes ne sont pas de nature à remettre en cause, la Commission n'a commis aucune erreur manifeste lors de son appréciation de la justification du SIEG institué en l'espèce par ces autorités.

Le juge doit cependant, comme l'ont rappelé plusieurs arrêts au cours de la période sous analyse, s'assurer dans le cadre de son contrôle du respect de critères minimaux « tenant, notamment, à la présence d'un acte de puissance publique investissant les opérateurs en cause d'une mission de SIEG, ainsi qu'au caractère universel et obligatoire de cette mission » et vérifier que la responsabilité de la gestion du SIEG a bien été « confiée à l'entreprise concernée au moyen d'un ou de plusieurs actes officiels, dont la forme peut être déterminée par chaque État membre, ces actes devant notamment indiquer la nature et la durée des obligations de service public et les entreprises et le territoire concernés » (183).

D'abord, dans l'affaire du réseau TNT en Espagne, le Tribunal (184) a indiqué que la circonstance qu'un service est désigné comme étant d'intérêt général en droit national n'implique pas que tout opérateur qui effectue ce service est chargé de l'exécution d'obligations de service public au sens de l'arrêt *Altmark*, car la qualification d'un service en tant que SIEG exige que la responsabilité de sa gestion soit confiée à certaines entreprises. Il a aussi précisé que, si la notion de mandat conférant la mission de service public peut également recouvrir des actes conventionnels, *a fortiori* lorsque de tels actes concrétisent les obligations imposées par la législation, il ne saurait toutefois « être conclu, du seul fait qu'un service fait l'objet d'un contrat public, que ce service revêt automatiquement, et sans aucune prévision de la part des autorités concernées, la qualité de SIEG au sens de l'arrêt *Altmark* ».

Ensuite, dans l'arrêt *CBI* précité du 7 novembre 2012, le Tribunal a jugé que des doutes sérieux existaient quant à l'existence d'un mandat clairement défini relatif à des missions spécifiques « d'assistance sociale », dont les hôpitaux publics bruxellois auraient été chargés par les centres publics d'action sociale (CPAS), après avoir relevé que rien dans la décision de la Commission n'indiquait que cette dernière aurait procédé à l'examen des dispositions matérielles de la convention conclue entre les CPAS et les

(183) Trib., 7 novembre 2012, précité, points 100 et 101; 26 novembre 2015, *Espagne c. Commission*, précité, point 63.

(184) Trib., 26 novembre 2015, *Espagne c. Commission*, précité, points 67 et 73.

hôpitaux « avant de se prononcer sur l'existence et le contenu de la mission en cause » (185).

60. — Le rôle joué par le critère de la défaillance du marché dans la définition d'un SIEG est au centre de l'arrêt *Iliad c. Commission* du 16 septembre 2013. La Commission, pour conclure que l'établissement et l'exploitation d'un réseau de communications électroniques à très haut débit dans le département des Hauts-de-Seine était un SIEG, avait relevé qu'il s'agissait d'une zone où il existait un risque de ne pas pouvoir assurer, dans un avenir proche, une couverture adéquate pour l'ensemble des citoyens ou des utilisateurs et donc de priver de connexion une partie importante de la population.

Les requérantes, à l'appui de leur recours, faisaient notamment valoir que l'intervention publique du département des Hauts-de-Seine n'était pas « nécessaire, dès lors qu'elle intervient dans un contexte concurrentiel caractérisé par de nombreuses initiatives tant privées que publiques existantes et qui continuent à se densifier ». La France, quant à elle, soutenait « qu'un service donné pourrait être qualifié de SIEG même en l'absence de défaillance du marché », en invoquant, à l'appui de sa thèse, un arrêt rendu par le Tribunal le 15 juin 2005 (186).

Le Tribunal précise que, dans cet arrêt, il avait « considéré que, en l'absence de services concurrents, analogues en termes de continuité, de régularité et de fréquence à ceux fournis par le bénéficiaire de la subvention en cause, l'institution d'un SIEG était justifiée » et que, dès lors, « la conclusion des autorités ayant accordé la subvention en cause, selon laquelle existait un besoin de service public étant donné que l'état du marché ne permettait pas d'assurer la continuité du service en cause, n'était pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation que la Commission aurait dû sanctionner ». Il souligne que cet arrêt a donc bien « fait de la défaillance du marché, entendue comme l'absence de services concurrents analogues à ceux fournis par le prestataire du SIEG, une condition préalable à l'insti-

(185) Point 133 de l'arrêt. Le Tribunal en déduit que la Commission aurait dû ouvrir la procédure formelle d'examen à l'égard de la compensation en cause ; voy. à ce sujet, le chapitre II, à paraître.

(186) T-17/02, *Olsen c. Commission*, EU:T:2005:218, point 219, libellé comme suit : « Certes, il est constant que Trasméditerranée offrait ces services en concurrence avec d'autres opérateurs, parmi lesquels la requérante. Toutefois, la requérante ne démontre pas que cette concurrence permettait d'assurer des services analogues à ceux fournis par Trasméditerranée, en termes de continuité, de régularité et de fréquence sur toutes les lignes desservies par Trasméditerranée dans le cadre du régime provisoire ».

tution d'un SIEG » (187). Le Tribunal pose alors en règle que « l'appréciation de l'existence d'une défaillance du marché constitue un préalable à la qualification d'une activité de SIEG et ainsi à la constatation de l'absence d'aide d'État » (188). Ensuite, il conclut, après une analyse fouillée de la décision de la Commission, que les requérantes n'avaient pas « établi que la Commission avait approuvé à tort l'existence d'une défaillance du marché alléguée par les autorités françaises ».

Un pourvoi a été introduit à l'encontre de cet arrêt, arguant notamment que « le Tribunal s'est erronément abstenu de relever l'erreur manifeste qu'a commise la Commission dans la décision litigieuse en n'appliquant pas, dans son appréciation de l'existence d'une défaillance du marché, le test idoïne à cet effet. En effet, au lieu de vérifier si les concurrents du service qualifié de SIEG n'avaient pas déjà développé ou n'étaient pas en passe de développer des services analogues, la Commission aurait retenu un test plus strict en exigeant que lesdits concurrents développent des services universels ». Mais cet argument n'a pas été examiné par la Cour car il s'agissait d'un moyen nouveau qui ne pouvait être invoqué au stade du pourvoi (189).

61. — La deuxième condition *Altmark* impose que « les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis, de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes » (190).

La Cour, dans l'affaire *Libert* (191), a émis des doutes sur le respect par le décret flamand de cette condition : elle a relevé que, si les dispositions de ce décret « permettent d'identifier les bénéficiaires des mesures édictées par celui-ci, elles ne permettent pas, en revanche, de déterminer de manière suffisamment objective et transparente les paramètres sur la base desquels la compensation est calculée ».

(187) Relevons aussi que, dans son arrêt du 11 septembre 2012, *Corstia Ferries c. Commission*, le Tribunal avait relevé que les arguments des requérantes tendant à établir que les forces du marché étaient capables d'assurer l'objectif identifié de continuité territoriale et qu'il n'y aurait donc pas de « besoin véritable de service public » n'étaient pas établis (point 59).

(188) Points 158 à 164 de l'arrêt du 16 septembre 2013.

(189) CJ, ordonnance du 11 février 2015, C-624/13 P, *Iliad e.a. c. Commission*, EU:C:2015:112.

(190) Point 90 de l'arrêt *Altmark*.

(191) CJ, 8 mai 2013, point 90.

De même, dans son arrêt *CBI* précité du 7 novembre 2012, le Tribunal souligne que, aux termes mêmes de la décision attaquée, le financement des missions hospitalières spécifique aux hôpitaux publics de la Région bruxelloise était assuré par deux mécanismes, d'une part, l'article 109 de la loi coordonnée sur les hôpitaux (LCH) et, d'autre part, un mécanisme spécifique de financement des hôpitaux publics de la Région bruxelloise mis en place au niveau régional. Le Tribunal constate alors que la décision attaquée semble avoir confondu les deux mécanismes et s'être bornée à analyser les paramètres de compensation relatifs au mécanisme mis en place par l'article 109 de la LCH, mais pas ceux relatifs au mécanisme spécifique mis en place au niveau régional, et qu'ainsi, elle a procédé à un examen incomplet de la mesure d'aide concernée (192).

Mais l'arrêt le plus important est, sans conteste, l'arrêt *TV2* (193). La Commission, dans sa décision du 20 avril 2011 relative aux mesures prises par le Danemark à l'égard de TV2, avait considéré que le système de financement de TV2 ne respectait pas la deuxième condition *Altmark*. Elle avait, à cet égard, indiqué avoir « pris en considération le fait que le montant de [la] compensation était déterminé sous le contrôle du parlement danois et sur la base des études KPMG, dont elle avait examiné le contenu », en reconnaissant que ces éléments avaient « pu assurer une "certaine transparence et objectivité" dans les modalités de calcul de la compensation accordée à TV2 », mais elle avait estimé que « le fait de se fonder sur les dépenses réellement encourues par le bénéficiaire de la compensation pour calculer le montant de cette compensation n'est pas satisfaisant au regard de la deuxième condition *Altmark* » car, pour « satisfaire à la deuxième condition *Altmark*, les paramètres de calcul de la compensation devraient être formulés de façon à permettre d'influencer ou de contrôler le niveau des dépenses ou des coûts du bénéficiaire de la compensation ».

Le Tribunal souligne que la deuxième condition « pose trois exigences, auxquelles doivent répondre les paramètres de calcul de la compensation, afin d'assurer que ce calcul est fiable et susceptible d'être vérifié par la Commission » : ils doivent être « établis à l'avance, selon une procédure transparente » et être « par leur nature, objectifs ». Or, relève le Tribunal, dans l'interprétation qu'elle donne dans sa décision de la deuxième condition *Altmark*, la Commission semble considérer que ces paramètres « doivent, en plus, assurer l'efficacité de la gestion du service public ». Le Tribunal

(192) Le Tribunal y voit un indice supplémentaire des doutes sérieux qui auraient dû obliger la Commission à ouvrir une procédure formelle d'examen.

(193) Trib., 24 septembre 2015, précité.

considère qu'une telle interprétation est « incompatible avec le libellé de la deuxième condition *Altmark* » et « conduit à une confusion entre la condition examinée en l'espèce et la quatrième condition » de sorte que « la Commission a commis une erreur de droit portant sur la portée même de la deuxième condition *Altmark* » (194).

62. — Enfin, selon la quatrième condition *Altmark*, « lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'a pas été effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée (...) aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations » (195).

C'est manifestement la condition la plus difficile à remplir et celle aussi qui est la plus contestée devant les juges européens, mais en vain semble-t-il.

Ainsi, le Tribunal, dans l'affaire *Allemagne c. Commission*, a rejeté l'argument selon lequel il suffirait de créer une situation de concurrence par une procédure d'appel d'offres ouverte, exempte de discrimination et dans laquelle les critères d'attribution relèveraient des exigences de la protection de l'environnement en soulignant que le quatrième critère *Altmark* impose que, si deux organisations soumettent une offre pour le même projet, c'est la plus avantageuse économiquement qui doit être choisie. Or, les grands projets de protection de l'environnement ne font pas l'objet d'un marché public puisque chaque organisation présente son projet sur la base de sa structure de coûts et aucune analyse comparative de ces coûts n'est effectuée par les autorités nationales. La sélection des projets intervient selon des critères techniques de protection de l'environnement et donc non selon le rapport qualité/prix. Ce mécanisme ne saurait donc être considéré comme satisfaisant au quatrième critère *Altmark* (196).

63. — Dans l'affaire *TV2*, le Tribunal reconnaît que, « dans l'hypothèse où l'entreprise chargée de l'exécution d'une mission de service public n'est pas sélectionnée dans le cadre d'un marché public, l'application de la quatrième condition *Altmark* est susceptible de présenter des difficultés pratiques », dès lors que « la notion "d'entreprise bien gérée et adéquate-

(194) Points 55 à 65 de l'arrêt.

(195) Point 93 de l'arrêt *Altmark*.

(196) Trib., 12 septembre 2013, *Allemagne*, points 78 à 82.

ment équipée" implique nécessairement une marge d'appréciation large de l'entité qui l'applique et que « la comparaison entre deux entreprises, l'une publique, chargée d'une mission de service public, et l'autre privée, libre d'une telle mission, n'est pas aisée ». Mais il ajoute que, nonobstant ces difficultés, l'identification d'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée des moyens nécessaires comme référence est indispensable car elle « vise à optimiser le montant de la compensation considérée comme nécessaire pour accomplir la mission de service public et à éviter que les coûts élevés d'une entreprise inefficace soient pris comme référence dans le calcul du montant de cette compensation » et qu'en l'absence d'une telle optimisation, il ne peut pas être exclu que cette compensation comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à ses concurrents (197).

Le Tribunal y précise encore que la quatrième condition impose de « repérer une entreprise de référence autre que ce bénéficiaire ». Il ne suffit donc pas, pour remplir cette condition, que l'État membre « déclare que, compte tenu des spécificités de la mission du service public, il n'est pas possible d'identifier sur le marché une entreprise comparable au bénéficiaire de la compensation » et s'attache « ensuite à démontrer que le bénéficiaire lui-même est une entreprise "bien gérée et adéquatement équipée" au sens de cette condition », pour constater qu'il n'est pas établi que la Commission « a commis une erreur de droit en constatant que les modalités de calcul de la compensation octroyée à TV2 pour l'exécution des obligations de service public dont elle était chargée ne remplissaient pas la quatrième condition *Altmark* » (198).

C. — *Sélectivité de l'avantage* (199)

64. — Plusieurs arrêts rendus au cours de la période analysée ont permis à la Cour et au Tribunal de préciser ou clarifier la jurisprudence relative à l'appréciation de la condition de sélectivité, selon laquelle « aux fins de l'application de l'article [107] du traité, il est indifférent que la situation du

(197) Trib., 24 septembre 2015, points 114 et 116.

(198) Points 116 et 119 de l'arrêt. Enfin, au point 149, le Tribunal conclut que, puisque les quatre conditions *Altmark* sont cumulatives, il y a lieu de constater que les mesures concernées ont procuré un avantage à TV2, en dépit de « l'erreur par la Commission s'agissant de l'appréciation de la deuxième condition *Altmark* ».

(199) Marie Lagrue, avocate au barreau de Paris, établie à Bruxelles, Sheppard Mullin, a largement contribué à la rédaction de cette section; Joe Zeaiter a contribué aux recherches préliminaires à cette rédaction dans le cadre du master de spécialisation en droit européen, droit de la concurrence et de la propriété intellectuelle de l'Université de Liège.

bénéficiaire présumé de la mesure se soit améliorée ou aggravée par rapport à l'état du droit antérieur ou, au contraire, n'ait pas connu d'évolution dans le temps (...). Il convient uniquement de déterminer si, dans le cadre d'un régime juridique donné, une mesure étatique est de nature à favoriser "certaines entreprises ou certaines productions" au sens de l'article [107], paragraphe 1^{er}, du traité par rapport à d'autres entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable au regard de l'objectif poursuivi par la mesure concernée (...).» (200).

Les affaires qui leur ont été soumises au cours de la période considérée n'ont pas donné aux juges de l'Union l'occasion de se prononcer sur des questions de sélectivité régionale ou géographique. Ils ont en revanche fait usage du critère matériel pour conclure au caractère sélectif ou non d'une mesure étatique. Selon une jurisprudence bien établie (201) (notamment en matière fiscale, qui souvent soulève les difficultés les plus sérieuses), l'examen du caractère sélectif d'une mesure étatique requiert l'identification (i) d'un cadre de référence, (ii) de l'existence de différenciations entre opérateurs se trouvant dans une situation similaire et (iii), le cas échéant, d'une justification (ou non) de la mesure par la nature ou l'économie générale du système.

Nous suivrons la grille de lecture proposée par la communication précitée de la Commission sur la notion d'aide, à savoir : la sélectivité *de jure* et *de facto* (a), la sélectivité découlant de pratiques administratives discrétionnaires (b), la sélectivité découlant de l'allègement des charges normales qui pèsent sur les entreprises (c) et les clarifications quant aux limites de la sélectivité (d).

a) *Sélectivité de jure et de facto*

65. — Sans faire une liste exhaustive des arrêts, nous entendons donner quelques exemples des mesures que les juridictions européennes ont considérées comme sélectives, soit en raison de critères juridiques qui réservent le bénéfice de la mesure à un opérateur ou à un secteur d'activités en particulier (sélectivité *de jure*), soit parce que la mesure en cause, bien que formulée en termes généraux, aboutit en pratique à favoriser un groupe particulier d'entreprises (sélectivité *de facto*).

(200) CJ, 8 novembre 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, EU:C:2001:598, point 41.
(201) Voy. notamment CJ, 6 septembre 2006, C-88/06, *Portugal c. Commission*, EU:C:2006:511.

(i) *Subventions pour l'achat des seuls décodeurs TNT*

66. — Dans l'affaire *Mediaset*, à propos d'une subvention accordée par les autorités italiennes à tout utilisateur du service de radiodiffusion achetant ou louant un appareil permettant la réception, en clair, des signaux numériques terrestres dans le but d'accélérer le passage à la télévision numérique terrestre, la Cour, sur pourvoi (202), a rappelé le caractère «nécessairement» sélectif des mesures discriminatoires. Elle souligne «qu'une mesure nationale qui opère une discrimination entre entreprises en ce sens qu'elle est de nature à favoriser certaines d'entre elles par rapport à d'autres est à considérer comme sélective et donc comme une aide d'État» (203). Elle ajoute que tel est notamment le cas lorsqu'une mesure subventionne l'achat par les consommateurs d'un produit qui est utilisé par une entreprise aux fins de la prestation d'un service alors que l'achat du produit utilisé par une autre entreprise aux fins de la prestation d'un service similaire ne l'est pas.

L'arrêt donne également l'opportunité à la Cour de souligner le lien étroit entre le caractère sélectif d'une mesure et l'octroi d'un avantage économique. *Mediaset* estimait en effet que le Tribunal avait commis une erreur de droit en constatant l'existence d'un avantage économique uniquement sur le fondement de la sélectivité de la mesure. La Cour rejette cet argument en soulignant que «les conditions tenant à la sélectivité d'une mesure étatique et à la création d'un avantage économique pour un bénéficiaire ne sont pas complètement autonomes, l'une par rapport à l'autre. En effet, une mesure ne peut être considérée comme sélective que si elle est susceptible de donner lieu à un tel avantage pour un bénéficiaire et non pas pour d'autres personnes dont la situation est comparable à celle de ce bénéficiaire» (204). Elle ajoute que le Tribunal a explicitement précisé les avantages économiques octroyés aux bénéficiaires et identifiés par la Commission, dont le développement d'une audience en limitant les coûts que les diffuseurs de télévision numérique terrestre auraient dû supporter, ainsi que la consolidation de leur position existante sur le marché en termes d'image de marque et de fidélisation de la clientèle.

(202) CJ, 28 juillet 2011, C-403/10 P, *Mediaset c. Commission*, précité.
 (203) Point 54 de l'arrêt.
 (204) Point 62 de l'arrêt.

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

67. — Quelques mois plus tard, dans l'affaire *Italie c. Commission* (205), la Cour confirme également le caractère sélectif d'un régime italien d'incitation fiscale. L'Italie avait mis à exécution un régime d'aides en faveur des entreprises nouvellement cotées en bourse qui se présentait principalement sous la forme d'allègements fiscaux. La Commission avait déclaré ces aides incompatibles avec le marché intérieur et avait ordonné leur récupération, décision qui avait été confirmée par le Tribunal, notamment à l'issue de longs développements quant à la sélectivité de la mesure (206).

La Cour rejette le pourvoi de l'Italie. Elle observe en effet que la décision litigieuse envisage trois éléments de sélectivité différents et qu'il suffit que l'appréciation portée sur l'un de ces trois éléments soit fondée pour que les contestations des autres éléments de sélectivité soient écartées comme inopérantes, car portant sur des motifs surabondants. Il ne lui reste plus alors qu'à constater que la limitation temporelle des avantages en question emportait leur sélectivité, dès lors qu'elle conduisait à l'exclusion de fait de nombreux bénéficiaires potentiels. Elle écarte par ailleurs la circonstance qu'une telle limitation aurait été motivée par la volonté de stimuler les projets d'introduction en bourse, rappelant sa jurisprudence classique selon laquelle les objectifs de la mesure n'entrent pas en compte dans l'appréciation de la sélectivité (mais bien dans le cadre de celle de la compatibilité) (207).

(iii) *Exonération de droits d'accises sur le gasoil utilisé pour le chauffage des serres*

68. — Une autre affaire concernant l'Italie (208) donne au Tribunal l'occasion de rappeler qu'une mesure dont l'application dépend de critères objectifs et généraux peut revêtir un caractère sélectif. Il s'agissait, en l'espèce, d'un régime d'exonération partielle des droits d'accises en faveur du gasoil utilisé pour le chauffage des serres, qualifié d'aide par la Commission. Le recours en annulation introduit par l'Italie à l'encontre de la décision de la Commission est rejeté par le Tribunal.

(205) CJ, 24 novembre 2011, C-458/09 P, *Italie c. Commission*, EU:C:2011:769.
 (206) Trib., 4 septembre 2009, T-211/05, *Italie c. Commission*, EU:T:2009:304, analysé dans la première édition de cette chronique, n° 45.
 (207) L'arrêt de principe est l'arrêt de la Cour du 22 décembre 2008, C-487/06 P, *British Aggregates c. Commission*, EU:C:2008:757, analysé dans la première édition de cette chronique, n° 49.
 (208) Trib., 13 septembre 2012, T-379/09, *Italie c. Commission*, précité.

Afin de déterminer le caractère sélectif du régime, le Tribunal observe que l'imposition « normale » du gasoil consiste en des droits d'accises applicables à tous les opérateurs utilisant ce carburant (recherche du « cadre de référence » de la mesure). En l'espèce, les exonérations de droits d'accises n'ont bénéficié qu'aux serristes. Le Tribunal recherche donc si, compte tenu des objectifs poursuivis par le régime en cause, ces derniers peuvent être considérés comme étant dans une situation comparable à celle des agriculteurs dits « de plein champ ». À cet égard, au vu des données chiffrées fournies par l'Italie, le Tribunal constate que, dans le secteur agricole, le gasoil est utilisé pour bien d'autres usages que le chauffage des serres et que, partant, les exonérations d'accises en cause sont sélectives. Le Tribunal prend soin à cet égard de rappeler que « même si les exonérations de droits d'accises en cause s'adressent à toutes les entreprises qui choisissent la culture sous serre, c'est-à-dire déterminent leur champ d'application sur la base de critères objectifs, cela n'est pas suffisant pour établir le caractère général de ces exonérations et n'interdit pas qu'elles revêtent un caractère sélectif » (209).

Le Tribunal écarte les arguments invoqués par l'Italie pour tenter de justifier le régime en cause au regard de l'économie générale du système fiscal italien. En effet, après avoir recherché dans quelle mesure le régime en cause résulte directement des principes fondateurs ou directeurs du système fiscal dans lequel il s'inscrit, le Tribunal constate que le régime en cause vise à atténuer l'impact des variations du prix du pétrole sur les prix à la consommation et a donc pour objectif de sauvegarder la compétitivité des serristes consommateurs de produits pétroliers. Or, « un tel objectif est extérieur au système fiscal italien » (210) et ne saurait dès lors justifier le caractère sélectif des mesures en cause.

(iv) *Garantie de l'État en faveur des établissements de crédit*

69. — Saisie cette fois dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, la Cour a également été amenée à se prononcer sur le caractère sélectif d'une garantie d'État dans son arrêt *OTP Bank* du 19 mars 2015, à propos d'un régime hongrois conférant de façon exclusive aux établissements de crédit l'activité d'octroi de prêts à certaines catégories de ménage en contrepartie de la garantie de l'État hongrois.

S'agissant de la sélectivité, la Cour vérifie si la garantie de l'État était de nature à favoriser certaines entreprises par rapport à d'autres se trouvant,

(209) Point 48 de l'arrêt.

(210) Point 51 de l'arrêt.

au regard de l'objectif de la mesure en cause, dans une situation factuelle et juridique comparable. La Cour observe qu'en l'espèce, il appartient aux établissements de crédit de mettre en œuvre le décret concerné et ainsi de bénéficier de la garantie de l'État de sorte que le mesure apparaît donc profiter de manière exclusive au secteur des établissements financiers (211).

Partant, la garantie de l'État peut être considérée comme étant de nature sélective. La Cour ajoute que le fait que l'aide profite aussi à d'autres bénéficiaires, certains ménages dont les revenus ne permettent pas d'envisager l'acquisition d'un bien immobilier hors cette aide, ne remet pas en cause l'avantage conféré aux établissements de crédit.

b) *Sélectivité découlant de pratiques administratives discrétionnaires*

70. — Dans son arrêt *DMTransport* (212), la Cour avait clairement énoncé le principe selon lequel une mesure, même apparemment d'application générale, mais qui dépend de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration, revêt un caractère sélectif.

La Cour rappelle ce principe dans l'affaire *P Oy* (213), où une société finlandaise, qui avait demandé le bénéfice de la déduction de pertes subies pendant des exercices antérieurs, nonobstant des changements de propriétaires intervenus entretemps, était en litige avec l'administration fiscale finlandaise. Elle juge qu'un tel régime fiscal est susceptible de remplir la condition de sélectivité si le système de référence (le système fiscal « normal») consiste en l'interdiction de la déduction des pertes en cas de changement de propriétaire par rapport auquel le système d'autorisation prévu constituerait une exception. Elle ajoute qu'un tel régime peut se justifier par la nature ou l'économie générale du système dans lequel il s'inscrit, mais à la condition que l'autorité nationale compétente, s'agissant de l'autorisation de déroger à l'interdiction de déduction des pertes, ne bénéficie pas « d'un pouvoir discrétionnaire qui l'habilite à fonder ses décisions d'autorisation sur des critères étrangers à ce régime fiscal ». La Cour estime ne pas disposer d'éléments suffisants pour se prononcer définitivement sur ces qualifications mais elle relève des indices donnant à penser que l'autorité compétente pouvait « déterminer les bénéficiaires de la déduction des pertes sur la base

(211) Au passage, la Cour rappelle que, dans son arrêt *Residex* du 8 décembre 2011, elle a posé en règle que les bénéficiaires d'une aide sous forme de garantie peuvent être l'emprunteur, le prêteur ou dans certains cas les deux conjointement ; voy. *supra*, n° 15.

(212) CJ, 29 juin 1999, C-257/97, *DMTransport*, EU:C:1999:332. Il s'agissait, dans cette affaire, du pouvoir de l'administration de la sécurité sociale d'accorder ou non des délais de paiement pour le règlement des contributions obligatoires de cotisations sociales.

(213) CJ, 18 juillet 2013, C-6/12, *P Oy*, EU:C:2013:525, points 30 et 32.

de critères étrangers au système fiscal, tels que le maintien de l'emploi» et qu'un «tel exercice de ce pouvoir devrait alors être considéré comme favorisant «certaines entreprises ou certaines productions» par rapport à d'autres, qui se trouveraient, au regard de l'objectif poursuivi, dans une situation factuelle et juridique comparable».

71. — La question de la marge discrétionnaire de l'État est encore revenue devant la Cour dans le cadre de l'affaire *MOL* (214). *MOL*, entreprise d'exploitation minière, avait conclu en 2005 avec les autorités hongroises une convention de prorogation selon laquelle les redevances minières liées à l'extraction d'hydrocarbures restent fixes pour la majorité de ses concessions d'hydrocarbures jusqu'en 2020. En 2007, la loi minière hongroise avait été modifiée et le taux des redevances minières augmenté mais cette augmentation ne s'était toutefois pas appliquée aux gisements de *MOL*, conformément à l'accord de 2005. Dans une décision de 2010, la Commission a considéré que l'accord de 2005 avait exempté *MOL* de l'augmentation de la redevance minière résultant de la loi minière modifiée et a conclu à une mesure sélective, constitutive d'une aide incompatible. Le Tribunal a annulé cette décision au motif qu'aucun élément ne démontrait que *MOL* avait bénéficié d'un traitement favorable par rapport à ses concurrents et que, dès lors, la combinaison de l'accord de 2005 et de la loi minière modifiée ne saurait être qualifiée d'aide d'État (215).

Sur pourvoi de la Commission, la Cour, dans son arrêt du 4 juin 2015, confirme la position du Tribunal en reprenant le raisonnement de l'avocat général Wahl selon lequel «ce qui est proscrit n'est pas l'octroi d'un avantage en tant que tel, mais le fait que cet octroi, effectué de façon discriminatoire et sélective, est susceptible de placer certaines entreprises dans une situation plus favorable que d'autres» (216). Selon la Cour, en présence d'un régime général, il convient d'identifier si la mesure en cause, bien que procurant un avantage de portée générale, ne bénéficie pas à certaines entreprises ou à certains secteurs d'activité. Pour la Cour, le paramètre de comparaison pertinent pour établir la sélectivité de la mesure contestée dans la présente affaire consiste donc à vérifier si la procédure de conclusion de l'accord de 2005 introduit une différenciation entre les opérateurs se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable, non justifiée par la nature et l'économie du système.

(214) CJ, 4 juin 2015, C-15/14 P, *Commission c. MOL*, précité.

(215) Trib., 12 novembre 2013, T-499/10, *MOL c. Commission*, EU:T:2013:592.

(216) Point 47 des conclusions.

Pour répondre à l'argumentation de la Commission critiquant l'analyse du Tribunal quant au cadre juridique régissant la conclusion de l'accord de 2005 et, en particulier, la marge d'appréciation laissée aux autorités hongroises quant au choix de conclure ou non un accord de prorogation et quant au niveau de redevance, la Cour rappelle qu'il existe une distinction fondamentale entre l'examen de la sélectivité des régimes généraux d'exonération ou d'abattement, qui confèrent en eux-mêmes un avantage, et celui de la sélectivité des dispositions facultatives de droit national prévoyant l'imposition de charges supplémentaires: «dans le cas où les autorités nationales imposent de telles charges en vue de préserver l'égalité de traitement entre les opérateurs, le simple fait que lesdites autorités disposent d'une certaine marge d'appréciation définie par la loi et non illimitée, comme le fait valoir la Commission dans le cadre de son pourvoi, ne saurait suffire à établir la sélectivité de la mesure». Dès lors, le Tribunal a pu considérer à bon droit que «la marge d'appréciation en question dans la présente affaire sert à pondérer une charge supplémentaire imposée aux opérateurs économiques pour tenir compte des impératifs découlant du principe d'égalité de traitement et se distingue donc, de par sa nature même, des cas où l'exercice d'une telle marge est lié à l'octroi d'un avantage en faveur d'un opérateur économique déterminé» (217).

De même, la Cour rejette toute sélectivité *de facto* de la mesure. Selon elle, le Tribunal a bien procédé à un examen factuel du caractère objectif des critères en vérifiant l'applicabilité du régime à tout opérateur potentiellement intéressé: «la circonstance que *MOL* était la seule entreprise à avoir conclu un accord de prorogation dans le secteur des hydrocarbures ne constituait pas nécessairement un indice de sélectivité, puisque les critères de conclusion d'un tel accord sont objectifs et applicables à tout opérateur potentiellement intéressé et que l'absence d'autres accords peut résulter de décisions propres aux entreprises de ne pas demander de prorogation des droits miniers» (218). L'analyse des effets de la mesure, critère déterminant aux fins d'identifier l'existence ou non d'une sélectivité *de facto* de celle-ci, a donc bien été effectuée.

Enfin, la Cour examine un élément spécifique relatif à l'impact éventuel d'une évolution législative future. La Commission faisait valoir que le fait que, postérieurement à la conclusion de la convention de prorogation de *MOL*, une loi a fixé un taux supérieur à celui payé dans le cadre de la convention de 2005 est une circonstance qui aurait dû être prise en compte

(217) Points 64 et 65 de l'arrêt de la Cour.

(218) Point 76 de l'arrêt de la Cour.

dans l'appréciation du caractère sélectif de la mesure. La Cour rappelle que, dans son arrêt précité du 19 mars 2013 dans l'affaire *France Telecom*, elle a jugé que, lorsque des interventions consécutives présentent, au regard de leur chronologie, de leur finalité et de la situation de l'entreprise au moment de ces interventions, des liens tellement étroits entre elles qu'il est impossible de les dissocier, elles doivent être considérées comme une intervention unique. Mais elle écarte l'application de cette jurisprudence en l'espèce, en relevant que le Tribunal a mis en exergue le fait, d'une part, que « la hausse des redevances minières entrée en vigueur en 2008 a eu lieu dans un contexte d'augmentation des cours mondiaux et, d'autre part, que la Commission n'a pas invoqué que l'accord de 2005 avait été conclu par anticipation d'une telle hausse ». Dès lors que ce sont des circonstances extérieures à la convention de 2005 qui ont eu pour conséquence de mettre l'opérateur en situation d'avantage par rapport à d'autres opérateurs n'ayant pas conclu la convention, c'est à bon droit que le Tribunal a considéré que la combinaison de l'accord de 2005 et de la loi minière modifiée de 2008 ne saurait être qualifiée d'aide au sens de l'article 107 TFUE (219).

c) *Sélectivité découlant des allègements de charges normales qui pèsent sur les entreprises*

(i) *Mesures accordant des exonérations de certains impôts à certains types de sociétés*

72. — Dans l'affaire *Paint Graphos* (220), la Cour devait se prononcer sur trois affaires jointes soulevant des questions de sélectivité s'agissant d'une mesure étatique accordant notamment des exonérations de certains impôts aux coopératives agricoles et de la pêche, aux coopératives de production et de travail, ainsi qu'à d'autres sociétés coopératives. L'arrêt offre un examen très pédagogique des conditions d'application de l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE.

Pour ce qui est plus particulièrement du critère de sélectivité, la Cour souligne tout d'abord les caractéristiques spécifiques des sociétés coopératives, telles que les conditions d'adhésion, de retrait et d'exclusion des membres, reconnues d'ailleurs par la législation européenne (221). De même, les sociétés coopératives n'ont pas accès aux marchés de capitaux

(219) Points 97 et 98 de l'arrêt de la Cour.

(220) CJ, 8 septembre 2011, C-78/08, C-79/08, et C-80/08, *Paint Graphos e.a.*, EU:C:2011:550.

(221) Règlement n° 1453/2003 du Conseil relatif au statut de la société coopérative européenne et communication de la Commission de 2004 sur la promotion des sociétés coopératives.

puisqu'elles ne sont pas cotées en bourse. Ces caractéristiques spécifiques font que les sociétés coopératives ne sauraient être comparées aux sociétés commerciales « ordinaires » : alors que ces dernières entretiennent une relation purement commerciale avec leurs membres, les sociétés coopératives entretiennent en sus de cette relation commerciale une relation personnelle avec leurs membres, qui ont droit à une répartition équitable des résultats économiques.

Cette comparaison opérée par la Cour entre les sociétés coopératives et les sociétés commerciales s'avère nécessaire pour vérifier si le critère de sélectivité est bien rempli. La Cour remarque notamment qu'il incombera au juge national de vérifier, au regard de ces éléments, « si les sociétés coopératives en cause se trouvent en fait dans une situation comparable à celles des sociétés à but lucratif assujetties à l'impôt sur les sociétés » (222).

De la même manière, la Cour indique au juge national qu'il convient de vérifier si la mesure peut être considérée comme résultant directement des principes fondateurs ou directeurs de son système fiscal, auquel cas elle peut être justifiée, même si elle précise plus loin qu'une mesure ne peut être justifiée par la nature du système fiscal « dès lors qu'elle permet l'exonération de l'impôt sur les bénéfices provenant d'échanges avec des tiers non membres de la coopérative ou la déduction des sommes versées à ces derniers à titre de rémunérations ». Les exonérations fiscales qui résulteraient ainsi d'un objectif étranger au système d'imposition dans lequel elles s'inscrivent ne sauraient échapper à la notion d'aide d'État. En outre, cette « exigence de cohérence d'un avantage donné [doit exister] non seulement avec les caractéristiques inhérentes au système fiscal en cause, mais aussi en ce qui concerne la mise en œuvre de ce système » (223).

Enfin, la Cour requiert que la mesure en cause, pour ne pas être sélective, soit conforme au principe de proportionnalité. À charge pour le juge national, en fonction des éléments fournis par la Cour, de décider si la mesure en cause est sélective ou non.

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

73. — L'arrêt *British Aggregates* du 7 mars 2012 (224), rendu sur renvoi après annulation par la Cour, met fin à une longue saga qui a occupé les institutions européennes pendant près de onze ans. Dans cette affaire, étaient en cause deux dérogations à la taxe sur les granulats instituée par la

(222) Point 63 de l'arrêt.

(223) Points 72 et 73 de l'arrêt.

(224) T-210/02 RENV, *British Aggregates c. Commission*, EU:T:2012:110.

loi de finance du Royaume-Uni pour l'année 2001. La Commission avait estimé que les mesures n'étaient pas sélectives en ce que la délimitation du champ d'application de la taxe sur les granulates pouvait se justifier par la poursuite d'objectifs environnementaux. Par un arrêt du 13 septembre 2006, le Tribunal avait considéré que la Commission n'avait pas outrepassé les limites de son pouvoir d'appréciation et avait rejeté le recours en annulation formé par British Aggregates (225), mais cet arrêt avait été annulé par la Cour de justice dans son arrêt précité du 22 décembre 2008. Statuant sur renvoi, le Tribunal, cette fois, annule la décision de la Commission en raison d'erreurs quant à l'application de la notion d'aide, notamment au regard de la condition de sélectivité.

Procédant de manière méthodologique, la première étape du raisonnement du Tribunal consiste à déterminer le cadre de référence de son analyse à la lumière de l'objectif visé par la taxe. Il constate que la Commission s'est fondée, pour adopter sa décision, sur une mauvaise compréhension du principe de taxation « normale » et examine ensuite si cette erreur a vicié l'appréciation du critère de sélectivité par la Commission. Pour cela, il procède à un examen approfondi des différenciations fiscales opérées par la loi. Pour comparer les situations en cause, il se réfère à l'objectif précis du régime, qui est de réduire le recours aux granulates extraits dans les carrières, ressources naturelles non renouvelables, en opérant un basculement de la demande vers des granulates constituant des sous-produits ou des déchets issus de certains procédés et vers les granulates recyclés. Au terme d'une analyse détaillée, le Tribunal parvient à la conclusion que les granulates exonérés et ceux qui ne le sont pas se trouvent dans une situation comparable et que la différence de traitement ne permet pas de satisfaire l'objectif environnemental visé. Il en conclut que la mesure est sélective et annule la décision de la Commission sur ce fondement, affirmant par là que l'exigence de cohérence des mesures arrêtées en fonction d'un objectif défini doit être très strictement contrôlée.

(iii) *Incitation fiscale en faveur de certains établissements de crédit restructurés*

74. — Dans l'arrêt *BNP Paribas* du 21 juin 2012, c'est au tour de la Cour d'afficher sa détermination à contrôler pleinement et strictement la justification d'un régime fiscal par la nature et la logique du système. Le régime fiscal italien à l'origine de l'affaire concernait l'imposition des plus-values générées à la suite d'opérations de cessions d'actifs en échange d'actions

(225) T-210/02, *British Aggregates c. Commission*, EU:T:2006:253.

réalisées entre sociétés. Ce régime de 2003, particulièrement complexe, faisait suite à toute une série de régimes de neutralité fiscale, dont l'objectif était de faciliter l'apport d'immobilisations et d'autres formes d'actifs bancaires détenus par des organismes publics bancaires à des établissements privés. Dans un arrêt du 1^{er} juillet 2010 (226), le Tribunal avait suivi le raisonnement de la Commission dans sa décision du 11 mars 2008 qui déclarait les aides accordées incompatibles avec le marché intérieur. La Cour a accueilli le pourvoi de BNP Paribas et annulé l'arrêt du Tribunal pour non-respect de la portée du contrôle juridictionnel (227), mais elle a ensuite considéré que le litige était en état d'être jugé et a examiné elle-même la condition de sélectivité, pour en définitive confirmer la légalité de la décision de la Commission. La Cour observe qu'en 2000, le législateur italien avait entendu mettre en place un régime de réalignement unique de la valeur fiscale des actifs, quel que soit le cadre dans lequel était intervenue l'opération d'apports, régime prorogé en 2001. Ces régimes s'analysaient comme des mesures fiscales générales justifiées par la logique du système fiscal italien et ne constituaient donc pas des aides d'État. Or, la loi de 2003 n'a prorogé ces régimes que pour une partie de leurs bénéficiaires. La Cour conclut que cette loi a donc introduit une différenciation entre les établissements de crédit, conférant ainsi un avantage à certaines sociétés qui ne peut être justifié par la logique du système fiscal italien.

(iv) *Exemption de cotisation à une caisse de retraite*

75. — L'affaire *British Telecommunications* concernait les conditions de cotisation au Fonds anglais de protection des retraites (*Pension Protection Fund, PPF*), créé en 2004 pour couvrir les membres de régimes de retraite contre les risques d'insolvabilité de leurs employeurs. À cette fin, les employeurs devaient verser une cotisation annuelle au PPF mais cette obligation ne s'appliquait pas pour les employeurs dont les membres de régimes de retraite bénéficiaient déjà d'une garantie publique. Tel était le cas des membres du fonds de retraite (BTFS) de *British Telecommunications (BT)* qui étaient couverts par la garantie étatique accordée lors de la privatisation de BT en 1984 (228), de sorte que BT n'était pas éligible au PPF (229). La Commission a néanmoins considéré que le fait que BT ne devait pas verser

(226) Trib., 1^{er} juillet 2010, T-335/08, *BNP Paribas et BNL c. Commission*, précité.
(227) Voy. *supra*, n^o 4.

(228) La Commission a décidé que cette garantie ne constituait pas en soi une aide à BT, puisque les bénéficiaires sont les membres de BTFS, non BT elle-même, dès lors que la garantie n'a vocation à s'appliquer qu'en cas d'insolvabilité et de liquidation de BT.
(229) Puisque les membres de BTFS étaient susceptibles de ne percevoir aucune intervention du PPF.

une cotisation au PPF (inutile pour ses membres) était constitutif d'une aide d'État incompatible avec le marché intérieur.

Le Tribunal (230) rejette le recours contre cette décision. Le Tribunal affirme tout d'abord qu'il n'existait pas de lien indivisible entre les obligations additionnelles relatives aux retraites pesant sur BT et la garantie dont bénéficient les membres du BTSPS (ces charges additionnelles pesant sur BT suite à sa privatisation en 1984 excédaient la valeur de l'avantage résultant du non-paiement de la cotisation au PPF). Il relève ensuite que le cadre juridique retenu par la Commission est « celui de la protection des retraites contre l'insolvabilité de l'employeur, que ce soit une protection par le PPF ou par une garantie publique ». Le Tribunal en déduit que « au regard de l'objectif de protection des retraites contre l'insolvabilité de l'employeur, le BTSPS et BT se trouvent dans une situation juridique et factuelle différente de celles des régimes de retraite et des sociétés dont ils dépendent, relevant du même cadre juridique » (231). Contrairement à ce que soutenaient BTSPS et BT, le Tribunal considère que la Commission a bien pris en compte le système global de protection des retraites contre l'insolvabilité de l'employeur qui suppose que certains régimes de retraite, dont celui de BT, bénéficient d'une exclusion du PPF et d'une exemption de cotisation au PPF, car ils sont couverts par une garantie publique. Selon le Tribunal, dans le cas de BT et du BTSPS, « l'exemption de cotisation au PPF ne découle que de l'existence de la garantie, qui implique que la partie du BTSPS concernée ne relève pas du PPF. Ce mécanisme aboutissant à une exemption de tout paiement de la protection octroyée (...) il n'apparaît pas, d'une part, que l'exemption de la cotisation au PPF découle du système global de protection des retraites établi au Royaume-Uni et, d'autre part, que le fait d'exiger du régime de retraite de BT, et donc d'elle-même, de verser une cotisation équivalente à une cotisation au PPF n'est pas objectivement justifié et constitue une violation du principe d'égalité » (232).

La Cour, dans un arrêt du 22 octobre 2014 (233), confirme ce raisonnement en rejetant le pourvoi de BT qui mettait en cause plusieurs points de la motivation du Tribunal sur la question de la sélectivité. En substance, la Cour juge que le Tribunal a démontré à suffisance de droit que la garantie aux membres de BTSPS est justifiée, à l'origine, « par des considérations

(230) Trib., 16 septembre 2013, T-226/09 et T-230/09, *British Telecom c. Commission*, précité.

(231) Points 88 et 89 de l'arrêt du Tribunal.

(232) Point 93 de l'arrêt du Tribunal.

(233) C-620/13 P, *British Telecommunications c. Commission*, EU:C:2014:2309, point 43.

plus larges que celles concernant la protection des obligations additionnelles relatives aux retraites. Par ailleurs, lesdites obligations sont imposées à BT lorsqu'elle est en activité, tandis que la garantie ne s'applique qu'au cas où cette société deviendrait insolvable». En conséquence, le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en écartant le prétendu lien entre les deux mécanismes.

d) *Clarifications quant aux limites de la sélectivité*

76. — D'autres affaires soumises à la Cour et au Tribunal pendant la période sous analyse ont encore donné aux juridictions européennes l'opportunité de préciser les contours du critère de sélectivité, en mettant des limites à une interprétation parfois extensive de ce critère par la Commission ou les juridictions nationales.

(i) *Clôture de procédures fiscales pendantes moyennant paiement d'une somme égale à 5 % de la valeur du litige*

77. — Un renvoi préjudiciel de la Cour de cassation italienne conduit la Cour à s'interroger sur la sélectivité d'une règle nationale selon laquelle les procédures pendantes en matière fiscale devant la plus haute juridiction italienne pouvaient être clôturées par le paiement d'un montant égal à 5 % de la valeur du litige (234). L'interprétation préjudicielle demandée concernait des procédures fiscales ayant pour origine un recours introduit en première instance plus de dix ans avant la date d'entrée en vigueur de la disposition en cause et où l'administration fiscale avait succombé dans les deux premiers degrés de juridiction.

La Cour rejette le caractère sélectif de la mesure en relevant que « à supposer que l'application de [la disposition nationale en cause] puisse aboutir, dans une situation donnée, à accorder un avantage au bénéficiaire de cette disposition, ladite mesure est applicable de manière générale à tous les contribuables qui sont parties à une procédure pendante en matière fiscale devant la Corte suprema di cassazione, quelle que soit la nature de l'impôt en cause, dès lors que cette procédure a pour origine un recours introduit en première instance plus de dix ans avant la date d'entrée en vigueur de cette disposition et que l'administration fiscale a succombé devant les deux premiers degrés de juridiction ». Ainsi, le « fait que seuls les contribuables remplissant ces conditions peuvent bénéficier de cette mesure ne saurait, en soi, conférer à celle-ci un caractère sélectif. En effet, force est de constater que les personnes ne pouvant y prétendre ne se trouvent pas dans une

(234) CJ, 29 mars 2012, C-417/10, *3M Italia SpA*, EU:C:2012:184.

situation factuelle et juridique comparable à celle desdits contribuables au regard de l'objectif poursuivi par le législateur national, qui est d'assurer le respect du principe du délai raisonnable» (235).

(ii) *Redevances aéroportuaires*

78. — Dans l'affaire *Lübeck* (236), le Tribunal a eu à connaître de la sélectivité de redevances aéroportuaires. L'opérateur de l'aéroport de Lübeck avait fixé (sous la tutelle de l'autorité aérienne du Land de Schleswig-Holstein), dans un règlement de 2006, les redevances applicables à toutes les compagnies aériennes actives à l'aéroport de Lübeck, sous réserve d'accords plus spécifiques avec certaines compagnies. La Commission avait estimé que les avantages en cause étaient accordés uniquement aux compagnies aériennes utilisant l'aéroport de Lübeck et que, partant, ils étaient sélectifs et cette décision a été annulée par le Tribunal.

Contrairement à ce qu'avait fait la Commission, le Tribunal prend en compte un cadre de référence limité aux seules entreprises utilisant, ou pouvant utiliser, l'aéroport, en considérant que « la situation des entreprises qui ne veulent pas, ou ne peuvent pas, utiliser le bien ou le service en cause n'est ainsi pas directement pertinente pour apprécier l'existence d'un avantage » et que « la seule circonstance que le règlement de 2006 ne s'applique qu'aux compagnies aériennes utilisant l'aéroport de Lübeck n'est pas un critère pertinent pour considérer que celui-ci possède un caractère sélectif » (237). Il exclut ainsi de l'analyse les clients d'autres aéroports mettant à disposition des biens et des services similaires. Sur le fondement de ce cadre de référence, le Tribunal observe que toutes les compagnies aériennes utilisant l'aéroport de Lübeck peuvent bénéficier des dispositions tarifaires du règlement en cause et que, partant, la mesure n'est pas sélective (238).

79. — Quelques mois plus tard, dans un arrêt *Ryanair* du 25 novembre 2014 (239), le Tribunal a eu de nouveau à se prononcer, indirectement cette fois-ci, sur le caractère sélectif de taxes aéroportuaires. Il s'agissait ici de l'exclusion des passagers en correspondance ou en transit du champ d'application de la taxe sur le transport aérien devant être payée par les compagnies aériennes pour chaque départ d'un passager depuis un aéroport situé en Irlande.

(235) Points 41 et 42 de l'arrêt.

(236) Trib., 9 septembre 2014, T-461/12, *Lübeck c. Commission*, EU:T:2014:758.

(237) Points 53 et 54 de l'arrêt.

(238) Cet arrêt fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour (affaire C-524/14 P, *Commission c. Hansestadt Lübeck*). L'avocat général Wahl a conclu au rejet du pourvoi le 15 septembre 2016; l'arrêt est en délibéré au moment d'écrire ces lignes.

(239) Trib., 25 novembre 2014, T-512/11, *Ryanair c. Commission*, EU:T:2014:989.

La Commission avait considéré, à l'issue de la phase préliminaire d'examen, que la mesure était « conforme à la logique du régime fiscal de référence pour des raisons de neutralité du point de vue du passager, qui ne peut pas toujours déterminer lui-même l'itinéraire vers sa destination finale ». Le Tribunal a jugé que la Commission, pour arriver à cette conclusion, n'avait pas procédé à une analyse suffisamment complète de la nature sélective de la mesure contestée et aurait dû à cette fin ouvrir une procédure formelle d'examen (240).

S'agissant de la taxe elle-même, qui était fixée à deux euros pour les vols vers une destination éloignée de moins de 300 kms et à dix euros pour les autres vols, la Commission avait considéré que le taux inférieur de deux euros constituait une aide car elle favorisait essentiellement les compagnies domestiques. Dans un autre arrêt de février 2015, le Tribunal (241) a estimé que la Commission n'avait pas commis d'erreur de droit en qualifiant le taux supérieur de dix euros de taux « normal » de taxation, aux fins de déterminer si le taux inférieur constituait un avantage sélectif.

(iii) *Amortissement fiscal de la survaleur financière des prises de participations dans des sociétés étrangères*

80. — Les affaires *Autogrill* et *Santander* ont amené le Tribunal (242) à examiner une législation espagnole prévoyant qu'en cas de prise de participation dans une société étrangère par une entreprise imposable en Espagne, la survaleur résultant de cette participation est déductible sous forme d'amortissement fiscal. La Commission avait qualifié ce régime d'aide d'État incompatible avec le marché intérieur et cette analyse a été censurée par le Tribunal, qui a conclu que la mesure n'était pas sélective.

L'arrêt comporte un rappel pédagogique des contours de la notion de sélectivité. Le Tribunal rappelle ainsi l'étendue matérielle de la notion de sélectivité en relevant qu'une mesure est susceptible d'être qualifiée de sélective lorsqu'elle vise davantage un secteur d'activité que d'autres ou encore lorsqu'elle est applicable durant une période limitée. Dans le même temps, il ajoute que « la détermination d'une catégorie d'entreprises qui sont

(240) Suite à cet arrêt, la Commission a décidé d'ouvrir une procédure formelle d'examen le 28 septembre 2015 (décision non encore adoptée au moment d'écrire ces lignes).

(241) Trib., 5 février 2015, T-500/12, *Ryanair c. Commission*, EU:T:2015:73. Ensuite, le Tribunal a cependant considéré que c'était à tort que la Commission avait quantifié l'aide comme correspondant dans tous les cas à la différence entre les deux taux (voy. à ce sujet, *supra*, n° 22).

(242) Trib., 7 novembre 2014, T-219/10, *Autogrill España c. Commission*, EU:T:2014:939. Le même jour, le Tribunal a rendu un arrêt identique dans l'affaire T-399/11, *Banco Santander et Santusa c. Commission*, EU:T:2014:938.

les seules favorisées par la mesure en cause est une condition nécessaire à la reconnaissance de l'existence d'une aide d'État» (243). Le Tribunal rappelle enfin qu'il incombe à la Commission de démontrer qu'une mesure introduit des différenciations entre des entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable (244).

Reprenant alors l'analyse de la Commission, le Tribunal relève, en premier lieu, que « la Commission, pour conclure à la sélectivité de la mesure litigieuse, s'est fondée à titre principal sur l'existence d'une dérogation par rapport à un cadre de référence » (245). Il souligne que « l'existence, même à la supposer établie, d'une dérogation ou exception au cadre de référence identifié par la Commission ne permet pas, à elle seule, d'établir que la mesure litigieuse favorise certaines entreprises ou certaines productions au sens de l'article [107 TFUE], dès lors que cette mesure est accessible, *a priori*, à toute entreprise » (246). Le Tribunal constate en effet que la mesure ne vise aucune catégorie particulière d'entreprises ou de production mais une catégorie d'opérations économiques. Il relève à cet égard que la prise de participation n'est pas conditionnée par une activité particulière de l'entreprise acquéreuse et qu'aucun montant minimal n'est fixé, ce qui écarte l'existence d'une exclusion de fait de certaines entreprises.

Le Tribunal examine alors le deuxième élément mis en avant par la Commission pour établir la sélectivité de la mesure, à savoir la circonstance que la mesure « ne bénéficiait qu'à certains groupes d'entreprises réalisant des investissements à l'étranger ». Selon la Commission, note le Tribunal, « une mesure qui ne bénéficierait qu'aux entreprises satisfaisant aux conditions auxquelles son octroi était subordonné était sélective "de droit", sans qu'il soit nécessaire de s'assurer que, par ses effets, elle n'était susceptible de procurer un avantage qu'à certaines entreprises ou à certaines productions » (247). Le Tribunal rejette catégoriquement cette approche qui pourrait conduire à étendre la notion de sélectivité à toute mesure fiscale dont le bénéfice est subordonné à certaines conditions.

Ensuite, pour le Tribunal, le fait que, selon la Commission, l'objectif de la mesure était de favoriser l'exportation de capital depuis l'Espagne, afin de renforcer la position des entreprises espagnoles à l'étranger et d'ainsi améliorer la compétitivité des bénéficiaires du régime, n'établit pas plus la

(243) Point 41 de l'arrêt.

(244) Voy. aussi en ce sens CJ, 8 septembre 2011, *Commission c. Pays-Bas*, précité.

(245) Point 54 de l'arrêt.

(246) Point 52 de l'arrêt.

(247) Point 87 de l'arrêt.

sélectivité de celui-ci. Le Tribunal souligne qu'à la différence de la condition relative à l'affectation des échanges, la condition de sélectivité « ne peut être appréciée qu'au niveau d'un seul État membre et ne résulte que d'une analyse de la différence de traitement entre les seules entreprises ou productions de cet État », de sorte que la circonstance qu'une mesure favorise les entreprises imposables dans un État membre par rapport à des entreprises situées dans d'autres États membres est sans incidence sur l'analyse du critère de sélectivité. Et cet élément relève plutôt de la condition de distorsion de la concurrence. Enfin, le Tribunal considère la jurisprudence relative aux entreprises ayant des activités d'exportation (248) inapplicable à l'espèce en ce qu'une telle jurisprudence se fonde sur une catégorie certes très large d'entreprises qui peuvent toutefois être distinguées du fait de caractéristiques communes liées à leur activité d'exportation. Ceci diffère du cas d'espèce où aucune catégorie particulière d'entreprises ou de production n'est identifiable.

La mesure concernée n'est donc pas sélective selon le Tribunal et la décision de la Commission est annulée (249).

(iv) *Politique des couloirs de bus autorisant les seuls taxis londoniens à les utiliser, à l'exclusion des voitures de tourisme avec chauffeur*

81. — Dans l'arrêt *Eventech* du 14 janvier 2015, la Cour a indiqué qu'il convenait de vérifier si le critère d'attribution du droit d'accès aux couloirs de bus « retenu par l'autorité compétente s'applique aux opérateurs économiques concernés de manière non discriminatoire », ce qui coïncide, en substance, avec l'examen de la question de « savoir si la politique relative aux couloirs de bus confère aux taxis londoniens un avantage économique sélectif ».

La Cour conclut à l'absence de sélectivité en faisant une comparaison entre les situations juridiques et factuelles dans lesquelles se trouvent respectivement les taxis londoniens et les VTC. Au lieu d'estimer que les taxis et les VTC sont présents sur le même marché des services de transport avec réservation préalable (ce qui aurait conduit à identifier un caractère sélectif à

(248) CJ, 10 décembre 1969, C-6/69 et C-11/69, *Commission c. France*, EU-C:1969:68, points 20 et 21.

(249) Les arrêts *Autogrill* et *Santander* ont fait l'objet de pourvois de la Commission devant la Cour (C-20/15 P, *Commission c. World Duty Free Group SA, anciennement Autogrill España SA*, et C-21/15 P, *Commission c. Banco Santander SA, Samitosa Holding SL*). L'arrêt de la Cour est en délibéré au moment d'écrire ces lignes (l'avocat général Wathelet a conclu, le 28 juillet 2016, à l'annulation des arrêts du Tribunal et au renvoi devant celui-ci).

la mesure), la Cour prend en compte le fait que seuls les taxis peuvent être sollicités ou attendre des passagers sans réservation préalable, ce qui aboutit à la conclusion que leurs situations ne sont pas comparables et donc que la mesure ne confère aucun avantage sélectif. La Cour estime en effet que « l'identification de la situation factuelle et juridique des taxis londoniens et des VTC ne saurait se limiter à celle prévalant sur le segment de marché sur lequel ces deux catégories de transporteurs de passagers se trouvent en concurrence directe, à savoir le segment de la réservation préalable, étant donné que l'ensemble des trajets effectués par ceux-ci est susceptible d'affecter la sûreté et l'efficacité du système de transport sur la totalité des voies de circulation routière de Londres ». La Cour ajoute que, comme les taxis londoniens sont les seuls à pouvoir offrir leurs services, « ils sont soumis à une obligation de prise en charge, ils doivent être reconnaissables et en mesure de transporter des personnes se déplaçant en fauteuil roulant et leurs chauffeurs doivent facturer leurs services au moyen d'un taximètre et disposer de connaissances particulièrement approfondies de la ville de Londres » (250).

Le cadre de référence préconisé par la Cour l'amène à conclure que les taxis londoniens et les VTC ne sont pas dans des situations factuelles et juridiques comparables. Il n'existe dès lors pas d'avantage économique sélectif en faveur des taxis londoniens, pourvu que cela soit vérifié *in concreto* par la juridiction de renvoi.

(v) Régime de *leasing fiscal*

82. — Dans la lignée de ses arrêts précités du 7 novembre 2014, le Tribunal est encore venu clarifier, dans un arrêt du 17 décembre 2015, les contours du critère de sélectivité à propos de ce qui a été appelé le « régime espagnol de *leasing fiscal* » (RELF) qui permettait aux compagnies maritimes d'acheter 20 % à 30 % moins chers les navires construits par des chantiers navals espagnols (251). Le Tribunal annule la décision de la Commission, en considérant que c'est à tort que la Commission a constaté l'existence d'un avantage économique sélectif et, partant, d'une aide d'État en faveur des GIE et des investisseurs.

Le Tribunal, se fondant sur les arrêts précités du 7 novembre 2014, relève que le fait que les avantages en cause sont accordés en raison d'un investissement dans un bien particulier à l'exclusion d'autres biens ou d'autres types d'investissements ne les rend pas sélectifs à l'égard des investisseurs dans

(250) Points 59 et 60 de l'arrêt.

(251) Trib., 17 décembre 2015, T-515/13 et T-719/13, *Espagne e.a. c. Commission*, EU:T:2015:1004.

la mesure où l'opération est ouverte à toute entreprise. En effet, « lorsqu'un avantage est accordé, dans les mêmes conditions, à toute entreprise en raison de la réalisation d'un certain type d'investissement accessible à tout opérateur, il revêt un caractère général à l'égard de ces opérateurs et ne constitue pas une aide d'État au bénéfice de ces derniers » (252).

Le Tribunal écarte également l'argument de la Commission selon lequel la sélectivité de la mesure serait liée à l'existence d'une procédure d'autorisation comportant des éléments discrétionnaires. Il relève en effet que « le pouvoir discrétionnaire du fisc, à supposer qu'il puisse être établi, n'aurait conduit, *de jure et de facto*, qu'à définir le type d'opération susceptible de bénéficier des avantages fiscaux en cause, à savoir les opérations au titre du RELF destinées à financer des navires de mer, à l'exclusion d'autres biens. Il n'en demeure pas moins que la possibilité de participer à ces opérations était ouverte, sans aucune restriction, à toute entreprise sans discrimination » (253).

L'arrêt du Tribunal fait l'objet d'un pourvoi de la Commission devant la Cour (254).

D. — *L'origine étatique de l'aide*

83. — L'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE s'applique aux « aides octroyées par l'État ou au moyen de ressources de l'État ». Ainsi que l'a rappelé le Tribunal (255), cette expression ne vise pas uniquement les mesures adoptées par le pouvoir central de l'État concerné ; en d'autres termes, « les mesures prises par des entités intra-étatiques (décentralisées, fédérées, régionales ou autres) des États membres, quels que soient le statut juridique et la désignation de celles-ci, tombent, au même titre que les mesures prises par le pouvoir fédéral ou central, dans le champ d'application de l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE, si les conditions de cette disposition sont remplies » (256).

La nécessaire origine étatique des aides s'articule en deux volets : la mesure en cause doit, d'une part, être imputable à l'État (a) et, d'autre part, être financée, directement ou indirectement au moyen de ressources d'État (b).

(252) Point 148 de l'arrêt.

(253) Point 160 de l'arrêt.

(254) Affaire C-128/16 P, *Commission c. Espagne*.

(255) Trib., 12 mai 2011, *Région Nord-Pas-de-Calais c. Commission*, précité.

(256) Point 108 de l'arrêt.

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

(i) *L'imputabilité à l'État de mesures adoptées par des entreprises publiques*

84. — L'affaire *SACE* a donné l'occasion au Tribunal (257) de rappeler, en y apportant quelques précisions utiles, « les critères dégagés par la jurisprudence pour apprécier l'imputabilité à l'État d'une mesure d'aide adoptée par une entreprise publique » (258).

Le Tribunal résume d'abord en ces termes les principes applicables (259). Le « seul fait qu'une entreprise publique soit sous contrôle étatique ne suffit pas pour imputer des mesures prises par celle-ci ». Il faut, en outre, « examiner si les autorités publiques doivent être considérées comme ayant été impliquées, d'une manière ou d'une autre, dans l'adoption de ces mesures ». Il ne saurait cependant « être exigé qu'il soit démontré, sur le fondement d'une instruction précise, que les autorités publiques ont incité concrètement l'entreprise publique à prendre les mesures d'aide en cause » car, en raison du caractère étroit des relations entre l'État et les entreprises publiques, « il existe un risque réel que des aides d'État soient octroyées par l'intermédiaire de celles-ci de façon peu transparente et en méconnaissance du régime des aides d'État prévu par le traité ». De plus, il peut « être très difficile pour un tiers, précisément à cause des relations privilégiées existant entre l'État et une entreprise publique, de démontrer dans un cas concret que des mesures d'aide prises par une telle entreprise ont effectivement été adoptées sur instruction des autorités publiques ».

Dès lors, « l'imputabilité à l'État d'une mesure d'aide prise par une entreprise publique peut être déduite d'un ensemble d'indices suffisamment précis et concordants, résultant des circonstances de l'espèce et du contexte dans lequel cette mesure est intervenue, et permettant de présumer l'existence d'une implication concrète des autorités publiques dans l'adoption de cette mesure ». À cet égard, « la notion d'implication concrète de l'État doit être comprise dans le sens que la mesure en cause a été adoptée sous l'influence ou le contrôle effectif des autorités publiques ou que l'absence d'une telle influence ou d'un tel contrôle est improbable, sans qu'il soit nécessaire d'examiner l'incidence de cette implication sur le contenu de la mesure. En

particulier, il ne saurait être exigé, pour satisfaire à la condition d'imputabilité, de démontrer que le comportement de l'entreprise publique aurait été différent si elle avait agi de manière autonome ». Par ailleurs, si les objectifs poursuivis par la mesure « peuvent être pris en considération aux fins de l'appréciation de l'imputabilité, ils ne sont pas décisifs » et, en particulier, « le fait que l'intérêt de l'entreprise publique coïncide avec l'intérêt général ne signifie pas nécessairement que cette entreprise aurait pu prendre sa décision sans tenir compte des exigences des pouvoirs publics ». Enfin, « [l']implication concrète éventuelle de l'État n'étant pas exclue par l'autonomie dont bénéficie en principe l'entreprise publique, la preuve d'une telle implication peut être apportée sur la base de tous les éléments juridiques ou factuels pertinents susceptibles de former un faisceau d'indices suffisamment précis et convergents de l'exercice d'une influence ou d'un contrôle effectifs par l'État ».

Le Tribunal analyse alors les divers indices retenus en l'espèce par la Commission, et arrive à la conclusion que, pris ensemble, ils sont de nature à permettre « de présumer que les autorités publiques italiennes avaient été concrètement impliquées, d'une manière ou d'une autre », dans l'adoption de diverses mesures prises par une entreprise publique, la *SACE*, en faveur d'une de ses filiales, *Sace BT* et que « ces mesures sont imputables à l'État, eu égard à leur importance pour l'économie italienne », d'autant plus que ces indices généraux sont corroborés par certains indices spécifiques tirés de « déclarations de membres du conseil d'administration de *SACE* faites lors de l'adoption des mesures litigieuses » (260).

Tout d'abord, « la circonstance que, à tout le moins, la nomination initiale des membres du conseil d'administration de *SACE* devait, en vertu d'une disposition législative spécifique, être effectuée en accord avec plusieurs ministères importants atteste des liens particuliers entre *SACE* et les autorités publiques et est susceptible de constituer un indice de l'implication des pouvoirs publics dans l'activité de l'entreprise publique ». Plusieurs indices démontrent ensuite que « les activités de *SACE* n'étaient pas celles qu'exerce une compagnie commerciale d'assurance-crédit à l'exportation dans les conditions du marché, mais qu'elles étaient celles d'une compagnie d'assurance publique bénéficiant d'un statut dérogatoire et poursuivant des objectifs de soutien à l'économie définis par les pouvoirs publics, en servant d'instrument pour la promotion des exportations, grâce en particulier à la garantie de l'État ».

S'agissant des possibilités de contrôles financier et politique de la *SACE*, si elles ne permettent pas à elles seules de présumer que les auto-

(257) Trib., 25 juin 2015, précité (voy. *supra*, n° 23); voy. aussi à ce sujet Trib., 27 février 2013, précité, points 59 à 67; 30 avril 2014, T-468/08, *Tisza Erőmű c. Commission*, EU:T:2014:235, points 167 à 170.

(258) L'arrêt de base en la matière est l'arrêt de la Cour de justice du 16 mai 2002, C-482/99, *France c. Commission*, EU:C:2002:294.

(259) Points 41 à 52 de l'arrêt.

rités publiques ont influencé concrètement les prises de décision de cette dernière, elles « attestent de l'intérêt de l'État italien dans les activités de SACE » et sont pertinentes à ce titre comme « éléments du faisceau d'indices sur lequel la Commission s'est fondée ». L'« approbation du plan prévisionnel de SACE par le CIPE, qui est l'organe supérieur de coordination et de direction de la politique économique italienne, montre que cette entreprise n'exerce pas ses activités dans des conditions d'autonomie totale de gestion et peut ainsi être considérée comme agissant sous le contrôle des autorités publiques, pour le moins en ce qui concerne l'adoption des décisions importantes ». L'obligation faite à la SACE de maintenir une participation de minimum 30 % dans sa filiale fait également partie des indices susceptibles d'être pris en considération.

85. — L'affaire *Commerz Nederland a*, quant à elle, amené la Cour (261) à se prononcer par le biais d'une question préjudicielle sur l'application du critère de l'imputabilité à l'État de mesures adoptées par une entreprise publique dans un contexte assez exceptionnel et atypique. L'administrateur unique du port de Rotterdam avait accordé des garanties à une entreprise mais il s'est avéré qu'il avait agi irrégulièrement, qu'il avait délibérément gardé secret l'octroi des garanties et qu'il avait méconnu les statuts de l'entreprise publique. De plus, il résultait du dossier que l'autorité de contrôle du port, la commune de Rotterdam, n'aurait pas accepté ces garanties si elle en avait été informée. La juridiction de renvoi posait dès lors à la Cour la question de savoir si ces circonstances étaient de nature à exclure l'imputabilité de la décision en cause à la commune de Rotterdam.

La Cour commence par mettre en exergue les liens organiques étroits unissant le port de Rotterdam et la commune de Rotterdam : « les membres de la direction et du conseil de surveillance de cette entreprise sont désignés par l'assemblée générale des actionnaires et donc par cette commune, (...) l'échevin en charge du port préside le conseil de surveillance, (...) les statuts [du port] exigent l'accord du conseil de surveillance pour octroyer des garanties telles que celles en cause au principal ». Pour elle, l'existence de tels liens organiques « tend à établir, en principe, une implication des autorités publiques ou plaidé en faveur de l'improbabilité d'une absence d'implication des autorités publiques dans l'octroi des garanties » (262).

La Cour pose alors en règle que « la circonstance que l'administrateur unique de l'entreprise publique a agi irrégulièrement n'est pas de nature, à elle seule, à exclure une telle implication » car « l'effectivité des règles

en matière d'aides d'État serait considérablement affaiblie si l'application de celles-ci pouvait être écartée en raison du seul fait que l'administrateur d'une entreprise publique a méconnu les statuts de cette dernière ». Pour ce qui est des autres éléments évoqués par la juridiction de renvoi, la Cour indique qu'il appartient à cette dernière de les prendre en compte « afin d'apprécier s'ils sont, eu égard à l'ensemble des indices pertinents, de nature à établir ou à exclure l'implication de la commune de Rotterdam » dans l'octroi des garanties, tout en précisant que ces éléments ne sont toutefois pas à eux seuls de nature à exclure une telle imputabilité (263).

86. — Par ailleurs, les juges de l'Union ont dû rappeler, même si cela semblait aller de soi, que, lorsqu'un mécanisme de soutien est institué par la loi elle-même, il est nécessairement imputable à l'État, sans qu'il y ait lieu d'examiner si l'organisme qui est chargé par l'État de le gérer dispose ou non d'une autonomie par rapport à l'État (264).

(ii) Aides directement réglementées au niveau de l'Union

87. — Une autre catégorie d'aides qui ne sont pas imputables à l'État est constituée par les aides qui sont directement réglementées au niveau de l'Union européenne. Le Tribunal a ainsi eu à connaître d'une exonération du droit d'accise que plusieurs États membres avaient été autorisés par le Conseil à introduire pour les huiles minérales utilisées pour la production d'alumine dans certaines régions de France, d'Irlande et d'Italie (265). Il a commencé par souligner que les règles en matière d'harmonisation des législations fiscales nationales relatives aux droits d'accises, qui subordonnent l'octroi d'exonérations par les États membres à une autorisation du Conseil, et les règles en matière d'aides d'État poursuivent « un même objectif, à savoir la promotion du bon fonctionnement du marché intérieur en luttant, notamment, contre les distorsions de concurrence » et que, donc, « eu égard à leur objectif commun, la mise en œuvre cohérente de ces différentes règles impose de considérer que, contrairement à ce que soutient la Commission, la notion de distorsion de concurrence revêt la même portée et le même sens en matière d'harmonisation des législations fiscales nationales et en matière d'aides d'État ». Il relève ensuite que les trois États membres concernés se sont fondés « sur les décisions d'autorisation du Conseil, en dernier lieu sur la décision 2001/224, pour appliquer ou continuer à appliquer les exonérations litigieuses jusqu'au 31 décembre 2003 », qui étaient

(263) Points 36 et 39 de l'arrêt.

(264) CJ, 19 décembre 2013, C-262/12, *Vent de colère I*, EU:C:2013:851, point 18 ; Trib., 11 décembre 2014, T-251/11, *Auriche c. Commission*, EU:T:2014:1060, point 87.

(265) Trib., 21 mars 2012, *Irlande e.a. c. Commission*, points 76 à 98.

(261) CJ, 17 septembre 2014, C-242/13, *Commerz Nederland*, EU:C:2014:2224.

(262) Points 15 et 35 de l'arrêt.

« la condition nécessaire » pour qu'ils puissent légalement les accorder et les « autorisaient, en des termes clairs et dépourvus d'ambiguïté » à appliquer ou à continuer d'appliquer ces exonérations. Le Tribunal rejette l'argument de la Commission selon lequel ces décisions d'autorisation « étaient une condition nécessaire mais pas suffisante pour que les États membres concernés puissent accorder les exonérations litigieuses » et ne préjugeaient pas de ce que, si elles constituaient des aides, elles devaient lui être notifiées et être autorisées par elle. Il se réfère à cet égard à la réponse donnée par le Conseil aux questions qu'il lui a posées, dont il ressort que « le Conseil n'a pas eu la volonté de subordonner les effets de la décision 2001/224 à d'éventuelles procédures et décisions subséquentes de la Commission en matière d'aides d'État » et ajoute qu'une telle interprétation aboutirait « à une mise en œuvre incohérente des règles en matière d'harmonisation des législations fiscales, notamment celles relatives aux droits d'accises, et des règles en matière d'aides d'État, qui serait contraire aux exigences découlant du respect du principe de sécurité juridique ».

Le Tribunal conclut que ces États étaient autorisés à se fonder sur les décisions d'autorisation du Conseil, qui n'ont jamais fait l'objet d'une demande d'annulation de la part de la Commission, « pour continuer à appliquer les exonérations litigieuses respectivement en Sardaigne, dans la région du Shannon et dans la région de Gardanne, notamment, jusqu'au 31 décembre 2003 » et que « ces décisions faisaient, en principe, obstacle à ce que, dans la décision attaquée, la Commission puisse imputer aux États membres concernés les exonérations litigieuses susmentionnées et, partant, à ce qu'elle puisse les qualifier d'aides d'État ».

Dans un arrêt du 10 décembre 2013 (266), la Cour a jugé que le Tribunal avait commis une erreur de droit en relevant d'office le moyen selon lequel les exonérations litigieuses seraient imputables non pas aux États membres mais à l'Union. Elle ne s'est dès lors pas prononcée sur le caractère pertinent ou non du raisonnement du Tribunal.

b) *Financement au moyen de ressources d'État*

(i) *Notion de ressources d'État*

88. — La notion de ressources d'État a donné lieu à une jurisprudence abondante, dont les éléments principaux ont été, en dernier lieu, rappelés par le Tribunal dans son arrêt *TV2* (267). Tout d'abord, à l'évidence, « les

(266) *Commission c. Irlande*, précité.

(267) Trib., 24 septembre 2015, T-674/11, *TV2/Danmark c. Commission*, EU:T:2015:684. Cet arrêt est frappé de trois pourvois, non encore jugés au moment d'écrire ces lignes.

moyens, réels ou financiers, en possession de l'État constituent incontestablement des ressources de l'État», en ce compris « les ressources que l'État a obtenues par des tiers dans l'exercice de ses compétences, notamment par l'imposition d'une taxe ». Mais la jurisprudence a adopté une « thèse plus générale », selon laquelle cette notion englobe « tous les moyens pécuniaires que les autorités publiques peuvent effectivement utiliser pour soutenir des entreprises », sans qu'il soit « pertinent que ces moyens appartiennent ou non de manière permanente au patrimoine », le critère déterminant étant que « ces moyens restent constamment sous contrôle public et donc à la disposition des autorités publiques » (268).

Comme le souligne le Tribunal dans un arrêt du 27 septembre 2012 (269), c'est donc moins l'origine des ressources que le degré d'intervention de l'autorité publique dans la constitution et l'utilisation de celles-ci qui compte dans l'analyse (270).

89. — Le Tribunal, dans ce dernier arrêt, avait à connaître de mesures de soutien du marché des fruits et légumes adoptées par le gouvernement français. Il constate que la définition des mesures en cause et de leurs modalités de financement appartient à l'Oniflor, établissement public à caractère industriel et commercial placé sous la tutelle de l'État. Le Tribunal rejette l'argument tiré de ce que les contributions des opérateurs économiques concernés destinées au financement partiel des mesures en cause n'ont qu'un caractère facultatif, et non obligatoire en relevant que ces opérateurs ne disposent que du seul pouvoir de participer ou non au système mis en place par l'Oniflor, « en acceptant ou en refusant de verser les parts professionnelles fixées par cette dernière ». Pour le Tribunal, « c'est l'Oniflor qui décidait de manière unilatérale des mesures financées par les plans de campagne ainsi que des modalités de leur mise en œuvre et que si les comités économiques agricoles agréés étaient chargés de gérer le fonds opérationnel destiné au financement de ces mesures, ils ne disposaient cependant d'aucune marge de manœuvre dans leur application » (271).

formés par *TV2/Danmark*, C-649/15 P, par la *Commission* C-656/15 P et par *Viasat Broadcasting UK Ltd*, C-657/15 P.

(268) Points 200 et 201 de l'arrêt.

(269) Trib., 27 septembre 2012, T-139/09, *France c. Commission*, EU:T:2012:496. Le même jour, le Tribunal a rendu trois arrêts similaires statuant sur des recours introduits à l'encontre de la même décision de la Commission par des fédérations professionnelles agricoles.

(270) Point 63 de l'arrêt.

(271) Point 87 de l'arrêt.

90. — Dans l'affaire *Vent de colère!* (272), la Cour a qualifié d'inter-vention impliquant des ressources d'État un mécanisme de compensation intégrale des surcoûts imposés à des entreprises en raison d'une obligation d'achat de l'électricité d'origine éolienne à un prix supérieur à celui du marché dont le financement est supporté par tous les consommateurs finaux de l'électricité sur le territoire national, étant précisé que le montant de la contribution pesant sur chaque consommateur final d'électricité est arrêté annuellement par les autorités publiques de l'État membre concerné, qu'à défaut d'une décision de ces autorités, le montant de la contribution est augmenté automatiquement chaque année et qu'une sanction administrative est prévue en cas de non-paiement de la contribution par un consommateur.

La Cour rappelle que les fonds alimentés par des contributions obligatoires imposées par la législation d'un État membre, gérés et répartis conformément à cette législation peuvent être considérés comme des ressources d'État, même s'ils sont gérés par des entités distinctes de l'autorité publique. Tel est le cas d'une Caisse des dépôts et consignations, mandatée par l'État concerné, qui centralise les sommes collectées avant de les reverser aux opérateurs concernés, intervenant ainsi en tant qu'intermédiaire dans la gestion de ces fonds, qui peut, en outre, procéder au placement des contributions ainsi collectées en déduisant la rémunération résultant de ces placements du montant des contributions dues sur l'année suivante et qui ne réalise aucun bénéfice de cette activité alors que ses frais de gestion sont imputés sur les contributions versées par les consommateurs finaux d'électricité.

91. — L'arrêt *Autriche c. Commission* (273) porte sur une législation autrichienne visant à encourager la production d'électricité verte. Selon le mécanisme mis en place, chaque producteur d'électricité verte se voyait garantir l'achat de la totalité de l'électricité qu'il produisait par un « centre de règlement de l'électricité verte », géré par l'ÖMAG, à un prix supérieur au prix du marché, fixé chaque année par voie réglementaire. L'ÖMAG revendait ensuite cette électricité aux distributeurs d'électricité, également à un prix fixe supérieur au prix du marché prévu par voie réglementaire, et les distributeurs étaient autorisés à répercuter les coûts supplémentaires en résultant sur leurs clients. En parallèle, un régime de compensation spécifique avait été mis en place pour les entreprises à forte intensité énergétique, en vertu duquel ces entreprises n'étaient pas tenues d'acheter d'électricité verte issue de l'ÖMAG auprès des distributeurs et donc de payer des coûts

(272) CJ, 19 décembre 2013, précité.

(273) Trib., 11 décembre 2014, T-251/11, *Autriche c. Commission*, EU:T:2014:1060, points 57 à 76.

supplémentaires pour cette électricité et, en contrepartie, elles devaient payer directement à l'ÖMAG un montant compensatoire plafonné à 0,5 % de leur production annuelle nette.

Le Tribunal conclut que ce mécanisme aboutissait à une réduction de ressources d'État, en rejetant l'argument du gouvernement autrichien tiré de l'arrêt *PreussenElektra* (274). Le Tribunal relève qu'à la différence de la situation qui a donné lieu à cet arrêt, les fonds en cause, « consistant dans les surcoûts payés par les distributeurs d'électricité à l'ÖMAG pour l'électricité verte, dont le prix dépasse celui de l'électricité achetée sur le marché, ne transitent pas directement à partir des entreprises payantes aux producteurs de l'électricité verte, c'est-à-dire à d'autres opérateurs de marché qui exercent des activités commerciales ordinaires, mais nécessitent l'intervention d'un intermédiaire, chargé de leur perception et de leur gestion ». Il ajoute que les ressources finançant le mécanisme en cause sont obtenues grâce à des charges imposées à des sujets privés par la législation autrichienne qui prévoit un supplément de prix obligatoire lié à l'achat de l'électricité verte et que donc ce supplément de prix ou surcoût est assimilable à une taxe, parafiscale, frappant l'électricité en Autriche. Le Tribunal considère encore que la circonstance que l'ÖMAG est constitué sous forme d'une société anonyme de droit privé n'est pas de nature à modifier cette analyse car, « dans le cadre de la concession pour l'exécution des missions incombant au centre de règlement de l'électricité verte, l'action de cet organisme n'est pas celle d'une entité économique agissant librement sur le marché aux fins d'obtenir des profits, mais une action délimitée par le législateur autrichien qui l'a circonscrite quant à l'exécution de la concession en question ». Dès lors, conclut le Tribunal, c'est à juste titre que la Commission a considéré que le mécanisme envisagé en faveur des entreprises à forte intensité énergétique s'apparente « à une charge supplémentaire pour l'État, dans la mesure où toute réduction du montant de la taxe dont elles sont redevables, peut être considérée comme ayant conduit à des pertes de recettes de l'État ».

92. — En revanche, dans plusieurs autres affaires, les juges de l'Union sont arrivés à la conclusion qu'il ne s'agissait pas de ressources étatiques.

Dans l'arrêt *Doix élevage* (275), la Cour a fait application de sa jurisprudence *Pearle* (276) à la décision des autorités françaises d'étendre obligatoirement à l'ensemble des professionnels de cette filière un accord conclu au sein de l'organisation interprofessionnelle représentative de la filière

(274) CJ, 13 mars 2001, C-379/98, EU:C:2001:160.

(275) CJ, 30 mai 2013, C-677/11, *Doix élevage*, EU:C:2013:348, points 30 à 43.

(276) CJ, 15 juillet 2004, C-345/02, EU:C:2004:448.

agricole de la production et de l'élevage de dindes, insistant une cotisation pour financer des actions communes décidées par cette organisation. La Cour a relevé que c'était « l'organisation interprofessionnelle concernée qui décide[ait] de l'utilisation de ces ressources, qui sont entièrement consacrées à des objectifs déterminés par elle-même », pour conclure que « ces ressources ne sont pas constamment sous contrôle public et ne sont pas à la disposition des autorités étatiques ». Elle a ajouté que « l'influence éventuelle que l'État membre peut exercer sur le fonctionnement de l'organisation interprofessionnelle par la décision d'étendre à l'ensemble des professionnels d'une filière un accord interprofessionnel » n'est pas de nature à modifier ces constatations dès lors que la réglementation en cause « ne confère pas à l'autorité compétente le pouvoir de diriger ou d'influencer l'administration des fonds » et qu'en réalité, « les autorités publiques n'agissent que comme un "instrument" afin de rendre obligatoires les contributions instituées par les organisations interprofessionnelles pour la poursuite des fins qu'elles déterminent elles-mêmes ». Enfin, la Cour a indiqué que « des fonds privés utilisés par les organisations interprofessionnelles ne deviennent pas des "ressources publiques" simplement parce qu'ils sont utilisés de manière conjointe à des sommes provenant éventuellement du budget public ».

93. — L'affaire *TV2* a conduit le Tribunal (277) à examiner si la Commission pouvait qualifier de ressources d'État les recettes publicitaires perçues par TV2. La particularité — et la difficulté — de cette affaire provenait de ce que les espaces publicitaires n'étaient pas commercialisés par TV2 elle-même mais par une entreprise distincte, TV2 Reklame, et que le produit de cette commercialisation lui était transféré par l'intermédiaire du Fonds TV2.

Le Tribunal souligne que ces recettes « constituent la contrepartie financière, versée par les annonceurs, pour la mise à leur disposition du temps d'antenne publicitaire de TV2 », et que donc, « à l'origine, ces recettes ne proviennent pas de ressources d'État, mais de ressources privées, celles des annonceurs » (278), de sorte que la question est de savoir s'il est possible de considérer que ces ressources, d'origine privée, sont contrôlées par les autorités danoises et constituent donc des ressources d'État. Le Tribunal rappelle que la jurisprudence a identifié deux hypothèses où tel est le cas : lorsque ces ressources ont été volontairement mises à la disposition de l'État par leurs propriétaires ou lorsqu'elles ont été abandonnées par leurs propriétaires et que l'État en a assumé la gestion, en exercice de ses pouvoirs souverains.

(277) Trib., 24 septembre 2015, précité.
(278) Point 176 de l'arrêt.

En revanche, il ne suffit pas que, par une mesure législative, l'État prescrive à un tiers une utilisation particulière de ses propres ressources pour que celles-ci deviennent des ressources publiques (279).

Le Tribunal relève alors qu'en l'espèce, les autorités danoises avaient uniquement « le pouvoir de plafonner la somme provenant de ces ressources qui serait transmise à TV2 » et que « ce pouvoir ne saurait être considéré comme suffisant pour conclure qu'il s'agissait de ressources sous contrôle public ». Certes, si « sur instruction des autorités danoises, TV2 Reklame retenait une partie des recettes publicitaires et la mettait à la disposition desdites autorités, cette partie des recettes publicitaires constituerait des ressources de l'État danois » mais, par contre, « il n'y a pas de raisons de considérer que la partie restante des recettes publicitaires, qui n'a pas été retenue par TV2 Reklame, constitue une ressource d'État » (280).

94. — Enfin, le Tribunal (281) a été saisi d'une affaire où une association regroupant des exploitants d'autoroutes à péage mettait en cause, sur le fondement de l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE, l'augmentation du péage sur une section d'autoroute (la Tangenziale) décidée par les autorités italiennes, pour financer les coûts de construction d'une nouvelle section (le Passante) constituant une voie alternative. Le Tribunal a relevé que les sommes correspondant à l'augmentation du péage sont perçues par les concessionnaires gérant la Tangenziale pour être ensuite transférées à l'opérateur du Passante, selon les modalités fixées dans la convention d'interconnexion liant les différents concessionnaires. Il en a déduit que les sommes en question transitent directement et exclusivement entre sociétés privées, sans qu'un quelconque organisme public en acquière, serait-ce de manière passagère, la possession ou le contrôle et par conséquent, il ne s'agit pas de ressources étatiques.

(ii) *Effet négatif sur les ressources de l'État*

95. — La forme la plus simple que peut prendre cet effet négatif est celle d'un transfert de ressources de l'État à celui auquel l'avantage est accordé mais il résulte d'une jurisprudence constante que celui-ci peut aussi prendre une forme négative, lorsque l'intervention conduit à une perte ou une diminution des ressources qui auraient dû être versées au budget de l'État.

(279) Points 208 et 209 de l'arrêt.

(280) Point 212 de l'arrêt.

(281) Trib., 15 janvier 2013, T-182/10, *Asiscat c. Commission*, EU:T:2013:9, points 103 à 105.

Le Tribunal (282) a ainsi jugé que les intérêts qu'une entreprise peut être amenée à verser en contrepartie d'un prêt ne sont pas susceptibles de faire disparaître entièrement la charge pour le budget du prêteur, dès lors que ce dernier aurait pu bénéficier d'un taux de rendement plus avantageux s'il avait prêté cette somme dans les conditions normales du marché ou s'il l'avait placée ou investie autrement. Dans une telle hypothèse, le « manque à gagner » est constitué par la différence entre les intérêts qui auraient été payés si le taux d'intérêt correspondant aux conditions normales du marché avait été appliqué et ceux qui ont été effectivement versés.

Dans l'arrêt *Commission c. Pays-Bas* (283), la Cour confirme que les autorités néerlandaises, en mettant en place un mécanisme autorisant les entreprises soumises à certaines normes d'émission d'oxydes d'azote à négocier entre elles les droits d'émission issus indirectement de ces normes, avaient renoncé à percevoir des ressources d'État. La Cour relève que la négociabilité mise en place par le système pourrait impliquer une charge supplémentaire pour les pouvoirs publics, sous la forme notamment d'une exonération de l'obligation de paiement d'amendes ou d'autres sanctions péuniaires, les entreprises relevant du système ayant la possibilité d'acheter des droits d'émission pour éviter le paiement d'amendes. Elle ajoute que, lorsqu'un État instaure un instrument visant à réguler les émissions de polluants atmosphériques par un système d'échange de droits d'émission système, il a le choix entre l'attribution gratuite et la vente ou la mise aux enchères de ces droits. Dès lors que l'État néerlandais a décidé la création, sans contrepartie concrète fournie à l'État, de droits d'émission, il a renoncé à des ressources publiques.

D'une manière plus classique, la Cour a encore rappelé que des privilèges conférés à une banque publique, « tels que le droit d'inscrire unilatéralement une hypothèque sur des immeubles appartenant à des agriculteurs ou à d'autres personnes exerçant une activité connexe à l'activité agricole, le droit de diligenter un recouvrement forcé par un simple document sous seing privé et l'exonération des frais et des droits lors des inscriptions de cette hypothèque et de ce recouvrement forcé » sont, du fait de l'exonération des frais ainsi prévue, « susceptibles de priver les caisses de l'État membre de certaines rentrées de liquidités et, partant, de diminuer le budget de celui-ci » (284).

(282) Trib., 12 mai 2011, *Région Nord-Pas-de-Calais c. Commission*, précité, point 112.

(283) CJ, 8 septembre 2011, précité.

(284) CJ, 16 avril 2015, C-690/13, *Trapeza Eurobank Ergasias*, EU:C:2015:235, point 28. La Cour ajoute qu'une telle exonération peut alléger les charges qui norma-

96. — Par contraste, l'arrêt *Eyentech* (285) répond par la négative à la question de savoir si la politique relative aux couloirs de bus mise en place par la ville de Londres comporte des « charges budgétaires en raison, d'une part, de l'accès préférentiel des taxis londoniens à une infrastructure appartenant à l'État, à savoir les couloirs de bus à Londres, pour l'utilisation de laquelle aucune charge n'est imputée à ces taxis et, d'autre part, de l'exemption de l'obligation de payer des amendes dont bénéficient ceux-ci lorsqu'ils empruntent de tels couloirs ».

La Cour commence par écarter le deuxième argument (286). Elle souligne « qu'il est inhérent à tout système juridique qu'un comportement défini au préalable comme étant légal et licite n'expose pas les sujets de droit à des sanctions », que « toute utilisation non autorisée des couloirs de bus constitue une infraction passible d'une amende » et que « le fait que les taxis londoniens peuvent emprunter ces couloirs sans encourir des amendes résulte non pas d'une renonciation, par les pouvoirs publics, à la perception d'amendes dues, mais de l'autorisation accordée aux taxis d'utiliser ces couloirs ».

La Cour rejette tout parallèle avec les faits en cause dans son arrêt du 8 septembre 2011 analysé ci-dessus, car, dans cette affaire, la mesure contestée avait donné à certaines entreprises « la possibilité d'acheter des droits d'émission pour éviter le paiement d'amendes qui, en l'absence de tels droits, auraient été dues en raison du dépassement par ces entreprises des limites légales de leurs émissions d'oxyde d'azote ».

S'agissant du premier argument, la Cour relève que « les voies de circulation routière en cause, en général, et les couloirs de bus qui en relèvent, en particulier, ne font l'objet d'aucune exploitation économique par des autorités publiques » puisque « l'utilisation de ces voies et de ces couloirs est gratuite ». Elle en déduit que les pouvoirs publics ne renoncent aucunement « à des recettes qu'ils auraient perçues en l'absence d'une telle politique » (287). La Cour ajoute que la mesure contestée « concerne non pas le financement en tant que tel de la construction des couloirs de bus, mais l'accès préférentiel à ceux-ci », ce qui ne relève pas du critère de

lement grèvent le budget d'une banque, lui conférant ainsi un avantage économique sur ses concurrents.

(285) CJ, 14 janvier 2015, précité.

(286) Points 36 à 41 de l'arrêt.

(287) Points 42 à 44 de l'arrêt.

l'engagement de ressources d'État mais bien de celui de l'existence d'un avantage (288).

(iii) *Le lien entre l'implication de ressources étatiques et l'avantage accordé au bénéficiaire*

97. — Selon une jurisprudence bien établie (289), «aux fins de la constatation de l'existence d'une aide d'État, il doit être établi un lien suffisamment direct entre, d'une part, l'avantage accordé au bénéficiaire et, d'autre part, une diminution du budget étatique, voire un risque économique suffisamment concret de charges grevant celui-ci». Mais pour l'appréciation de cette condition, il y a lieu de tenir compte du fait que, dans l'affaire *France Telecom*, la Cour (290) a posé en règle qu'il ne saurait être exclu, dans certaines circonstances, que «plusieurs interventions consécutives de l'État doivent (...) être regardées comme une seule intervention».

La Cour a ainsi considéré que le Tribunal avait commis une erreur de droit en concluant que la Commission avait méconnu la notion d'aide en considérant que «l'offre d'avance d'actionnaire [de l'État français] placée dans le contexte des déclarations depuis le mois de juillet 2002, comportait l'octroi d'un avantage en faveur de FT qui résultait d'un transfert de ressources d'État». La Cour reproche au Tribunal d'avoir jugé, pour arriver à une telle conclusion, que «la Commission était tenue d'examiner pour chaque intervention étatique individuellement si elle accordait au moyen de ressources d'État un avantage spécifique» et que «seule une diminution du budget étatique, ou un risque économique suffisamment concret de charges grevant ce budget, étroitement lié et correspondant à un avantage ainsi identifié respectait la condition relative au financement au moyen de ressources d'État». Ce faisant, «le Tribunal a appliqué un critère de nature à exclure d'emblée que ces interventions étatiques puissent, en fonction des liens entre elles et de leurs effets, être regardées comme une seule intervention». La Cour souligne que, certes, «la Commission doit établir un lien suffisamment direct entre, d'une part, l'avantage accordé au bénéficiaire et, d'autre part, une diminution du budget étatique, voire un risque économique suffisamment concret de charges le grevant» mais «il n'est pas nécessaire qu'une telle diminution, voire un tel risque, corresponde ou soit équivalent audit avantage, ni que ce dernier ait pour contrepartie une telle

(288) Point 45 de l'arrêt. Voy. à ce sujet, supra, n° 3.

(289) Rappelée notamment par les arrêts précités de la Cour du 19 mars 2013, *Douglas c. Commission*, point 109; 14 janvier 2015, *Eventech*, point 34; 16 avril 2015, *Trapeza Eurobank Ergasias*, point 19.

(290) CJ, 19 mars 2013, précité.

diminution ou un tel risque, ni qu'il soit de même nature que l'engagement de ressources d'État dont il découle» (291).

Dans la foulée, la Cour s'est estimée en mesure de trancher elle-même la question de l'existence d'un avantage financé par des ressources d'État. Comme nous l'avons déjà vu, la Cour a jugé qu'il était «manifeste que l'annonce du 4 décembre 2002 ne peut pas être dissociée de l'avance d'actionnaire offerte sous forme d'une ligne de crédit de 9 milliards d'euros dont ladite annonce fait expressément état». Elle a aussi considéré que, si FT n'avait pas signé le contrat d'avance qui lui a été adressé, elle aurait pu apporter sa signature à tout moment et donc s'octroyer le droit d'obtenir immédiatement le versement de la somme de 9 milliards d'euros. La Cour en conclut que, eu égard à «la charge potentielle supplémentaire à concurrence de 9 milliards d'euros sur les ressources de l'État», c'est à bon droit que la Commission a constaté que l'avantage résultant de l'avance d'actionnaire «a été octroyé au moyen de ressources de l'État» (292).

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

98. — Force est de constater que le rôle de l'analyse économique reste marginal dans l'examen des conditions relatives à l'atteinte à la concurrence et à l'affectation des échanges, ce qui conduit à une quasi-présomption en la matière. Les arrêts rendus au cours de la période analysée continuent dans la voie d'une jurisprudence classique qu'ils synthétisent de la manière suivante (293).

Tout d'abord, la Commission n'est pas tenue d'établir une incidence réelle de l'aide sur les échanges entre États membres et une distorsion effective de la concurrence, mais seulement d'examiner si l'aide est susceptible d'affecter ces échanges et de fausser la concurrence. En particulier, lorsque

(291) Points 97 et 105 à 110 de l'arrêt.

(292) Points 131 et 137 à 139 de l'arrêt. La Cour a ensuite renvoyé l'affaire au Tribunal pour statuer sur les moyens dirigés contre l'application du critère de l'investisseur privé avisé faite en l'espèce par la Commission. Comme nous l'avons vu plus haut (voy. supra, n°s 24 et 25), le Tribunal a jugé que la Commission avait commis une erreur manifeste d'appréciation dans cette application mais cet arrêt fait l'objet d'un nouveau pourvoi.

(293) CJ, 9 juin 2011, *Comitato «Fénezia vuole vivere» c. Commission*, précité, points 134 et 135; 8 mai 2013, précité, points 76 à 78; 14 janvier 2015, précité, points 65 à 69; 5 mars 2015, C-667/13, *Banco Privado Português*; 19 mars 2015, C-672/13, *OTP Bank*, points 54 et 55; Trib., 20 octobre 2011, T-579/08, *Eridania c. Commission*, EU:T:2011:608, point 32; 18 janvier 2012, T-422/07, *Djebel c. Commission*; 13 septembre 2012, T-379/09, *Italie c. Commission*, EU:T:2012:422, points 55 à 58.

la Commission examine un programme d'aide, elle peut « se borner à étudier les caractéristiques du programme en cause pour apprécier si, en raison des montants ou des pourcentages élevés des aides, des caractéristiques des investissements soutenus ou d'autres modalités que ce programme prévoit, celui-ci assure un avantage sensible aux bénéficiaires par rapport à leurs concurrents et est de nature à profiter essentiellement à des entreprises qui participent aux échanges entre États membres ».

Ensuite, la concurrence est « faussée dès qu'une mesure allège les charges de l'entreprise bénéficiaire et renforce ainsi sa position par rapport à d'autres entreprises concurrentes ».

S'agissant de la condition de l'affectation des échanges entre États membres, « lorsqu'une aide accordée par un État membre renforce la position d'une entreprise par rapport à celle d'autres entreprises concurrentes dans les échanges intracommunautaires, ces derniers doivent être considérés comme influencés par l'aide ». À cet égard, « il n'est pas nécessaire que l'entreprise bénéficiaire participe elle-même aux échanges intracommunautaires. En effet, lorsqu'un État membre octroie une aide à une entreprise, l'activité intérieure peut s'en trouver maintenue ou augmentée, avec cette conséquence que les chances des entreprises établies dans d'autres États membres de pénétrer le marché de cet État membre en sont diminuées. En outre, un renforcement d'une entreprise qui, jusqu'alors, ne participait pas à des échanges intracommunautaires peut la placer dans une situation lui permettant de pénétrer le marché d'un autre État membre ».

Enfin, « le faible montant de l'aide ou la circonstance que la plupart des bénéficiaires exerçaient leurs activités au niveau local » ne peut « avoir pour conséquence que les aides octroyées en vertu de ce régime ne soient pas susceptibles d'affecter les échanges entre États membres et d'entraîner une distorsion de la concurrence » (294).

99. — En application de ces principes, le Tribunal, dans l'affaire *Dje-bel* (295), a estimé que la Commission avait pu valablement conclure qu'une aide des autorités portugaises à une entreprise faisant partie d'un des plus grands groupes hôteliers portugais, en faveur d'un investissement dans le secteur touristique au Brésil dans le cadre d'une stratégie d'internationalisation du groupe, était de nature à fausser la concurrence et affecter les échanges. En effet, « c'est à juste titre que la Commission a tenu compte

des effets que pouvait avoir la mesure notifiée, consistant en ce que la situation du groupe hôtelier dont la requérante fait partie était susceptible de s'améliorer à la suite de l'attribution de l'aide et, en conséquence, de son internationalisation au Brésil » et elle a pu étayer sa conclusion « par des références à l'amélioration de la visibilité du (...) groupe au Portugal en raison de son internationalisation, au renforcement de son pouvoir de négociation et à la dynamisation de son activité économique dans le secteur hôtelier » (296). Le Tribunal écarte très logiquement les arguments de la requérante relatifs au poids « particulièrement réduit » du groupe hôtelier dont elle fait partie au niveau européen et portugais et au faible montant de l'aide. Il ajoute que, dans les circonstances de l'espèce, il n'incombait pas à la Commission « de procéder à une analyse économique plus approfondie de la situation réelle du marché concerné, de la part de marché de l'entreprise bénéficiaire de l'aide, de la position des entreprises concurrentes et des courants d'échanges en cause entre États membres » (297).

100. — Dans l'arrêt *Allemagne c. Commission* du 12 septembre 2013, le Tribunal a justifié une atteinte possible aux échanges résultant de la mise à disposition gratuite de terrains aux organisations de protection de l'environnement dans les termes suivants : au moins une des activités, « la vente de bois, concerne la commercialisation d'une marchandise susceptible d'être exportée entre États membres. En ce qui concerne les autres activités, étant donné la situation géographique des terrains visés par les mesures en cause, dispersés sur l'ensemble du territoire allemand, il ne saurait être exclu que ces terrains conviennent au tourisme international ou que les baux de chasse génèrent un intérêt sur le plan international. Eu égard à l'absence de description exhaustive des activités qui pourraient être exercées sur les terrains, et malgré l'effet limité des mesures en cause », la Commission a pu considérer que « les échanges entre États membres étaient susceptibles d'être affectés par l'avantage » (298).

101. — La Cour, dans son arrêt *Banco Privado Português* précité du 5 mars 2015, a écarté deux circonstances que la juridiction de renvoi avait mises en avant pour écarter que la garantie accordée à cette banque en difficulté affectait les échanges.

(296) Point 93 de l'arrêt.

(297) Point 90 de l'arrêt. Voy. dans le même sens, Trib., 8 janvier 2015, *Club Hotel Louraki c. Commission*, précité, qui ajoute qu'une « analyse approfondie et préalable du marché concerné » n'étant pas nécessaire, la Commission n'est par conséquent pas tenue non plus « de définir les marchés de référence afin d'établir si des mesures étatiques [constituent] des aides ».

(298) Point 69 de l'arrêt.

(294) Sous réserve de l'application de la règle de *minimis* que nous analyserons dans le chapitre II.

(295) Trib., 18 janvier 2012, précité.

En premier lieu, le juge national faisait valoir que la garantie servait uniquement à rembourser les déposants et autres créanciers de BPP. Pour la Cour, cette finalité « n'empêche pas que la garantie soit susceptible d'affecter les échanges entre les États membres ». D'une part, elle rappelle que le secteur financier a fait « l'objet d'un important processus de libéralisation au niveau de l'Union, qui a accentué la concurrence pouvant résulter déjà de la libre circulation des capitaux prévue par le traité » ; d'autre part, elle souligne que, « comme l'a relevé la Commission, sans l'injection de capitaux qui a pu être réalisée grâce à la garantie, les clients de BPP auraient probablement opté pour une banque concurrente à partir du moment où BPP aurait montré des signes de difficultés financières » (299).

Le juge national indiquait encore que BPP n'exercerait plus son activité commerciale au moment où l'aide avait été accordée. La Cour répond que, à supposer même que ce fait soit avéré, il faut tenir compte de ce que BPP disposait encore de sa licence bancaire et pouvait donc reprendre à tout moment son activité commerciale normale. Dès lors, la Commission a constaté à bon droit que ce n'est qu'à la date du retrait de sa licence que « tout risque que BPP revienne sur le marché et puisse, de ce fait, affecter les échanges entre les États membres a disparu » (300).

102. — S'agissant de l'appréciation de mesures locales, la Cour, dans l'affaire *Liberit* (301), a jugé qu'il ne saurait être exclu que les incitations fiscales et mécanismes de subventionnement établis par un décret flamand pour compenser la charge en faveur du logement social à laquelle sont soumis les maîtres d'ouvrage et les lotisseurs sur le territoire de quelques communes en Région flamande « renforcent la position des entreprises bénéficiaires par rapport à celle d'autres entreprises concurrentes actives dans les échanges intracommunautaires ». Elle ajoute que « l'avantage, en termes de compétitivité, conféré par les subventions accordées aux opérateurs concernés pourrait être de nature à rendre plus difficile la pénétration du marché belge par des opérateurs établis dans des États membres autres que le Royaume de Belgique, voire à faciliter la pénétration d'autres marchés par les opérateurs belges en question ».

De même, dans l'affaire *Eventech*, alors même que l'impact sur les échanges entre États membres de l'autorisation donnée aux taxis londoniens de circuler sur les couloirs de bus n'avait rien d'évident, la Cour (302) n'a

(299) Points 50 à 52 de l'arrêt.

(300) Points 53 et 54 de l'arrêt.

(301) CJ, 8 mai 2013, point 71.

(302) CJ, 14 janvier 2015, point 70.

pas exclu « que la politique relative aux couloirs de bus ait pour effet de rendre moins attrayante la fourniture de services par les VTC à Londres, avec pour conséquence que les chances des entreprises établies dans d'autres États membres de pénétrer ce marché en soient diminuées ».

Dans les deux cas, cependant, elle a laissé au juge national de renvoi le soin de vérifier si la mesure était effectivement de nature à affecter les échanges.

103. — Le contrôle jurisprudentiel porte essentiellement sur la motivation nécessaire de la décision. Si les exigences en la matière sont limitées, il incombe cependant au minimum à la Commission d'indiquer les circonstances dont il ressort que la mesure est de nature à affecter les échanges entre États membres et à fausser ou à menacer de fausser la concurrence.

Le plus souvent, les juges de l'Union ont rejeté les arguments tirés de la violation de l'obligation de motivation mais, dans deux affaires, le Tribunal a cependant jugé que la Commission n'avait pas satisfait à cette exigence minimale.

Dans l'affaire *Buczek Automotive*, le Tribunal relève que, « s'agissant de l'affectation des échanges entre les États membres et de la distorsion ou de la menace de distorsion de concurrence, (...) la décision attaquée se limite à une simple itération des termes de l'article [107, paragraphe 1^{er}, TFUE] et ne contient aucun exposé, même succinct, des faits et considérations juridiques pris en compte dans l'appréciation de ces conditions ». Il ajoute qu'il « découle de l'analyse du reste des motifs de la décision attaquée qu'ils ne contiennent pas le moindre élément susceptible de démontrer que l'aide en cause est de nature à affecter les échanges entre États membres et à fausser ou à menacer de fausser la concurrence, pas même dans le cadre de la description des circonstances dans lesquelles cette aide a été accordée » (303).

S'agissant des effets sur les échanges et la concurrence du régime fiscal espagnol RELF, le Tribunal souligne que le raisonnement de la Commission reposait sur deux constats : d'une part, « les investisseurs opéreraient dans tous les secteurs de l'économie, notamment ceux ouverts aux échanges entre États membres, et les avantages en cause renforceraient leur position sur leurs marchés respectifs » ; d'autre part, « les investisseurs opéreraient, au travers du GIE, sur les marchés sur lesquels ces derniers sont actifs, qui sont également ouverts au commerce entre États membres ». Le Tribunal constate que le premier constat est une « affirmation de portée générale susceptible

(303) Trib., 17 mai 2011, précité, points 103 à 106.

d'être appliquée à tout type de soutien étatique» et que la Commission ne se réfère à aucune circonstance spécifique qui expliquerait pourquoi, en l'espèce, les mesures litigieuses risquent de distordre la concurrence et affectent les échanges sur les marchés sur lesquels les investisseurs opèrent, ce qui s'imposait d'autant plus que « les plaintes reçues par la Commission (...) dénonçaient une distorsion de la concurrence et des échanges sur le marché de la construction navale et non sur les marchés sur lesquels opéraient les investisseurs ». Pour ce qui est du second constat, le Tribunal rappelle que la Commission n'a pas expliqué en quoi « les GIE constitués aux fins du RELF et leurs membres formaient une entité juridique ou économique unique, de telle sorte que les activités du GIE auraient pu être attribuées à leurs membres » et que, bien au contraire, la décision a qualifié les membres des GIE d'investisseurs, dans la mesure où les GIE « constituent un vecteur d'investissement plutôt qu'une structure permettant d'exercer conjointement une activité » (304).

SECTION 2. — LES DÉROGATIONS À L'INCOMPATIBILITÉ DES AIDES D'ÉTAT

104. — L'interdiction de principe des aides d'État n'est ni absolue ni inconditionnelle, dans la mesure où l'article 107 TFUE assortit celle-ci de larges exceptions qui font l'objet de ses paragraphes 2 et 3, qui énoncent respectivement les aides que la Commission doit ou peut déclarer compatibles avec le marché intérieur. De plus, l'article 106, paragraphe 2, TFUE permet, à certaines conditions, d'écarter l'application des règles de concurrence, dont l'article 107 TFUE, aux entreprises chargées d'une mission d'intérêt économique général.

Les affaires portées devant les juges de l'Union au cours de la période sous analyse ne leur ont pas donné l'occasion d'explicitier la portée des dérogations dites obligatoires relevant de l'article 107, paragraphe 2, TFUE (305). Nous relèverons simplement qu'un arrêt du Tribunal du 20 octobre 2011 (306) est venu souligner que, lorsque, en application des

(304) Trib., 17 décembre 2015, précité, points 198 à 207.

(305) Qui visent les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits ; les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires ; et 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.

(306) T-579/08, *Eridania Sadam c. Commission*, EU:T:2011:608.

lignes directrices concernant les aides d'État dans le secteur agricole, « la Commission assimile de mauvaises conditions climatiques à une calamité naturelle », elle se livre à une qualification juridique des faits en vue d'ouvrir droit à la dérogation prévue à l'article 107, paragraphe 2, sous b), TFUE, sans exercer le pouvoir d'appréciation dont elle dispose en vertu du paragraphe 3 de cette disposition.

Nous concentrerons donc notre analyse sur les dérogations relevant de l'article 107, paragraphe 3, TFUE (A), avant de nous attacher, pour ce qui est des compensations de missions de service d'intérêt économique général, à la disposition de l'article 106, paragraphe 2, TFUE (B).

A. — L'article 107, paragraphe 3, TFUE

105. — L'article 107, paragraphe 3, TFUE vise quatre catégories d'aides que la Commission peut déclarer compatibles avec le marché intérieur : « 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 » (lettre a), « les aides destinées à promouvoir un projet important d'intérêt européen ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre » (lettre b), « les aides destinées à favoriser le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques » (lettre c) et « les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine » (lettre d).

Nous examinerons les principes généraux s'appliquant à l'appréciation par la Commission de la compatibilité des aides (a). Notre attention se portera ensuite sur la portée des lignes directrices et règlements adoptés par la Commission (b) ainsi que sur l'application dans le temps des règles régissant les dérogations à l'incompatibilité des aides d'État (c). Enfin, nous nous intéresserons plus spécifiquement à la problématique des aides au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, en particulier des banques en difficulté (d).

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

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

106. — Plusieurs arrêts rendus par le Tribunal au cours de la période sous analyse viennent illustrer la jurisprudence bien connue en vertu de laquelle la Commission dispose, pour l'application de l'article 107, paragraphe 3, TFUE, d'un large pouvoir d'appréciation dont l'exercice implique des évaluations complexes d'ordre économique et social qui doivent être effectuées dans un contexte communautaire et que le contrôle juridictionnel appliqué à l'exercice de ce pouvoir d'appréciation se limite dès lors à la

vérification du respect des règles de procédure et de motivation, ainsi qu'au contrôle de l'exactitude matérielle des faits retenus et de l'absence d'erreur de droit, d'erreur manifeste dans l'appréciation des faits ou de détournement de pouvoir (307).

Si contrôle restreint ne signifie pas absence de tout contrôle (308), cela implique en tout cas qu'il n'appartient pas au juge de l'Union de substituer son appréciation économique à celle de l'auteur de la décision. Le Tribunal (309) en a déduit que, lorsqu'il arrive à la conclusion que la Commission a, à tort, omis de prendre un élément en considération dans son appréciation de la compatibilité d'une aide, il ne lui appartenait pas de se substituer à la Commission en effectuant à sa place un examen auquel elle n'a procédé à aucun moment et en supplantant les conclusions auxquelles elle serait parvenue au terme de celui-ci.

107. — Cette règle est la plus souvent énoncée à propos de l'appréciation par la Commission de la compatibilité des aides visées au point c) du paragraphe 3 mais elle s'applique également pour les aides visées aux autres points de ce paragraphe.

C'est ce qu'a rappelé le Tribunal dans un arrêt du 17 juillet 2014 (310), à propos des « aides destinées à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre », visées au point b). Le Tribunal a souligné que, lorsque la Commission constate qu'une aide d'État est destinée à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre, elle n'est pas, de ce seul fait, obligée de considérer que cette aide est compatible avec le marché intérieur. En effet, il résulte de cette disposition que certaines catégories d'aides, parmi lesquelles celles destinées à remédier à une perturbation de l'économie d'un État membre, « peuvent » être considérées comme compatibles avec le marché intérieur et, selon une jurisprudence constante,

(307) Trib., 12 mai 2011, *Région Nord-Pas-de-Calais c. Commission*, précité, points 129 et 132; 18 janvier 2012, *Djebel c. Commission*, précité, point 107; 14 février 2012, T-115/09 et T-116/09, *Electrolux c. Commission*, EU:T:2012:76, point 39; 28 février 2012, *Grazer Wechsellastige Versicherung c. Commission*, précité, point 158; 10 juillet 2012, T-304/08, *Smurfit Kappa Group c. Commission*, EU:T:2012:351, point 83; 13 septembre 2013, T-551/10, *Fri-El Acerra c. Commission*, EU:T:2013:430, points 25 et 26; 13 mai 2015, T-511/09, *Niki Luftfahrt c. Commission*, EU:T:2015:284, points 144 et 147; 26 novembre 2015, *Espagne c. Commission*, précité, point 98.

(308) Voy. par analogie, *supra*, n° 31.

(309) Trib., 14 février 2012, *Electrolux c. Commission*, précité, point 42.

(310) Trib., 17 juillet 2014, T-457/09, *Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband c. Commission*, EU:T:2014:683; voy. aussi Trib., 9 avril 2014, T-150/12, *Grèce c. Commission*, EU:T:2014:191.

cette disposition confère à la Commission un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice implique des appréciations d'ordre économique et d'ordre social qui doivent être effectuées dans un contexte communautaire.

108. — Le Tribunal a encore souligné que « l'appréciation de la compatibilité d'un régime d'aides avec le marché commun ne saurait être influencée par la circonstance qu'il a pu être précédé par d'autres régimes à propos desquels la Commission a accepté certaines modalités. En effet, s'il en était autrement, il serait impossible à la Commission de modifier les critères en fonction desquels elle apprécie la compatibilité des aides d'État, faculté qu'elle doit avoir afin de pouvoir réagir tant à l'évolution de la pratique des États membres en matière d'octroi d'aides d'État qu'à l'évolution du marché commun » (311). De même, la légalité d'une décision de la Commission constatant qu'une aide individuelle ne répond pas aux conditions d'application de l'article 107, paragraphe 3, TFUE ne doit pas être appréciée à l'aune d'une prétendue pratique antérieure (312).

109. — La discrétion de la Commission est cependant loin d'être illimitée, car elle doit exercer son pouvoir d'appréciation en prenant en compte plusieurs paramètres visant à prendre en considération l'intérêt commun.

(ii) *L'effet incitatif et la nécessité de l'aide*

110. — Les différentes catégories d'aides regroupées sous le paragraphe 3 de l'article 107 ont comme caractéristiques communes de contribuer à la réalisation de certains objectifs, considérés comme d'intérêt commun. Dès lors, selon une jurisprudence constante, la Commission est en droit de refuser l'octroi d'une aide si celle-ci n'incite pas les entreprises bénéficiaires à adopter un comportement de nature à contribuer à la réalisation de l'un de ces objectifs. En d'autres termes, l'aide doit non seulement être conforme à l'un des objectifs visés par l'article 107, paragraphe 3, TFUE mais, de plus, être nécessaire pour atteindre ces objectifs en ce sens que « sans elle, le jeu des lois du marché ne permettrait pas d'obtenir, à lui seul, des entreprises bénéficiaires qu'elles adoptent un comportement de nature à contribuer à la réalisation de ces buts » (313). Dans ce cas contraire, « il faudrait conclure que cette dernière aurait pour seul effet d'améliorer la situation financière

(311) Trib., 20 septembre 2011, T-394/08, T-408/08, T-453/08 et T-454/08, *Regione autonoma della Sardegna c. Commission*, EU:T:2011:493, point 190.

(312) Trib., 15 janvier 2015, *France c. Commission*, précité, point 89; 26 février 2015, *France c. Commission*, précité, point 87.

(313) Trib., 13 septembre 2013, *Fri-El Acerra c. Commission*, précité, points 49 et 50.

des entreprises bénéficiaires», sans être nécessaire aux fins de la réalisation de l'objectif poursuivi (314).

Les affaires dont les juges européens ont eu à connaître dans la période sous analyse fournissent plusieurs illustrations de l'importance de cette double condition.

111. — Dans l'affaire relative à l'aide en faveur de l'introduction de la télévision numérique mise en place dans plusieurs Länder allemands, la Cour (315) a rejeté le pourvoi introduit à l'encontre de l'arrêt du Tribunal du 6 octobre 2009 déclarant cette aide incompatible avec le marché intérieur (316). Certes, la Cour regrette la présentation, qu'elle qualifie de confuse, « de l'analyse du critère tiré du caractère nécessaire de l'aide en cause et du principe de proportionnalité » à laquelle le Tribunal a procédé. Mais elle constate que le Tribunal a examiné l'argumentation des autorités allemandes selon laquelle « sans l'aide en cause, les radiodiffuseurs concernés n'auraient pas été disposés à effectuer les investissements nécessaires en vue du passage à la TNT » et qu'il a relevé « qu'il était constant que, dans la région de Berlin-Brandebourg, les principaux radiodiffuseurs privés avaient déjà confirmé qu'ils étaient prêts à effectuer le passage à la TNT ». Cette appréciation a conduit le Tribunal à conclure « qu'il n'était pas établi que la subvention versée aux radiodiffuseurs privés pour la prise en charge de tout ou partie des coûts de transmission liés à ce passage constituait un moyen nécessaire et approprié pour atteindre l'objectif visant à assurer la transition vers la TNT ». Dès lors, estime la Cour, « le Tribunal a bien examiné la question de savoir si l'aide en cause avait été nécessaire pour le passage à la TNT » et vérifié « si la Commission avait commis une erreur manifeste d'appréciation en décidant que tel n'était pas le cas » (317).

La Cour écarte aussi l'argument de l'Allemagne selon lequel le Tribunal aurait commis une erreur de droit en considérant que la Commission était en droit de contester la compatibilité de l'aide en cause avec le marché intérieur « en faisant référence à des mesures alternatives ». Pour la Cour, le Tribunal n'est ainsi borné à constater que l'Allemagne n'était pas parvenue « à démontrer que les mesures alternatives proposées par la Commission étaient *a priori* inefficaces et qu'il lui était impossible de les mettre en œuvre » et il s'agit là d'une simple motivation surabondante dont il ne peut être déduit

(314) CJ, 13 juin 2013, C-630/11 P à C-633/11 P, HGA e.a. c. Commission, EU:C:2013:387, points 103 à 105.

(315) CJ, 15 septembre 2011, C-544/09 P, Allemagne c. Commission, EU:C:2011:584.

(316) T-21/06, Allemagne c. Commission, EU:T:2009:387.

(317) Points 45 à 48 de l'arrêt de la Cour.

que « le Tribunal a admis que la Commission puisse se substituer aux États membres en proposant des mesures alternatives dont il appartiendrait à ces derniers de prouver l'inefficacité » (318).

112. — Au sujet cette fois d'une aide à la formation que les autorités allemandes envisageaient d'accorder à DHL et qui n'avait été autorisée qu'en partie par la Commission, la Cour (319) a souligné qu'une aide qui permettrait « de réaliser une formation qui aurait de toute façon été mise en œuvre par l'entreprise bénéficiaire, sans l'obtention de ladite aide, viserait, en réalité, à libérer une entreprise des coûts qu'elle aurait dû normalement supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales ». La Cour a ajouté que, pour apprécier la nécessité de l'aide, « la Commission pouvait prendre en compte les éléments de fait concrets relatifs à l'entreprise bénéficiaire de l'aide et, notamment, sa pratique et sa stratégie commerciales, ces éléments permettant de déterminer, notamment, si cette entreprise comptait, y compris en l'absence d'aide, mettre en œuvre les mesures de formation ».

La Cour a encore souligné que les critères d'incitation et de nécessité doivent s'apprécier au regard de l'objectif spécifique poursuivi par l'aide et écarté pour cette raison, l'argument des requérants selon lequel l'effet incitatif de l'aide en cause pour le choix du site aurait dû être pris en compte. La Cour souligne que l'objectif des aides à la formation n'est pas « d'influencer le choix du site d'implantation d'une entreprise, mais d'améliorer la qualification des travailleurs » et, ainsi, de « corriger l'imperfection du marché liée au fait que les entreprises de l'Union sous-investissent généralement dans la formation de leurs travailleurs ». Elle conclut que « c'est donc dans le contexte des aides à finalités régionales, et non dans celui des aides à la formation, que l'examen de l'effet incitatif d'une aide sur le choix du site doit être opéré. Dès lors, la question de savoir si les aides à la formation contribuent ou peuvent contribuer aux finalités régionales n'est pas pertinente en l'espèce » (320).

113. — La nécessité d'un effet incitatif a notamment pour conséquence que des aides au fonctionnement, c'est-à-dire toutes « les aides qui visent à libérer une entreprise des coûts qu'elle aurait dû normalement supporter

(318) Points 55 et 66 de l'arrêt de la Cour.

(319) CJ, 21 juillet 2011, C-459/10 P, Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt c. Commission, EU:C:2011:515, points 34 et 49.

(320) Points 41 et 42 de l'arrêt.

dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales» (321), ne peuvent normalement pas être considérées comme compatibles avec le marché intérieur (322).

Dans l'arrêt *Italie c. Commission* du 24 novembre 2011, la Cour qualifie l'aide accordée par les autorités italiennes aux entreprises nouvellement cotées en bourse d'aide au fonctionnement. Elle souligne que ces avantages fiscaux «ne sont pas liés à des investissements spécifiques, à la création d'emplois ou à des projets particuliers» mais qu'ils visent seulement «à favoriser l'accès à des sources de capital déterminées». Elle ajoute que la circonstance que ces incitants «visent à promouvoir la cotation des sociétés en Bourse n'est pas de nature à les faire échapper à la qualification d'aides au fonctionnement» car cette «cotation n'est pas, en elle-même, un investissement spécifique, puisqu'elle ne constitue pas une dépense en investissements matériels ou immatériels, ni une dépense pour l'engagement d'un nouveau personnel lié à un nouvel investissement».

La même qualification a été retenue pour des aides destinées à soutenir l'établissement de bureaux de coopération et de groupements de vente à l'étranger car «la conquête de nouveaux marchés ainsi que les efforts pour rester sur le marché font partie de la stratégie normale de chaque entreprise souhaitant rester sur le marché pour une période durable. Or, des dépenses sont nécessaires afin de permettre cette présence continue et étendue sur le marché et les aides d'État accordées à ces fins diminuent nécessairement les dépenses courantes des petites et moyennes entreprises» (323).

Enfin, d'une manière plus classique, le Tribunal a rappelé qu'une aide qui permet à une entreprise «d'alléger les coûts liés à sa consommation d'électricité, laquelle entre, par définition, dans le cadre de la gestion courante, était bien une aide au fonctionnement» (324).

(321) CJ, 24 novembre 2011, *Italie c. Commission*, point 63 ; Trib., 30 avril 2014, précité, point 142 ; 16 octobre 2014, précité, point 85.

(322) CJ, 9 juin 2011, *Comitato « Venezia vuole vivere » c. Commission*, précité, point 168.

(323) Trib., 14 juillet 2011, *Freistaat Sachsen c. Commission*, point 102.

(324) Trib., 16 octobre 2014, T-308/11, *Eurallumina c. Commission*, EU:T:2014:894, point 85. Dans la foulée, le Tribunal a conclu que cette aide ne remplissait pas les conditions fixées par les lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale qui permettent l'autorisation d'aides au fonctionnement seulement si elles sont justifiées par leur contribution au développement régional et leur nature, si leur niveau est proportionnel aux handicaps qu'elles visent à pallier, et si elles sont limitées dans le temps et dégressives (points 86 à 94).

114. — La constatation du défaut de nécessité d'une aide peut encore «notamment découler du fait que le projet bénéficiaire de l'aide a déjà été entamé, voire achevé, par l'entreprise intéressée avant que la demande d'aide ne soit transmise aux autorités compétentes, ce qui exclut que l'aide concernée puisse jouer un rôle incitatif».

À cet égard, le Tribunal, dans l'affaire *Regione autonoma della Sardegna c. Commission* (325), a jugé que les lignes directrices concernant les aides à finalité régionale pouvaient légitimement prévoir que «les régimes d'aides doivent prévoir que la demande de l'aide doit être introduite avant le début des projets» et que ce critère était «pertinent et adéquat». Le Tribunal rappelle que, «lors de l'examen de la compatibilité d'un régime d'aides notifié, les circonstances particulières propres aux différents bénéficiaires potentiels du régime et aux projets concrets pour lesquels ceux-ci pourront demander des subventions sont par définition inconnues de la Commission et cette dernière doit donc se fonder sur des critères qui sont soit indépendants des circonstances particulières propres aux futurs bénéficiaires, soit uniformes pour tous les futurs bénéficiaires». Dans ce contexte, «le fait d'exiger que la demande d'aide précède le début de l'exécution du projet subventionné permet de garantir que l'entreprise concernée ait clairement manifesté sa volonté de bénéficier du régime d'aides en cause avant d'entamer l'exécution dudit projet. Cela permet donc d'éviter que ne soient présentées *ex post* des demandes pour des projets dont la réalisation a été entamée indépendamment de l'existence d'un régime d'aides. Eu égard à ces considérations, le simple constat de l'antériorité de la demande d'aide par rapport au début de l'exécution du projet d'investissement constitue un critère simple, pertinent et adéquat permettant à la Commission de présumer l'existence d'un effet incitatif».

La Cour (326) confirme l'arrêt du Tribunal. Elle commence par souligner que, «dans le contexte de l'article 107, paragraphe 3, sous a), TFUE, l'aide projetée doit, pour être compatible avec le marché intérieur, être nécessaire pour le développement des régions défavorisées» et qu'il doit donc être démontré que, «en l'absence de l'aide projetée, l'investissement destiné à soutenir le développement de la région concernée ne serait pas réalisé» (327). Elle ajoute que la circonstance que la région concernée relève des régions visées à l'article 107, paragraphe 3, sous a), TFUE n'est pas de nature à modifier l'analyse de l'effet incitatif du régime en cause car,

(325) Trib., 20 septembre 2011, points 214 et 215.

(326) CJ, 13 juin 2013, C, *HGA e.a. c. Commission*, précité.

(327) Points 103 à 105 de l'arrêt de la Cour.

si cette circonstance est la condition indispensable à l'application de cette dérogation, elle ne signifie pas pour autant que tout projet d'aide susceptible d'être réalisé dans la région en cause «serait d'office considéré comme nécessaire pour le développement de celle-ci» (328). Elle confirme encore que «dans le cas d'un régime d'aides, la Commission peut se borner à évaluer les caractéristiques du régime en cause pour apprécier, dans les motifs de la décision, si ce régime revêt un caractère nécessaire pour la réalisation de l'un des objectifs visés par l'article 107, paragraphe 3, TFUE», sans être «tenue d'effectuer une analyse de l'aide octroyée dans chaque cas individuel sur le fondement d'un tel régime».

Après ces rappels, la Cour souligne que le Tribunal a certes considéré que «l'antériorité de la demande d'aide par rapport au début de l'exécution du projet d'investissement constitue un critère simple, pertinent et adéquat permettant à la Commission de présumer le caractère nécessaire de l'aide projetée» mais qu'ensuite, il a examiné si les requérantes avaient «établi l'existence de circonstances susceptibles de démontrer le caractère nécessaire du régime litigieux, même en l'absence d'introduction de demande d'aide avant le début de l'exécution des projets en cause». Dès lors, a jugé la Cour, «le grief suivant lequel le Tribunal aurait érigé le critère de l'antériorité de la demande d'aide en présomption irréfragable aux fins de l'appréciation du caractère nécessaire de l'aide procède d'une lecture manifestement erronée de l'arrêt attaqué».

115. — À propos cette fois d'une aide individuelle, le Tribunal, dans son arrêt *Djebel* du 18 janvier 2012, a relevé qu'il résultait de la décision que, «même sans bénéficier de l'aide en cause, l'investissement au Brésil avait été effectué et avait contribué à renforcer la compétitivité du groupe hôtelier dont la requérante fait partie et sa visibilité sur le marché touristique mondial, ainsi qu'à étendre ses activités hôtelières au Brésil», et que, donc, il n'était pas nécessaire pour ce groupe d'obtenir l'aide en cause qui doit dès lors «être considérée comme portant simplement un bénéfice à son profit, au détriment de ses concurrents». Il a ajouté que, en l'espèce, la requérante n'a, à aucun moment, démontré que l'aide en cause était l'élément déterminant pour procéder à la réalisation de son projet d'investissement. Il a encore rappelé que le fait qu'une réglementation nationale prévoit qu'une demande d'aide puisse être présentée même après avoir effectué l'investissement concerné ne saurait entraîner la compatibilité d'une telle demande avec le droit de l'Union. Il conclut que c'est «sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation» que la Commission a pu conclure qu'il était peu probable

(328) Voy. dans le même sens, 16 octobre 2014, *Eurallumina c. Commission*, point 87.

qu'une aide accordée à la date où elle rendait sa décision «puisse avoir un lien quelconque avec l'investissement effectué plus de sept ans auparavant» et exclure que la «seule possibilité ultérieure d'attribution d'une aide, au demeurant toujours hypothétique», puisse être considérée comme ayant un quelconque lien incitatif quant à la décision de la requérante d'effectuer cet investissement.

(iii) *La prise en compte de l'intérêt commun*

116. — La Commission a l'obligation, avant d'autoriser une aide, d'examiner l'impact de celle-ci sur la concurrence et les échanges et de mettre en balance les effets bénéfiques de l'aide avec ses effets négatifs sur les conditions des échanges et sur le maintien d'une concurrence non faussée. Cette condition est explicitement inscrite aux lettres c) et d) du paragraphe 3, qui exigent que les aides poursuivant l'objectif qu'elles visent «n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun». Mais elle est aussi sous-jacente aux autres catégories de dérogations visées au paragraphe 3.

Ainsi, le Tribunal, dans son arrêt du 8 avril 2014 (329), a jugé que la différence de formulation entre les points c) et b) de ce paragraphe, lequel ne prévoit pas une telle condition, «ne saurait conduire à considérer que la Commission ne peut pas évaluer l'incidence d'une aide autorisée en vertu de cette dernière disposition sur le ou les marchés pertinents dans l'ensemble de l'Union». Le Tribunal en a conclu que la Commission pouvait subordonner l'autorisation d'une aide au titre de cette dérogation au respect de certaines conditions. De même, dans son arrêt du 10 juillet 2012 (330), le Tribunal a rappelé que, lorsqu'elle apprécie la compatibilité d'une aide d'État accordée dans une région en difficulté relevant du point a), la Commission doit «estimer si les avantages escomptés en termes de développement régional l'emportent sur les distorsions de concurrence et les incidences du projet subventionné sur les échanges entre les États membres».

117. — À cet égard, un critère auquel les juges de l'Union se réfèrent d'une manière de plus en plus régulière est le critère de la neutralité technologique de la mesure en cause (331). C'est ainsi que, dans son arrêt précité du 28 juillet 2011, la Cour a jugé que le Tribunal n'avait commis aucune

(329) *Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband c. Commission*, points 194 et 195.

(330) *Smuyfti Kappa Group c. Commission*, précité, point 91.

(331) Cf. 28 juillet 2011, *Mediaset c. Commission*, précité; Trib., 26 novembre 2015, *Espagne c. Commission*, précité.

erreur de droit en jugeant que la Commission avait licitement déclaré une aide sous forme de subsides à l'achat de certains décodeurs terrestres numériques incompatibles avec le marché intérieur au seul motif que celle-ci excluait les décodeurs satellitaires de son champ d'application, et violait donc le principe de neutralité technologique.

En substance, la requérante reprochait au Tribunal de ne pas avoir sanctionné le fait pour la Commission d'écarter l'application de l'article 107, paragraphe 3, sous c), TFUE, « au seul motif que la mesure en cause était sélective dès lors qu'elle n'était pas technologiquement neutre ». La Cour relève que « la mesure en cause permettait aux consommateurs, selon les constatations de fait effectuées par le Tribunal, de bénéficier d'un subside uniquement quand ils achetaient un décodeur numérique terrestre utilisant des standards "ouverts" et non pas lorsqu'ils achetaient un décodeur numérique satellitaire utilisant de tels standards ». Pour la Cour, « une telle mesure est nécessairement susceptible, en raison du fait qu'elle met le consommateur dans une situation plus favorable lors de l'achat d'un tel décodeur terrestre que lors de l'achat d'un tel décodeur satellitaire, de favoriser la commercialisation et les ventes de décodeurs terrestres et, ainsi, d'affecter les conditions des échanges » dans le marché intérieur, de sorte qu'un tel élément de sélectivité sur le plan technologique affectant une mesure d'aide peut suffire en soi pour donner lieu à une distorsion suffisante pour fonder l'incompatibilité de cette mesure avec le marché intérieur (332).

118. — Par ailleurs, le Tribunal (333) a souligné qu'il y avait lieu de distinguer « les critères qui permettent d'établir si une mesure étatique octroie un avantage à une entreprise et donc constitue, pourvu que les autres conditions soient remplies, une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1^{er}, TFUE et, d'autre part, les critères qui permettent d'établir si une mesure, dont la nature d'aide d'État a été établie, altere les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun, afin d'en apprécier la compatibilité avec le marché intérieur au sens de l'article 107, paragraphe 3, TFUE, ce qui implique que les distorsions de concurrence soient limitées au minimum nécessaire ». Il en a conclu que la Commission n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en utilisant, pour l'appréciation de la compatibilité avec le marché intérieur de la mesure litigieuse, un cadre de référence différent de celui utilisé dans la qualification d'aide d'État de cette mesure.

(332) Points 100 à 104.

(333) Trib., 26 février 2015, *France c. Commission*, précité, points 67 et 69.(iv) *L'existence d'une aide antérieure*

119. — Le Tribunal (334) est revenu sur la jurisprudence dite *Deegendoyf* (335), selon laquelle la Commission, lorsqu'elle examine la compatibilité d'une aide d'État avec le marché intérieur, doit prendre en considération l'avantage concurrentiel résultant de la non-restitution d'aides antérieures dont une entreprise a bénéficié et, à cette fin, « procéder à l'examen de l'effet cumulé de cette aide avec d'éventuelles aides antérieures qui n'ont pas encore été récupérées » et dont les effets continuent donc à se produire.

Il a rappelé que, « dans l'hypothèse où la Commission subordonne l'octroi de l'aide envisagée à la récupération préalable d'une ou de plusieurs aides antérieures, elle n'est pas tenue de procéder à l'examen de l'effet cumulé sur la concurrence de ces aides. Une telle subordination permet d'éviter que l'avantage conféré par l'aide envisagée se cumule avec celui conféré par les aides antérieures, les effets négatifs sur la concurrence résultant de l'octroi des aides antérieures ayant été supprimés par le recouvrement de leur montant avec intérêts ».

Toutefois, il a constaté que, en l'espèce, l'entreprise bénéficiaire d'une aide accordée par les autorités françaises s'était antérieurement vu accorder illégalement une aide par les autorités italiennes et que la Commission n'avait pas pu subordonner l'octroi, par la France, de l'aide déclarée compatible à un remboursement de l'aide incompatible accordée illégalement par l'Italie. Le Tribunal en a déduit que la Commission devait nécessairement « examiner l'effet cumulé de ces deux aides, ce qu'elle a omis de faire en l'espèce ».

(v) *La prise en considération d'autres dispositions du traité*

120. — Dans l'affaire du rachat des actifs d'Autrian Airlines par la Lufthansa (336), la requérante faisait valoir que « la Commission ne pouvait pas déclarer l'aide en cause compatible avec le marché commun dans la mesure où elle est indissolublement liée au maintien des droits de trafic aérien accordés sur la base d'une clause de nationalité contraire à l'article 43 CE » (devenu 49 TFUE). Le Tribunal commence par rappeler qu'il résulte d'une jurisprudence constante que la procédure de contrôle des aides d'État ne doit jamais aboutir à un résultat qui serait contraire aux dispositions spécifiques des traités, tout particulièrement les dispositions du

(334) Trib., 14 février 2012, précité.

(335) Trib., 13 septembre 1995, T-244/93 et T-486/93, *TWD c. Commission*, confirmé par CJ, 15 mai 1997, C-355/95P, *TWD c. Commission*.

(336) Trib., 15 mai 2015, précité, points 214 à 220.

traité visant « à préserver la liberté d'établissement et la libre concurrence entre les opérateurs économiques d'un État membre établis dans un autre État membre et les opérateurs économiques de ce dernier État membre », en ajoutant que certaines modalités d'une aide qui contreviendraient à ces dispositions peuvent « être à ce point indissolublement liées à l'objet de l'aide qu'il ne serait pas possible de les apprécier isolément ».

Mais, ensuite, le Tribunal constate qu'en l'espèce, « la préservation des droits de trafic aérien d'Autrian Airlines ne constituait pas une modalité de l'aide en cause ». Certes, le « maintien des droits de trafic aérien représentait un intérêt pour Lufthansa, en ce sens que de tels droits correspondent à un élément important de l'actif d'une compagnie aérienne », mais il s'agissait non d'une condition pour l'octroi de l'aide en cause mais « d'une condition de la réussite d'une reprise d'Autrian Airlines qui s'imposait à tout repreneur », indépendamment de l'octroi d'une aide à l'occasion de cette reprise. Il en conclut que « le recours à un artifice juridique à travers la création d'une fondation de droit autrichien en vue de maintenir la nationalité autrichienne d'Autrian Airlines et, partant, de préserver les droits de trafic aérien qui lui ont été attribués sur la base d'une clause de nationalité contenue dans des accords bilatéraux conclus avec des États tiers ne saurait être considéré comme indissolublement lié à l'aide en cause » (337).

121. — Le Tribunal (338) a jugé, en revanche, que « lors de son appréciation d'une mesure d'aide ne poursuivant pas un objectif environnemental, la Commission n'est pas tenue de prendre en compte la réglementation environnementale dans son examen de l'aide et des modalités qui lui sont indissociablement liées » car, si une aide en faveur de la protection de l'environnement peut être déclarée compatible avec le marché intérieur, « une aide produisant des effets néfastes sur l'environnement n'est pas, de ce seul fait, attentatoire à l'établissement du marché intérieur ». En effet, la protection de l'environnement ne constitue pas, à proprement dit, même si elle doit être intégrée dans la définition et la mise en œuvre des politiques de l'Union, notamment celles destinées à établir le marché intérieur, une des composantes de ce marché intérieur, défini comme un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée. Or, « le juge de l'Union limite les règles autres que celles relatives aux aides d'État dont le respect doit être

(337) Le Tribunal ajoute que « cette conclusion ne préjuge pas de l'examen de la légalité des clauses de nationalité contenues dans les accords bilatéraux de services aériens conclus par la République d'Autriche avec des États tiers au regard de l'article 43 CE ».

(338) Trib., 3 décembre 2014, précité.

vérifié à celles susceptibles de produire un impact négatif sur le marché intérieur ».

122. — Le Tribunal a encore rappelé que les dispositions du traité TFUE relatives aux aides d'État ne sont en principe pas applicables à des mesures fiscales servant à financer une mesure d'aide, qui relèvent des dispositions du traité concernant les distorsions résultant de disparités entre les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres, et notamment leurs dispositions fiscales (339). Il n'en va autrement que dans l'hypothèse où ces mesures font partie intégrante de la mesure d'aide, de sorte que la Commission ne peut pas séparer l'examen de l'aide des effets de son mode de financement. Toutefois, à cette fin, il ne suffit pas de démontrer que le produit de la taxe est obligatoirement affecté au financement de l'aide mais il faut, en outre, que celui-ci influence directement l'importance de l'aide (340).

b) *La portée des lignes directrices et règlements adoptés par la Commission*

123. — La jurisprudence (341) ne cesse d'affirmer inlassablement que la Commission peut se fixer des orientations pour l'exercice de son pouvoir d'appréciation par le biais d'actes tels que des lignes directrices ou encadrements, qui contiennent des règles indicatives sur les critères que la Commission entend désormais appliquer aux cas entrant dans le champ d'application de celles-ci. Cette légitimité leur est reconnue dans la mesure où elles « ne s'écartent pas des normes du traité ».

Si des lignes directrices, « en tant que mesures d'ordre interne adoptées par l'administration, ne sauraient être qualifiées de règles de droit » (342), et n'ont donc *a priori* pas le même caractère contraignant que des règlements, la jurisprudence suggère que ce caractère non contraignant est tout relatif. En effet, par l'adoption de lignes directrices ou d'encadrement, la

(339) Trib., 16 octobre 2013, T-275/11, *TFI c. Commission*, EU:T:2013:535, points 42 à 44; 11 juillet 2014, T-151/11, *Telefónica de España c. Commission*, EU:T:2014:631, points 52 à 54.

(340) Dans les deux affaires, le Tribunal, au terme d'une analyse approfondie, a jugé qu'en l'occurrence, cette deuxième condition n'était pas remplie.

(341) CJ, 9 juin 2011, C-465/09 P, *Diputación Foral de Vizcaya e.a. c. Commission*, EU:C:2011:372, point 120; Trib., 12 mai 2011, précité, point 130; 13 septembre 2013, *Fri-Ei Acera c. Commission*, précité, point 27; 13 mai 2015, précité, points 145 et 148.

(342) CJ, 9 juin 2011, *Diputación Foral de Vizcaya e.a. c. Commission*, précité, point 120; 15 novembre 2011, C-106/09 P et C-107/09 P, *Commission et Espagne c. Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, EU:C:2011:732, point 128.

Commission s'autolimité dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation et se fixe une ligne de conduite indicative, dont elle ne peut s'écarter, dans un cas particulier, sans donner des raisons qui soient compatibles avec le principe d'égalité de traitement (343). Il appartient au juge de l'Union de vérifier si les exigences que la Commission s'est imposées dans ces lignes directrices ont été respectées (344).

124. — À cet égard, l'arrêt *Smuyft Kappa Group* (345), au premier abord de facture très classique, mérite l'attention. Dans cette affaire, la Commission avait interprété le paragraphe 68 des lignes directrices concernant les aides à finalité régionale pour la période 2007-2013, établissant « certains seuils dont le dépassement contraindrait la Commission à ouvrir la procédure formelle d'examen », comme lui imposant de considérer une aide ne dépassant pas les seuils en question « comme compatible avec le marché commun, sans ouvrir la procédure formelle d'examen ».

Le Tribunal, dans un premier temps, juge que la Commission s'est méprise sur la portée de cette disposition qui « a pour seul effet de contraindre la Commission à ouvrir la procédure formelle d'examen en cas de dépassement de ces seuils, mais nullement celui de l'empêcher de le faire dans les cas dans lesquels les seuils en question ne sont pas atteints. Dans un tel cas, la Commission a, certes, la faculté de ne pas ouvrir la procédure formelle d'examen, mais elle ne peut justifier cette décision en s'y prévalant d'une contrainte par le paragraphe 68 des lignes directrices » (346). L'intérêt de l'arrêt serait limité s'il se bornait à ce constat.

Mais, ensuite, le Tribunal va juger que, « en conséquence de cette erreur, la Commission n'a pas exercé la plénitude de son pouvoir d'appréciation de la compatibilité de l'aide en cause avec le marché commun, ainsi qu'elle y est tenue », venant apporter au passage des précisions importantes sur la mesure dans laquelle la Commission est liée par ses lignes directrices et sur l'articulation entre les lignes directrices et les règles du traité. En effet, la Commission avait constaté que tous les paramètres « standards » fixés par la communication étaient remplis et considéré que ce respect « garantissait à lui seul la contribution d'une mesure d'aide au développement régional ». Le Tribunal souligne que ces paramètres portent uniquement sur le fait que la région où se situe le projet subventionné soit bien éligible pour l'octroi d'aides régionales, sur le respect d'un plafond d'intensité de l'aide et sur le

(343) *Ibid.*

(344) Trib., 12 mai 2011, précité, point 131 ; 14 février 2012, précité, point 41.

(345) Trib., 10 juillet 2012, précité.

(346) Points 88 et 89 de l'arrêt.

respect d'un certain nombre de conditions comportementales du bénéficiaire de l'aide et que « force est de constater que le respect de telles conditions ne suffit pas à démontrer que toute mesure qui s'y conforme aura un effet positif sur le développement régional ». Dès lors, la Commission s'est ainsi « bornée en l'espèce à vérifier que les inconvénients causés par le projet subventionné en termes de distorsions de la concurrence seraient maintenus à un niveau limité, mais non que les avantages en termes de développement régional l'emporteraient sur ses inconvénients, aussi minimes soient-ils », alors que cette condition est nécessaire pour l'application de la dérogation de l'article 107, paragraphe 3, sous a) (347).

C'est donc en définitive au nom d'une interprétation conforme des lignes directrices avec les dispositions du traité que le Tribunal considère que le respect des conditions qu'elles prévoient ne suffit pas à garantir la compatibilité de l'aide (348).

125. — Dans la foulée du dispositif quasi réglementaire constitué par ces diverses lignes directrices et autres encadrements, la Commission a été habilitée par le Conseil à adopter des règlements d'exemption par catégorie.

Ces règlements, comme l'a souligné le Tribunal dans un arrêt du 14 juillet 2011 (349), n'ont cependant qu'un simple « effet direct positif » et non un « effet direct négatif ». En d'autres termes, s'ils ont pour effet de rendre automatiquement compatibles les aides qui respectent les critères qu'ils prévoient (et ainsi de les soustraire à un examen préalable de la Commission), ils ne peuvent servir de base pour établir automatiquement l'incompatibilité des aides entrant dans leur champ d'application mais qui ne respectent pas les critères qu'ils instaurent.

En effet, ils contiennent tous un considérant, aux termes duquel les États membres conservent la faculté de notifier individuellement à la Commission des projets qui seront alors examinés « à la lumière, notamment, des critères fixés par le présent règlement ». Le Tribunal met en exergue l'emploi de l'adverbe « notamment », qui indique clairement que les critères définis dans le règlement d'exemption PME ne sont pas les seuls au regard desquels la Commission peut examiner les projets d'aides qui lui sont notifiés (350).

(347) Points 90 à 96 de l'arrêt.

(348) Le Tribunal en conclut que la Commission aurait dû ouvrir la procédure formelle d'examen afin de dissiper tous les doutes quant à la compatibilité de l'aide.

(349) T-357/02 RENV, *Freistaat Sachsen c. Commission*, EU:T:2011:376.

(350) Voy. dans le même sens, CJ, 21 juillet 2011, précité, point 31.

Le Tribunal ajoute que, au demeurant, « si la Commission peut établir des règles générales d'exécution qui structurent l'exercice du pouvoir d'appréciation qui lui est conféré par l'article 87, paragraphe 3, CE, elle ne peut totalement se priver, lorsqu'elle apprécie un cas spécifique, dudit pouvoir d'appréciation, en particulier, quant aux cas qu'elle n'a pas expressément visés, voire omis de régler, dans lesdites règles générales d'exécution ».

Le Tribunal constate cependant ensuite, au terme d'une analyse fouillée de la décision attaquée, que, en l'espèce, la Commission a effectivement exercé ce pouvoir d'appréciation et que c'est à juste titre qu'elle a estimé que des intensités d'aide plus élevées que celle prévue par le règlement d'exemption PME ne sauraient pas non plus être jugées compatibles avec le marché intérieur sur le fondement direct de l'article 107, paragraphe 3, sous c), TFUE.

c) *L'application dans le temps des règles déterminant la compatibilité des aides*

126. — La jurisprudence s'est attachée à répondre à la question de savoir dans quelle mesure des lignes directrices ou règlements précisant les conditions de compatibilité des aides peuvent s'appliquer à des aides antérieures à leur entrée en vigueur.

Les principes sont bien connus et rappelés en ces termes par la Cour de justice dans l'affaire *Commission c. Andersen* (351) : selon une jurisprudence constante de la Cour, « une règle nouvelle s'applique en principe immédiatement aux effets futurs d'une situation née sous l'empire de la règle ancienne. La Cour a également jugé que le principe de protection de la confiance légitime ne saurait être étendu au point d'empêcher, de façon générale, une règle nouvelle de s'appliquer aux effets futurs de situations nées sous l'empire de la règle ancienne (...). En revanche, les règles de l'Union de droit matériel doivent être interprétées, en vue de garantir le respect des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, comme ne visant des situations acquises antérieurement à leur entrée en vigueur que dans la mesure où il ressort clairement de leurs termes, de leur finalité ou de leur économie qu'un tel effet doit leur être attribué » (352).

127. — Toute la difficulté réside dans l'application de ces principes, et tout particulièrement de la distinction entre les deux situations, dans le cas spécifique des aides d'État. Comme nous le verrons plus loin, dans le chapitre II, le traité institue un contrôle préventif sur les projets d'aides

(351) CJ, 6 octobre 2015, C-303/13 P, *Commission c. Andersen*, EU:C:2015:647.

(352) Points 49 et 50 de l'arrêt.

nouvelles, dont l'objectif est d'assurer que seules des aides compatibles seront mises à exécution et que, au contraire, des aides incompatibles ne le seront jamais. À cette fin, il prévoit que tous les projets tendant à instituer une aide doivent être notifiés à la Commission et leur mise en œuvre est différée jusqu'à ce que le doute sur leur compatibilité soit levé par la décision finale de la Commission (353). Cependant, cette double obligation n'est pas toujours respectée par les États, avec la conséquence que des aides sont illégalement octroyées. La situation se complique encore par le fait que des règlements dits d'exemption sont venus dispenser les États de la notification de certains projets d'aides nouvelles. Enfin, les textes applicables, tantôt, contiennent des dispositions spécifiques sur la question de leur application dans le temps, qui peuvent différer, tantôt, sont silencieux sur la question.

128. — La Cour (354) s'est d'abord intéressée à l'hypothèse de projets d'aides notifiés à la Commission, en posant la règle que « la notification par un État membre d'une aide ou d'un régime d'aides projetés ne crée pas une situation juridique définitivement constituée qui impliquerait que la Commission se prononce sur leur compatibilité avec le marché commun en faisant application des règles en vigueur à la date à laquelle cette notification a eu lieu. Il appartient, au contraire, à la Commission d'appliquer les règles en vigueur au moment où elle se prononce » (355). La Cour ajoute que « les règles, les principes et les critères d'appréciation de la compatibilité des aides d'État en vigueur à la date à laquelle la Commission prend sa décision concernant la compatibilité peuvent, en principe, être considérés comme mieux adaptés au contexte concurrentiel » (356).

129. — Dans cet arrêt, la Cour a « laissée ouverte la question de savoir si une aide illégale doit être appréciée selon les règles en vigueur à la date à laquelle elle a été versée, l'affaire en cause concernant l'application dans le temps des règles aux aides notifiées » (357).

(353) Voy. à ce sujet, CJ, 18 avril 2008, C-199/06, *CELF*, EU:C:2008:79, points 47 et 48.

(354) CJ, 11 décembre 2008, C-334/07 P, *Commission c. Freistaat Sachsen*, EU:C:2008:709.

(355) La Cour annule donc l'arrêt du 3 mai 2007 (EU:T:2007:120), par lequel le Tribunal avait jugé que la Commission ne pouvait appliquer le règlement n° 70/2001 (règlement d'exemption PME) de manière rétroactive à des aides qui lui ont été notifiées avant l'entrée en vigueur de celui-ci.

(356) Formule qui sera reprise par le Tribunal dans son arrêt du 13 septembre 2013, *Fri-El Accera c. Commission*, précité.

(357) Comme le note l'avocat général Wathelet dans ses conclusions sous l'arrêt précité de la Cour du 6 octobre 2015, EU:C:2015:340, point 33.

La question est abordée par la Cour dans l'arrêt *Diputación Foral de Vizcaya* du 9 juin 2011. La Cour y relève que les lignes directrices de 1998 concernant les aides à finalité régionale contiennent une disposition créée spécifiquement à leur application dans le temps, aux termes de laquelle ces lignes directrices sont d'application immédiate aux aides régionales, même lorsque celles-ci ont été exécutées avant leur adoption, sauf en ce qui concerne les aides notifiées à la Commission avant leur adoption dont l'appréciation doit être effectuée au regard des règles en vigueur au moment de la notification de ces aides (358).

La Cour n'évoque en aucune manière la non-application des nouvelles lignes directrices aux aides notifiées à la Commission avant leur adoption et se borne à constater que les régimes d'aides en cause n'ont pas été notifiés et doivent, par conséquent, selon la règle expresse prévue par les lignes directrices de 1998, être appréciés en fonction des critères établis par celles-ci. La Cour reconnaît que « la modification d'une politique, en l'occurrence la politique générale de la Commission en matière d'aides d'État, en particulier si elle est opérée par l'adoption de règles de conduite telles que les lignes directrices de 1998, peut avoir des incidences au regard du principe de non-rétroactivité ». Mais elle considère que « l'application des lignes directrices de 1998 à l'encontre des régimes fiscaux litigieux adoptés en 1993 ne constitue pas une situation acquise antérieurement, mais relève d'une situation en cours qui, bien que née avant l'entrée en vigueur de celles-ci, est régie par lesdites lignes directrices à compter de leur entrée en vigueur, conformément au principe selon lequel les règles nouvelles s'appliquent immédiatement aux situations en cours ». La Cour ajoute que l'application efficace des règles de concurrence de l'Union exige que « la Commission puisse à tout moment adapter son appréciation aux besoins de cette politique » et qu'un « État membre n'ayant pas notifié un régime d'aides à la Commission ne saurait raisonnablement s'attendre à ce que ce régime soit apprécié au regard des règles applicables au moment de son adoption » (359).

130. — Le Tribunal a cependant adopté une position différente dans un arrêt du 20 mars 2013 (360) et a proposé d'établir une distinction entre les aides notifiées et non versées, dont la compatibilité s'apprécie en application

(358) On notera que, par contraste, les lignes directrices de 2007 ont prévu, quant à elles, qu'elles ne s'appliquent qu'aux aides accordées après le 31 décembre 2006, (toutes les aides accordées avant le 1^{er} janvier 2007 restant soumises aux lignes directrices de 1998.

(359) Points 122 à 128 de l'arrêt.

(360) T-92/11, *Andersen c. Commission*, EU:T:2013:143.

des règles en vigueur au moment où la Commission prend sa décision, et les aides versées sans notification qui doivent être appréciées au regard des « règles en vigueur au moment où l'aide a été versée, dès lors que les avantages et désavantages suscités par une telle aide se sont matérialisés durant la période au cours de laquelle l'aide en question a été versée ». En l'espèce, étaient en cause des contrats de services publics conclus par les autorités danoises respectivement pour les périodes 2000-2004 et 2005-2014. La Commission avait examiné la compatibilité des aides résultant de ces contrats à l'aune du règlement n° 1370/2007 du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route. Le Tribunal, après avoir constaté que les aides en question n'avaient pas été notifiées à la Commission, a conclu que la Commission ne pouvait leur appliquer ce règlement.

La Commission a introduit un pourvoi à l'encontre de cet arrêt. Dans ses conclusions, l'avocat général Wathelet avait considéré que « la situation liée à une aide, notifiée ou non, ne saurait être considérée comme définitive tant que la décision de la Commission sur la compatibilité de l'aide n'est pas devenue définitive » et que donc toutes les aides, notifiées ou non, devaient être examinées au regard des règles en vigueur au moment où la Commission adopte sa décision. Il avait donc proposé à la Cour l'annulation totale de l'arrêt du Tribunal.

131. — La Cour, dans son arrêt, a suivi un raisonnement qui s'écarte tant du raisonnement du Tribunal que de celui de son avocat général.

La Cour part des dispositions transitoires du règlement n° 1370/2007, selon lesquelles les contrats de service public en cours à la date du 3 décembre 2009 pourraient se poursuivre jusqu'à leur expiration, dans la limite d'une durée maximale de dix ans et sous réserve que ces contrats aient été « attribués conformément au droit communautaire et au droit national ». Elle relève ensuite que le règlement n° 1191/69, auquel le règlement n° 1370 a succédé, considérait les aides remplissant les conditions qu'il déterminait comme compatibles et donc dispensées de notification (361). La Cour en déduit que la Commission aurait donc dû au préalable examiner à l'aune du règlement n° 1191/69 toutes les compensations accordées avant le 3 décembre 2009 afin de vérifier si elles remplissaient les conditions fixées par ce règlement. Elle estime que, en revanche, les aides accordées après cette date devaient bien être examinées à l'aune du règlement n° 1370/2007.

(361) Voy. à ce sujet, le chapitre II.

132. — Le dernier arrêt qui mérite l'attention est l'arrêt *Grèce c. Commission* du 9 avril 2014, dans lequel le Tribunal a jugé que la Commission n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en refusant d'appliquer une modification du « cadre communautaire temporaire pour les aides d'État destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de la crise économique et financière actuelle » (CCTA) à une aide accordée avant l'adoption de cette modification. D'un côté, le Tribunal évoque une « application rétroactive » de la modification, expression qui laisse entendre qu'il considère que, s'agissant d'aides non notifiées, la situation est cristallisée au moment de l'octroi de l'aide. Mais, de l'autre, il procède à une analyse approfondie du CCTA pour conclure que la Commission n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation.

Le Tribunal relève que le CCTA, dans sa version initiale, n'avait pas inclus les entreprises du secteur de la production primaire de produits agricoles parmi les entreprises éligibles à un régime d'aide compatible avec le marché intérieur sur la base de l'article 107, paragraphe 3, sous b), TFUE et que ce n'est qu'en octobre 2009 que la Commission, partant du constat que, en raison de la crise financière, les agriculteurs avaient de plus en plus de difficultés à accéder au crédit, a décidé de mettre en place, en ce qui les concerne, un régime spécifique, à dater du 28 octobre 2009. Le Tribunal constate que la décision initiale de ne pas accorder aux entreprises actives dans la production primaire de produits agricoles la possibilité de se voir appliquer temporairement un régime d'aide considéré comme compatible avec le marché intérieur sur la base de l'article 107, paragraphe 3, sous b), TFUE avait été délibérée et justifiée par l'existence de différences considérables entre la structure de la production primaire, d'une part, et celle de la transformation et de la commercialisation des produits agricoles. Dans sa communication, la Commission a en effet mis en exergue les caractéristiques spécifiques du secteur de la production agricole et en particulier les risques importants et bien connus de distorsions de concurrence susceptibles de se produire dans ce secteur, qui constitue par excellence le secteur intégré de l'Union européenne et qui est massivement subventionné, même pour des faibles montants d'aide, justifiant une approche orientée vers les besoins spécifiques de la production agricole primaire.

Le Tribunal en déduit que, compte tenu de ces spécificités du secteur de la production agricole primaire, la Commission n'a pas fait un usage manifestement erroné de son pouvoir d'appréciation en refusant d'appliquer la modification du CCTA à des aides accordées à des entreprises de production agricoles avant l'entrée en vigueur de celle-ci.

Le Tribunal ajoute enfin qu'en l'espèce, il s'agissait d'aides non notifiées qui avaient déjà été versées avant l'entrée en vigueur de la modification

du CCTA, et souligne que « [c]onsidérer qu'une aide non notifiée peut être déclarée compatible avec le marché intérieur en vertu d'une dérogation qui n'était pas en vigueur lors du versement de [cette] aide reviendrait à avantager l'État membre l'ayant octroyée par rapport à d'éventuels États membres qui auraient voulu accorder une aide similaire et qui y auraient renoncé, faute d'une dérogation le permettant » ou « par rapport à tout autre État membre qui, désistant octroyer une aide pour la même période, l'aurait notifiée avant l'entrée en vigueur de la dérogation en question et, en conséquence, aurait obtenu de la Commission une décision constatant l'incompatibilité de l'aide avec le marché intérieur » (362).

d) *Les aides au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, spécialement des banques en difficulté*

133. — Les principes de compatibilité rappelés plus haut ont été mis en œuvre par une série d'arrêts rendus au cours de la période analysée au sujet de l'appréciation des aides au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté, au regard des lignes directrices communautaires concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté de 2004 (363), qui ont été applicables jusqu'en 2014.

La jurisprudence a apporté des précisions utiles sur l'éligibilité d'une entreprise à une aide au sauvetage et à la restructuration et sur les conditions de la compatibilité des aides à la restructuration. Elle s'est aussi plus spécifiquement intéressée aux aides aux banques en difficulté.

(362) Points 150 à 159 de l'arrêt. Cet arrêt est devenu définitif puisque, par ordonnance du 5 février 2015, C-29/614 P, *Grèce c. Commission*, EU:C:2015:72, la Cour a rejeté le pourvoi introduit à son encontre. La Grèce s'était bornée à soutenir que « limitant le champ d'application réglementaire de l'article 107, paragraphe 3, sous b), TFUE, aux conditions visées dans le CCTA, le Tribunal a interprété et appliqué de manière erronée cette disposition. Le Tribunal aurait ainsi ignoré l'existence des circonstances exceptionnelles dans lesquelles se trouvait l'économie grecque à la date de l'adoption des mesures litigieuses, qui se différencient de celles pour lesquelles le CCTA a été prévu ». La Cour a jugé qu'ainsi elle se limitait, en substance, à reproduire à l'égard du Tribunal une argumentation déjà invoquée devant celui-ci à l'égard de la Commission, sans toutefois prendre position sur la motivation retenue par le Tribunal pour l'écarter.

(363) *J.O.*, C 244, 1^{er} octobre 2004, p. 2.

(i) *Éligibilité de l'entreprise à une aide au sauvetage et à la restructuration*

134. — Le Tribunal (364), dans l'affaire de la reprise d' Austrian Airlines par Lufthansa, a jugé que la Commission avait à juste titre considéré que la compagnie aérienne Austrian Airlines était une entreprise éligible à l'octroi d'une aide à la restructuration. La requérante invoquait que la Commission avait violé le paragraphe 13 des lignes directrices, aux termes duquel une « société qui fait partie d'un groupe ou est reprise par un groupe ne peut en principe pas bénéficier d'aides au sauvetage ou à la restructuration, sauf s'il peut être démontré que ses difficultés lui sont spécifiques et ne résultent pas d'une allocation arbitraire des coûts au sein du groupe, et que ces difficultés sont trop graves pour être résolues par le groupe lui-même ». Elle faisait valoir qu' Austrian Airlines était sur le point d'être reprise par Lufthansa et que cette dernière avait la capacité de faire face seule aux difficultés d' Austrian Airlines.

Le Tribunal commence par constater qu'à la date où la Commission a adopté sa décision, il est constant que Austrian Airlines ne faisait pas encore partie du groupe Lufthansa dès lors que l'offre de rachat de Lufthansa était subordonnée à l'autorisation par la Commission, d'une part, de l'aide à la restructuration en cause et, d'autre part, de l'opération de concentration ainsi projetée et s'est donc interrogé sur le point de savoir si Austrian Airlines pouvait être qualifiée de société reprise par un groupe.

À cet égard, il rappelle que l'objectif de l'interdiction posée par le paragraphe 13 des lignes directrices est « d'empêcher un groupe d'entreprises de faire supporter à l'État le coût d'un plan de restructuration d'une des entreprises qui le composent, lorsque cette entreprise est en difficulté et que le groupe est lui-même à l'origine de ces difficultés ou qu'il a les moyens de faire face seul à celles-ci » et que, dans ce contexte, l'extension de cette interdiction aux entreprises en difficulté « reprises » par un groupe « est d'éviter qu'un groupe d'entreprises ne contournne cette interdiction en profitant de la circonstance qu'une entreprise qu'il est en train de racheter ne lui appartienne pas encore formellement au moment du versement de l'aide à la restructuration en faveur de l'entreprise rachetée ». Le Tribunal constate que ce risque n'existe pas en l'occurrence puisque le versement par l'État de la subvention en cause à Austrian Airlines constitue « un élément négatif intégré au prix payé par Lufthansa à ÖJAG pour l'acquisition d' Austrian Airlines ».

(364) Trib., 13 mai 2015, *Niki Luftfahrt c. Commission (Austrian Airlines)*, précité, points 152 à 162.

(ii) *Appréciation de la compatibilité d'une aide à la restructuration*

135. — Au regard des lignes directrices de 2004, une aide à la restructuration d'une entreprise en difficulté peut être considérée comme compatible avec le marché intérieur, si elle respecte trois conditions, à savoir être liée à la mise en œuvre d'un plan de restructuration, comporter une contribution propre suffisante du bénéficiaire de l'aide et être assortie de mesures compensatoires appropriées.

136. — Comme l'a rappelé le Tribunal (365) dans l'affaire *Austrian Airlines*, une restructuration comporte normalement « un volet industriel, qui prévoit des mesures visant à réorganiser et à rationaliser les activités de l'entreprise, et un volet financier, qui peut prendre la forme, notamment, d'une injection de capital ou d'une diminution de l'endettement », de sorte qu'elle « ne peut se limiter à une aide financière ». Mais il a précisé que « cela ne signifie pas pour autant que l'aide à la restructuration doive nécessairement financer les mesures adoptées dans le cadre du volet industriel de la restructuration ». Ainsi, dans le cas d'une entreprise qui fait face à un endettement important, comme c'est le cas d' Austrian Airlines, il est logique que l'essentiel de l'aide soit « affecté au désendettement » et que le bénéficiaire de l'aide assume les mesures de restructuration industrielle sur ses fonds propres, « ainsi qu'au moyen d'un éventuel financement extérieur obtenu à des conditions de marché ».

137. — La contribution propre du bénéficiaire, quant à elle, joue, en vertu des lignes directrices de 2004, un double rôle. D'abord, elle est un signe que « les marchés (propriétaires, créanciers) croient à la faisabilité du retour à la viabilité dans un délai raisonnable » ; ensuite, elle garantit « que l'aide à la restructuration est limitée au minimum nécessaire pour rétablir la viabilité tout en limitant les distorsions de concurrence ».

Elle « doit être réelle, c'est-à-dire effective », exempte d'aide et la plus élevée possible. Dans l'affaire *SeaFrance* (366), le Tribunal a considéré que cette condition n'était pas remplie, après avoir rappelé que la « contribution propre » de SeaFrance était principalement constituée par le prêt que la SNCF lui avait accordé et que la Commission a à juste titre conclu que ce prêt était une aide d'État (367).

(365) Trib., 13 mai 2015, *Niki Luftfahrt c. Commission (Austrian Airlines)*, précité, points 181 et 182.

(366) Trib., 15 janvier 2015, précité.

(367) Voy. *supra*, n° 43.

La contribution personnelle d'une grande entreprise doit s'élever en principe à 50%, mais la Commission peut accepter une contribution inférieure dans des circonstances exceptionnelles.

Toujours dans l'affaire *SeaFrance*, le Tribunal a constaté que les autorités françaises ont uniquement invoqué que la crise économique et le resserrement des marchés financiers entraînaient des difficultés particulières pour *SeaFrance*. Or, souligne le Tribunal, « dès lors que la crise économique et le resserrement des marchés financiers affectent la généralité des entreprises, ils ne sauraient être qualifiés de circonstances exceptionnelles ou de difficultés particulières à l'égard d'une seule entreprise » (368).

Les lignes directrices précisent encore que le bénéficiaire peut contribuer au plan de restructuration « par un financement extérieur obtenu aux conditions du marché ». Dès lors, dans l'affaire *Austrian Airlines* (369), le Tribunal a écarté l'argument de la requérante selon lequel seule la contribution du bénéficiaire de l'aide en cause sur ses fonds propres doit être prise en compte afin de vérifier le caractère approprié de la contribution au plan de restructuration. Le Tribunal a ajouté que ce financement ne doit pas nécessairement être « apporté sous la forme d'un capital monétaire ou en nature », et que donc la Commission a pu considérer qu'il pouvait aussi prendre « la forme, notamment, de la prise en charge de pertes d'exploitation ou encore de coûts tels que ceux qui résultent généralement d'une concentration ».

138. — Le Tribunal (370) a résumé dans les termes suivants les exigences des lignes directrices de 2004 quant aux mesures compensatoires destinées à « limiter les effets négatifs de l'octroi d'une aide à la restructuration sur la concurrence et sur les échanges ».

L'ampleur des mesures compensatoires nécessaires pour déclarer une aide à la restructuration d'une entreprise dépend, en principe, directement et proportionnellement de l'aide octroyée. Dès lors, a jugé le Tribunal dans l'affaire *ZVC*, l'erreur de droit commise par la Commission en tant qu'elle a considéré que la modification des conditions de remboursement de l'apport de l'État néerlandais constituait une aide, doit nécessairement entraîner l'annulation de la décision dans son intégralité, car il est impossible de dissocier cette aide additionnelle des autres éléments d'aide quand il s'agit

(368) Points 86 à 89 de l'arrêt.

(369) Trib., 13 mai 2015, précité.

(370) Trib., 14 février 2012, *Electrolux c. Commission* (aide à la restructuration de FagorBrandt); 2 mars 2012, *Pays-Bas c. Commission* (aide à la restructuration d'ING); 13 mai 2015, *Niki Luftfahrt c. Commission* (aide à la restructuration d'Austrian Airlines), précités.

d'examiner l'appréciation effectuée par la Commission notamment en ce qui concerne la détermination du niveau d'engagements requis pour permettre que l'aide soit déclarée compatible. La Cour, dans son arrêt précité du 3 avril 2014, a validé cette analyse.

Ces mesures doivent être « adéquates au sens où elles ne doivent pas entraîner une détérioration de la structure du marché »; être « proportionnées aux effets de distorsion causés par l'aide », porter « sur le ou les marchés sur lesquels l'entreprise en cause détient une position importante après la restructuration »; « faire partie intégrante du plan de restructuration », qu'elles interviennent avant ou après la mesure d'aide; et ne pas « consister en de simples radiations comptables ou fermetures d'activités déficitaires dès lors qu'elles n'entraîneraient alors pas une réduction de la capacité ou de la présence sur le marché de l'entreprise en cause ». Elles doivent encore « être proportionnées au poids relatif de l'entreprise sur les marchés sur lesquels elle opère et (...) devraient ainsi porter, en particulier, sur les marchés sur lesquels l'entreprise détient une position importante après la restructuration ».

139. — Le Tribunal a eu l'occasion d'appliquer ces principes dans le cadre du recours introduit à l'encontre de la décision par laquelle la Commission avait autorisé l'aide à la restructuration de l'entreprise FagorBrandt. La Commission avait accepté de considérer comme mesure compensatoire la cession d'une filiale Brandt Components, en 2004, et avait pris acte d'une mesure complémentaire proposée par les autorités françaises, à savoir « l'arrêt, pendant une durée de cinq ans, de la commercialisation des produits du froid et de cuisson ainsi que des lave-vaisselle sous la marque Vedette ».

Le Tribunal a jugé que la Commission avait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que la cession de Brandt Components constituait une mesure compensatoire sur la base des éléments suivants. Il relève en premier lieu que cette cession a eu lieu en 2004 et que l'aide à la restructuration de FagorBrandt n'a été notifiée à la Commission par les autorités françaises qu'en 2007, de sorte que cette mesure, même si elle était considérée par ces autorités comme faisant « partie intégrante du plan de restructuration » lié à l'aide « ne pouvait avoir pour effet, d'atténuer les distorsions de concurrence que générerait l'octroi de l'aide envisagée » dans la notification. Ensuite, il souligne que cette cession, si elle « a eu pour effet de réduire la présence de FagorBrandt sur le marché des composants pour machines à laver », n'a en revanche eu, de l'avis de toutes les parties, aucun effet réel sur le marché des lave-linge ni sur celui du gros électroménager.

Le Tribunal a alors examiné « les conséquences d'une telle erreur sur le bien-fondé de l'analyse de la Commission selon laquelle les mesures

compensatoires adoptées en l'espèce permettaient de réduire les effets négatifs sur la concurrence résultant de l'octroi de l'aide en cause». À cet égard, il considère que, dans la mesure où il est établi que « la cession de Brandt Components n'avait aucun effet réel sur le principal marché sur lequel FagorBrandt opérait, la conclusion de la Commission selon laquelle, en substance, le cumul de cette mesure compensatoire avec celle consistant en l'arrêt de la commercialisation de certains de ces produits pendant cinq ans sous la marque Vedette permettait de limiter de manière proportionnée les effets négatifs sur la concurrence générés par l'octroi de l'aide en cause est nécessairement erronée» mais il ajoute qu'il ne lui appartient pas « de se substituer à la Commission en procédant à un examen de la question de savoir si cette dernière mesure compensatoire était à elle seule suffisante pour limiter les effets négatifs sur la concurrence résultant de l'octroi de l'aide en cause et en supputant les conclusions que la Commission aurait dû tirer dudit examen». Suite à cet arrêt, la Commission a adopté une nouvelle décision conditionnelle, le 25 juillet 2012, qui a été à nouveau contestée (371).

(iii) *Le cas particulier du sauvetage et de la restructuration des banques en difficulté*

140. — L'affaire *Banco Privado Português* (BPP) donne l'occasion aux juges de l'Union de rappeler le caractère nécessaire temporaire et conditionné des aides d'urgence aux banques en difficulté. La Commission, après avoir autorisé à titre provisoire une aide d'urgence sous forme de garantie des autorités portugaises à BPP, avait constaté que ces dernières n'avaient pas présenté un plan de restructuration de la BPP dans un délai de six mois comme elles s'y étaient engagées et avaient prolongé la garantie. Elle avait dès lors adopté une décision dans laquelle elle avait constaté que la condition à laquelle l'approbation de la mesure d'aide était subordonnée n'avait pas été respectée et avait par conséquent déclaré cette aide incompatible avec le marché intérieur.

Le Tribunal (372), saisi d'un recours à l'encontre de cette décision, a jugé que la Commission avait fidèlement suivi les critères pertinents énoncés dans sa communication relative aux institutions financières en difficulté, inspirés des lignes directrices relatives au sauvetage et la restructuration des entreprises en difficulté, selon lesquels une aide au sauvetage ne peut être que provisoire et réversible, limitée à une période de six mois, et doit être

(371) Affaire T-118/13, *Whirlpool Europe c. Commission*.

(372) Trib., 12 décembre 2014, T-487/11, *Banco Privado Português c. Commission*, EU:T:2014:1077.

suivi de la présentation soit d'un plan de restructuration ou de liquidation, soit de la preuve que le prêt a été intégralement remboursé et, dans le cas d'une garantie d'État, qu'il a été mis fin à celle-ci.

La Cour (373) a aussi eu à connaître de cette décision à la suite d'une question préjudicielle posée par le Tribunal de commerce de Lisbonne que les mêmes requérants, des créanciers de la BPP, avaient également saisi (374). La juridiction de renvoi s'interrogeait sur la possibilité pour la Commission de déclarer une aide préalablement autorisée incompatible *ab initio*, et non à dater de sa prolongation illégale en juin 2009. La Cour rappelle que la légalité d'une aide et sa compatibilité sont deux notions différentes et que, dès lors que la première décision était une décision provisoire assortie de conditions qui n'avaient pas été respectées, elle ne faisait pas obstacle à l'adoption d'une autre décision qui constate l'incompatibilité de l'aide *ab initio*. La Cour rejette aussi l'argument selon lequel la limitation dans le temps d'une aide au sauvetage d'une entreprise et l'obligation de présenter un plan de restructuration constitueraient de simples formalités sans incidence sur la compatibilité de l'aide, en indiquant que ces conditions sont déterminantes pour apprécier la nécessité et la proportionnalité de l'aide.

141. — L'affaire *Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband* (375) soulève la question de savoir si la Commission pouvait examiner la garantie litigieuse à la lumière des lignes directrices «générales» sur le sauvetage et la restructuration des entreprises en difficulté, dès lors qu'elle avait considéré que cette garantie pouvait remédier à une grave perturbation de l'économie allemande (376). Il commence par relever que l'application des principes énoncés dans ces lignes directrices avait été annoncée par la communication d'application de l'article 107, paragraphe 3, b), sur la compatibilité des mesures prises par les États membres en raison de la

(373) CJ, 5 mars 2015, C-667/13, *Banco Privado Português*, précité.

(374) La Cour a estimé que les questions en validité étaient recevables en dépit de la jurisprudence dite *TYD* (CJ, C-188/92). Elle souligne que cette jurisprudence vise à interdire à un requérant, qui aurait pu introduire un recours en annulation à l'encontre d'une décision de la Commission et ne l'a pas fait, de contourner le caractère définitif de la décision en contestant sa validité devant une juridiction nationale mais qu'elle n'a pas pour objet d'empêcher des recours parallèles ou d'imposer à un requérant de n'utiliser qu'une voie de recours et une seule.

(375) CJ, 17 juillet 2014, précité.

(376) Depuis lors, dans sa communication sur le retour à la viabilité et l'appréciation des mesures de restructuration prises dans le secteur financier dans le contexte de la crise actuelle, conformément aux règles relatives aux aides d'État, la Commission a exposé comment elle ferait application de la communication sur la restructuration des entreprises en difficulté aux banques en difficulté.

crise financière. Il s'attache, dans un deuxième temps, à démontrer que ces critères peuvent effectivement être pertinents pour l'évaluation de la compatibilité d'une aide considérée comme nécessaire pour remédier à une perturbation grave d'une économie. Il souligne ainsi qu'une banque (377) dont la viabilité économique est compromise au point de mettre en danger son existence doit nécessairement être considérée comme une entreprise en difficulté. S'agissant de l'exigence de viabilité à terme de l'entreprise restructurée, il relève que la Commission est, en principe, fondée à considérer que la restructuration d'une banque d'importance systémique dont la viabilité n'est pas assurée ne peut pas contribuer à remédier durablement aux perturbations provoquées dans l'économie d'un État membre par les difficultés financières rencontrées par cette banque ou par le secteur financier dans son ensemble. Enfin, le Tribunal considère que la Commission ne méconnaît pas l'article 107, paragraphe 3, sous b), TFUE lorsqu'elle subordonne une aide à la restructuration au respect de conditions visant à minimiser l'effet de cette aide sur la concurrence et lorsqu'elle décide d'autoriser les seules aides, limitées au strict minimum, nécessaires à assurer la restructuration du bénéficiaire afin qu'il puisse développer suffisamment ses activités en vue de remédier à une perturbation grave de l'économie.

142. — À la lecture de cet arrêt, il semble que la circonstance que la compatibilité des aides aux banques en difficulté est examinée par la Commission sur la base de l'article 107, paragraphe 3, point b), TFUE, a des incidences limitées sur les conditions auxquelles celle-ci peut subordonner l'autorisation de l'aide.

Ainsi, d'un côté, le Tribunal relève que, en l'espèce, la Commission a renoncé à exiger que la WestLB fournisse une contribution propre d'au moins 50% des coûts de restructuration car, compte tenu de la dette extérieure de la WestLB, il lui serait pratiquement impossible de satisfaire à cet objectif de contribution propre et que, en outre, il serait inopportun dans le contexte d'une crise financière systémique d'exiger de la WestLB une contribution exactement quantifiée. Le Tribunal semble ainsi accepter le fait que le choix de la Commission d'autoriser l'octroi de la garantie litigieuse en faveur de la WestLB en vertu de la dérogation à l'interdiction des aides d'État prévue par l'article 107, paragraphe 3, sous b), a eu pour effet que l'autorisation soit subordonnée à certains égards à des conditions

(377) En l'espèce, la WestLB, dont la requérante, la Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband, un groupement de caisses d'épargne, était, à l'époque des faits, l'un des actionnaires.

moins strictes que celles normalement prévues par les lignes directrices sur le sauvetage et la restructuration.

Mais, d'un autre côté, en réponse à un argument de la requérante tiré de ce que la Commission se serait écartée de sa pratique décisionnelle, le Tribunal tient à souligner que « la nature et l'importance des conditions dont une décision peut être assortie, visant à assurer que le bénéficiaire sera viable à long terme, dépendent nécessairement de la situation économique du marché ou des marchés concernés ainsi que des difficultés économiques auxquelles le bénéficiaire est confronté ». Il en déduit que, dès lors, « rien ne permet d'exclure que ces conditions ne doivent pas être plus strictes, à certains égards, lorsque l'aide a été octroyée à une banque dans le cadre d'une grave crise financière. En effet, dans le contexte d'un marché largement fragilisé, il peut s'avérer davantage nécessaire de réduire la structure et le profil de risque d'une entreprise en difficulté pour garantir sa survie, sans qu'il puisse être exclu que cela exige de demander une modification de son actionnariat » (378).

143. — Dans l'affaire *ABN Amro* (379), le Tribunal a, cette fois, apprécié la compatibilité de la décision de la Commission relative à l'aide à la restructuration de cette banque à la lumière de ses différentes communications sur la restructuration des institutions financières en difficulté. La Commission avait assorti son autorisation d'une condition portant sur l'interdiction « d'acquiescer le contrôle de plus de 5% dans une entreprise quelle qu'elle soit », assortie d'une série d'exceptions. *ABN Amro* soutenait que cette interdiction était trop stricte par rapport aux principes contenus dans les communications dans la mesure où, « d'une part, elle s'applique à tout type d'entreprise et pas uniquement aux entreprises concurrentes ou aux institutions financières et, d'autre part, elle s'applique à partir de l'acquisition d'une participation minoritaire de 5% ».

Le Tribunal commence par souligner qu'il faut apprécier cette interdiction dans son contexte et non de manière isolée, « en tenant compte notamment de l'ensemble des objectifs des restructurations des banques ». Il relève alors que, dans les communications de la Commission, l'interdiction de procéder à des acquisitions est liée au « principe de la limitation du montant de l'aide au minimum nécessaire », qui est lui-même étroitement « lié à celui selon lequel le bénéficiaire doit contribuer de façon appropriée aux coûts de restructuration ». Le Tribunal en déduit que l'interdiction de procéder à des acquisitions « ne devait pas concerner uniquement des participations

(378) Points 219 à 221 de l'arrêt.

(379) Trib., 8 avril 2014, T-319/11, *ABN Amro c. Commission*, EU:T:2014:186.

dans des entreprises actives dans le secteur financier ou aux Pays-Bas, mais pouvait potentiellement concerner toute acquisition, l'objectif étant de faire en sorte que l'argent de la banque bénéficiaire de l'aide soit utilisé au remboursement de celle-ci avant qu'elle ne procède à des acquisitions». Il considère, pour les mêmes raisons, que la Commission pouvait interdire de manière générale les acquisitions correspondant à des participations de plus de 5 % dans une entreprise et ne pas se limiter aux participations de contrôle.

ABN Amro soutenait encore que les conditions qui lui avaient été imposées étaient nettement plus rigoureuses que celles appliquées à d'autres banques qui avaient bénéficié d'aides d'État au même moment. Le Tribunal reconnaît que, dans sa communication, la Commission avait indiqué qu'elle tiendrait compte dans son évaluation des différentes aides des autres décisions qu'elle adoptait au même moment mais il souligne le caractère difficilement comparable de décisions autorisant des aides d'État dans le secteur bancaire sur la base d'un plan de restructuration et soumises à diverses conditions. Il constate que les banques citées par ABN Amro présentent toutes des caractéristiques spécifiques; que, de plus, elles ont toutes contrairement à ABN Amro, été contraintes à des réductions de bilan et enfin qu'au moins deux autres banques avaient été soumises à une interdiction aussi stricte. Il rejette donc l'argument tiré de la violation du principe de l'égalité de traitement.

B. — L'article 106, paragraphe 2, TFUE

144. — L'article 106, paragraphe 2, TFUE prévoit que les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général «sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie».

Cette disposition permet de justifier la compatibilité de mesures de compensations de missions de service d'intérêt économique général, qui ne rempliraient pas toutes les conditions *Altmark*, étant entendu que la notion «d'obligation de service public» visée à l'arrêt *Altmark* correspond à celle de «services d'intérêt économique général» utilisée à l'article 106, paragraphe 2, TFUE (380).

En effet, le Tribunal a rappelé à plusieurs reprises que les critères *Altmark* ont eu «pour seul et unique objet la qualification de la mesure en cause d'aide d'État, aux fins de la détermination de l'existence d'une obligation

(380) Trib., 7 novembre 2012, précité, point 98; 16 juillet 2014, précité, point 72.

de notification de cette mesure à la Commission, dans l'hypothèse d'une aide nouvelle, ou de coopération avec cette institution, dans le cas d'une aide existante» (381) mais, ensuite, la Cour a «opéré une distinction entre la question de la qualification d'une mesure comme aide d'État», résultant de la non-réunion des quatre conditions *Altmark*, et celle de sa compatibilité avec le marché intérieur, qui doit être appréciée en application de l'article 106, paragraphe 2, TFUE (382).

Le Tribunal a aussi posé en règle que, pour qu'une «aide d'État au sens de l'article 107 TFUE puisse être déclarée compatible avec le marché intérieur en vertu de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, les conditions suivantes doivent être réunies: d'une part, l'opérateur concerné doit être chargé d'une mission de service d'intérêt économique général par un acte de puissance publique qui définit clairement les obligations de service d'intérêt économique général en cause; d'autre part, ledit opérateur ne doit pas percevoir de compensation excessive et le financement étatique ne doit pas affecter la concurrence sur le marché extérieur de manière disproportionnée» (383).

Ces trois conditions s'inspirent de celles posées par l'arrêt *Altmark*, «en particulier les trois premières d'entre elles» (384), ce qui pose la question de l'articulation entre les conditions *Altmark* et celles permettant l'application de l'article 106, paragraphe 2, TFUE.

145. — Cette question est au centre de l'arrêt *Viasat c. Commission* (385). Dans cette affaire, en effet, la décision de la Commission relative au financement de TV2, a fait l'objet d'un recours non seulement de TV2, soutenant que les conditions *Altmark* étaient remplies (386) mais aussi d'un concurrent qui faisait valoir, quant à lui, en substance que la Commission avait commis une erreur de droit en considérant les mesures concernées comme compatibles avec le marché intérieur au regard de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, alors que ces mesures ne répondaient pas aux deuxième et quatrième conditions *Altmark* (387).

(381) Voy. à ce sujet, le chapitre II.

(382) Trib., 16 octobre 2013, T-275/11, *TFI c. Commission*, EU:T:2013:535, point 129; Trib., 24 septembre 2015, T-125/12, *Viasat c. Commission*, EU:T:2015:687, n° 77.

(383) Trib., 11 juillet 2014, *Telefónica de España c. Commission*, T-151/11.

(384) CJ, 8 mai 2013, *Libert*, point 100; Trib., 7 novembre 2012, précité, point 83.

(385) Trib., 24 septembre 2015, *Viasat c. Commission*, précité.

(386) Voy. à ce sujet, *supra*, n°s 61 et 63.

(387) Rappels que le Tribunal a jugé que la Commission avait commis une erreur de droit en considérant que la deuxième condition *Altmark* n'était pas remplie mais que, dès lors qu'elle avait à juste titre conclu que la quatrième n'était pas respectée, le financement était une aide.

Le Tribunal souligne que, si certaines des conditions permettant de considérer qu'une aide est compatible avec le marché intérieur sur la base de l'article de 106, paragraphe 2, TFUE présentent « une certaine similitude avec les conditions *Altmark* », il doit cependant être tenu compte du fait qu'il s'agit, dans les deux cas, de répondre à une question fondamentalement différente (388).

À cet égard, le Tribunal rappelle que la fonction des quatre conditions *Altmark* est de déterminer si l'État, « pour assurer la fourniture d'un service d'intérêt économique général, verse à l'entreprise qui assure ce service une contrepartie financière qui correspond au prix de ce service dans des conditions normales de marché », de sorte que cette entreprise n'a obtenu aucun avantage et il n'est même pas question d'aide d'État, « l'une des conditions essentielles pour une telle qualification de la mesure en cause faisant défaut » (389). Il ajoute que, dans ce contexte, il existe entre les trois dernières conditions *Altmark* « une cohérence interne et, en ce sens, une certaine interdépendance ». Ainsi, « l'établissement de paramètres objectifs et transparents pour le calcul de la compensation, comme le requiert la deuxième condition *Altmark*, constitue un préalable nécessaire pour contrôler le respect de la troisième condition *Altmark* », tandis que la quatrième condition vient compléter la deuxième, « en imposant que les paramètres établis pour le calcul de la compensation versée à une entreprise chargée de l'exécution d'obligations de service public » soient de nature à garantir une certaine efficacité économique de l'entreprise dans l'exécution de ce service (390).

En revanche, « la qualification d'une mesure d'aide compatible avec le marché intérieur, au regard de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, est fondée sur la prémisse selon laquelle la mesure en question constitue une aide. En d'autres termes, dans le cas d'une entreprise qui assure un service d'intérêt économique général, une telle qualification présuppose nécessairement que l'entreprise en question obtienne, en contrepartie de la fourniture de ce service, un avantage qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché » (391).

146. — Sur la base de ces considérations générales, le Tribunal indique alors que, « si la troisième condition *Altmark* coïncide largement avec le critère de la proportionnalité tel que retenu par la jurisprudence dans le

(388) Points 62 et 63 de l'arrêt.

(389) Points 55 à 57 de l'arrêt.

(390) Points 81 et 82 de l'arrêt.

(391) Point 61 de l'arrêt.

cadre de l'application de l'article 106, paragraphe 2, TFUE », le contexte et l'objectif de ce critère sont chaque fois différents. En effet, l'application de l'article 106, paragraphe 2, TFUE « présuppose l'existence d'une aide d'État, ce qui signifie par définition que le service d'intérêt général en cause n'est pas fourni dans des conditions normales de marché ». Dès lors, le critère de la proportionnalité vise uniquement à prévenir que « l'opérateur chargé du service d'intérêt économique général bénéficie d'un financement dépassant les coûts nets du service » et, dans ce cadre, « les coûts d'un service d'intérêt économique général dont il convient de tenir compte lors de l'application de l'article 106, paragraphe 2, TFUE sont les coûts réels de ce service tels qu'ils sont, et non tels qu'ils auraient pu ou dû être, sur la base de critères de calcul objectifs et transparents, fondés sur l'exemple d'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée ».

Comme l'a également souligné le Tribunal dans son arrêt précité du 16 octobre 2013, « la question de savoir si une entreprise chargée du service public de la radiodiffusion pourrait, par le biais d'une organisation plus efficace, remplir ses obligations de service public à un moindre coût est dénuée de pertinence » et « l'efficacité économique d'une entreprise dans l'accomplissement de sa mission de service public ne peut être utilement invoquée pour contester l'appréciation de la Commission quant à la compatibilité avec le marché intérieur d'une aide d'État lui étant destinée » (392).

Le Tribunal conclut donc que « l'éventuel non-respect des deuxième et quatrième conditions *Altmark*, quoique pertinent pour l'examen de la question de savoir si un tel service est fourni dans des conditions normales de marché, n'est pas pertinent lors de l'appréciation de la proportionnalité de l'aide dans le cadre de l'application de l'article 106, paragraphe 2, TFUE ». Il ajoute que « la thèse de la requérante conduit, en définitive, à exiger que les services économiques d'intérêt général soient toujours fournis dans des conditions normales de marché ». Or, si une telle exigence était acceptée, l'application des règles de concurrence « risquerait de faire échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière impartie aux entreprises chargées de la gestion de service d'intérêt économique général » et conduirait « à une impasse logique », dès lors qu'une mesure qui respecte toutes les conditions *Altmark* n'est pas une aide d'État et n'a donc pas à être appréciée au regard de l'article 106, paragraphe 2, TFUE (393).

(392) Points 134 et 138 de l'arrêt. Voy. dans le même sens, Trib., 7 novembre 2012, précité, point 291 : « la prétendue condition relative à l'efficacité économique d'une entreprise dans la fourniture du SIEG ne ressort aucunement de la décision 2005/842, applicable en l'espèce ».

(393) Point 90 de l'arrêt.

Cet arrêt fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour, qui devrait donc enfin être amenée à préciser à quelles conditions une compensation de service public qui ne respecte pas tous les critères qu'elle a fixés dans son arrêt *Altmark* peut néanmoins être autorisée en application de l'article 106, paragraphe 2, TFUE (394).

(à suivre)

Table des arrêts

Table des arrêts analysés dans la présente chronique

(Renvoi aux paragraphes où les arrêts sont cités)

Seuls figurent dans cette table les arrêts rendus entre le 1^{er} janvier 2011 et le 31 décembre 2015.

Les arrêts antérieurs à 2011 figurent dans les notes de bas de page de la chronique.

Cour de justice

- 9 juin 2011, C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P, *Comitato « Venezia viole vivere » c. Commission*, EU:C:2011:368 : 7, 98, 113.
 9 juin 2011, C-465/09 P, *Diputación Foral de Vizcaya e.a. c. Commission*, EU:C:2011:372 : 123, 129.
 21 juillet 2011, C-459/10 P, *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt c. Commission*, EU:C:2011:515 : 112, 125.
 28 juillet 2011, C-403/10 P, *Mediaset c. Commission*, EU:C:2011:533 : 13, 66, 117.
 8 septembre 2011, C-78/08, *Paint Graphos*, EU:C:2011:550 : 17, 72.
 8 septembre 2011, C-279/08 P, *Commission c. Pays-Bas*, EU:C:2011:551 : 3, 16, 80, 95, 96.
 15 septembre 2011, C-544/09 P, *Allemagne c. Commission*, EU:C:2011:584 : 111.
 22 septembre 2011, C 148/09 P, *Belgique c. Deutsche Post et DHL international*, EU:C:2011:603 : 17.
 15 novembre 2011, C-106/09 P et C-107/09 P, *Commission c. Gouvernement of Gibraltar et Royaume-Uni*, EU:C:2011:732 : 7, 123.
 24 novembre 2011, C-458/09 P, *Italie c. Commission*, EU:C:2011:769 : 67, 113.
 8 décembre 2011, C-81/10 P, *France Télécom c. Commission*, EU:C:2011:811 : 3, 7, 8, 18.
 8 décembre 2011, C-275/10, *Residex*, EU:C:2011:814 : 15, 69.
 29 mars 2012, C-417/10, *3M Italia SpA*, EU:C:2012:184 : 77.
 21 juin 2012, C-452/10 P, *BNP Paribas et BNL c. Commission*, EU:C:2012:36 : 4, 31, 74.
 19 décembre 2012, C-288/11 P, *Mitteldeutsche Flughafen c. Commission*, EU:C:2012:321 : 11.

(394) Affaire C-660/15 P, *Viasat Broadcasting UK c. Commission*.

- 24 janvier 2013, C-73/11 P, *Frucona Košice c. Commission*, EU:C:2013:32 : 5.
 19 mars 2013, C-399/10 P et C-401/10 P, *Bouygues c. Commission*, EU:C:2013:175 : 3, 25, 71, 97.

- 21 mars 2013, C-405/11 P, *Commission c. Bucek Automotive*, EU:C:2013:186 : 5, 43, 45.
 8 mai 2013, C-197/11 et C-203/11, *Libert*, EU:C:2013:288 : 58, 61, 98, 102, 147.
 30 mai 2013, C-677/11, *Doux élevage*, EU:C:2013:348 : 92.

- 13 juin 2013, C-630/11 P à C-633/11 P, *HGA e.a. c. Commission*, EU:C:2013:387 : 110.
 13 juin 2013, C-287/12 P, *Ryanair c. Commission*, EU:C:2013:525 : 71.
 18 juillet 2013, C-6/12, *P Oy*, EU:C:2013:525 : 71.

- 24 octobre 2013, C-214/12 P, C-215/12 P et C-223/12 P, *Land Burgenland e.a. c. Commission*, EU:C:2013:682 : 27, 32, 46.

- 10 décembre 2013, C-272/12 P, *Commission c. Irlande*, EU:C:2013:812 : 4, 87.

- 19 décembre 2013, C-262/12, *Vent de colère I*, EU:C:2013:851 : 86, 90.

- 20 mars 2014, C-271/13 P, *Rousse Industry c. Commission*, EU:C:2014:17 : 44.

- 3 avril 2014, C-224/12 P, *Commission c. Pays-Bas et ING Groep*, EU:C:2014:213 : 29, 138.

- 3 avril 2014, C-559/12 P, *France c. Commission*, EU:C:2014:217 : 21.

- 4 septembre 2014, C-533/12 P et C-536/12 P, *SNCM c. Corsica Ferries France*, EU:C:2014:2142 : 4, 5, 34.

- 17 septembre 2014, C-242/13, *Commerz Nederland*, EU:C:2014:2224 : 85.

- 9 octobre 2014, C-522/13, *Navantia*, EU:C:2014:2226 : 7, 17.

- 22 octobre 2014, C-620/13 P, *British Telecommunications c. Commission*, EU:C:2014:230 : 7, 75.

- 14 janvier 2015, C-518/13, *Eventech*, EU:C:2015:9 : 6, 20, 81, 96, 97.

- 11 février 2015, C-624/13 P, *Ilid e.a. c. Commission*, EU:C:2015:112 (ordonnance) : 59.

- 19 mars 2015, C-672/13, *OTP Bank*, EU:C:2015:185 : 15, 69, 98.

- 16 avril 2015, C-690/13, *Trapeza Eurobank Ergasias*, EU:C:2015:235 : 6, 95, 97.

- 4 juin 2015, C-151/14 P, *Commission c. MOL*, EU:C:2015:362 : 6, 71.

- 16 juillet 2015, C-39/14, *BVVG*, EU:C:2015:470 : 6, 46.

- 1^{er} octobre 2015, C-357/14 P, *Electrabel et Dunamenti Erőmű c. Commission*, EU:C:2015:642 : 53.

- 6 octobre 2015, C-303/13 P, *Commission c. Andersen*, EU:C:2015:647 : 126, 129.

- 22 octobre 2015, C-185/14, *EasyPay et Finance Engineering*, EU:C:2015:716 : 14.

- 22 octobre 2015, C-530/14 P, *Grèce c. Commission*, EU:C:2015:727 (ordonnance) : 19.

Tribunal

- 24 mars 2011, T-443/08 et T-455/08, *Freistaat Sachsen c. Commission*, EU:T:2011:117 : 11, 31.

- 12 mai 2011, T-267/08 et T-279/08, *Région Nord-Pas-de-Calais c. Commission*, EU:T:2011:209 : 41, 83.

- 17 mai 2011, T-1/08, *Bucek Automotive c. Commission*, EU:T:2011:216 : 3, 7, 45, 103.
 14 juillet 2011, T-357/02 RENV, *Freistaat Sachsen c. Commission*, EU:T:2011:376 : 113, 125.

- 20 septembre 2011, T-594/08, T-408/08, T-453/08 et T-454/08, *Regione autonoma della Sardegna c. Commission*, EU:T:2011:493 : 108, 114.

- 20 octobre 2011, T-579/08, *Eridania c. Commission*, EU:T:2011:608 : 98, 104.

- 18 janvier 2012, T-422/07, *Djebel c. Commission*, EU:T:2012:11 : 7, 98, 99, 115.

- 13 février 2012, T-80/06 et T-182/09, *Budapesti Erőmű c. Commission*, EU:T:2012:65: 53.
 14 février 2012, T-115/09 et T-116/09, *Electrolux c. Commission*, EU:T:2012:76: 106, 119, 138, 139.
 28 février 2012, T-268/08, *Land Burgenland et Autriche c. Commission*, EU:T:2012:90: 32, 46.
 28 février 2012, T-282/08, *Grazer Wechselseitige Versicherung c. Commission*, EU:T:2012:91: 46, 106.
 2 mars 2012, T-29/10 et T-33/10, *Pays-Bas c. Commission*, EU:T:2012:98: 4, 29, 138.
 7 mars 2012, T-210/02 RENV, *British Aggregates c. Commission*, EU:T:2012:110: 73.
 21 mars 2012, T-50/06 RENV, T-56/06 RENV, T-60/06 RENV, T-62/06 RENV et T-69/06 RENV, *Irlande e.a. c. Commission*, EU:T:2012:134.
 28 mars 2012, T-123/09, *Ryanair c. Commission*, EU:T:2012:164: 4, 52.
 10 juillet 2012, T-304/08, *Sinurfi Kappa Group c. Commission*, EU:T:2012:351: 106, 124.
 11 septembre 2012, T-565/08, *Corsica Ferries c. Commission*, EU:T:2012:415: 3, 5, 16, 31, 32, 33, 58, 59.
 13 septembre 2012, T-379/09, *Italie c. Commission*, EU:T:2012:422: 68, 98.
 20 septembre 2012, T-154/10, *France c. Commission*, EU:T:2012:452: 21.
 27 septembre 2012, T-139/09, *France c. Commission*, EU:T:2012:496: 88, 89.
 7 novembre 2012, T-137/10, *CBI c. Commission*, EU:T:2012:584: 57, 58, 61.
 15 janvier 2013, T-182/10, *Aiscat c. Commission*, EU:T:2013:9: 94.
 27 février 2013, T-387/11, *Nitrogénművek Végyipari c. Commission*, EU:T:2013:98: 41.
 20 mars 2013, T-92/11, *Andersen c. Commission*, EU:T:2013:143: 130.
 20 mars 2013, T-489/11, *Rousse Industry c. Commission*, EU:T:2013:144: 44.
 3 juillet 2013, T-209/11, *MB System c. Commission*, EU:T:2013:338: 31.
 12 septembre 2013, T-347/09, *Allemagne c. Commission*, EU:T:2013:418: 12, 22, 62, 100.
 13 septembre 2013, T-551/10, *Fri-El Aceira c. Commission*, EU:T:2013:430: 106, 110.
 13 septembre 2013, T-525/08, *Poste Italiana c. Commission*, EU:T:2013:481: 54.
 16 septembre 2013, T-226/09 et T-230/09, *British Telecom c. Commission*, EU:T:2013:466: 3, 7, 8.
 16 septembre 2013, T-325/10, *Iliad c. Commission*, EU:T:2013:472: 57, 59.
 16 octobre 2013, T-275/11, *TF1 c. Commission*, EU:T:2013:535: 122.
 8 avril 2014, T-319/11, *ABN Amro c. Commission*, EU:T:2014:186: 116, 146.
 9 avril 2014, T-150/12, *Grèce c. Commission*, EU:T:2014:191: 15, 107, 132.
 30 avril 2014, T-179/09, *Dunamenti Erőmű c. Commission*, EU:T:2014:236: 31, 53.
 3 juillet 2014, T-319/12 et T-321/12, *Espagne c. Commission*, EU:T:2014:604: 4.
 11 juillet 2014, T-151/11, *Telefónica de España c. Commission*, EU:T:2014:631: 122, 147.
 16 juillet 2014, T-295/12, *Allemagne c. Commission*, EU:T:2014:675: 7, 16, 58, 147.
 17 juillet 2014, T-457/09, *Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband c. Commission*, EU:T:2014:683: 107, 141.
 9 septembre 2014, T-461/12, *Lübeck c. Commission*, EU:T:2014:758: 78.
 11 septembre 2014, T-425/11, *Grèce c. Commission*, EU:T:2014:768: 19.
 7 novembre 2014, T-219/10, *Autogrill España c. Commission*, EU:T:2014:939 et T-399/11, *Banco Santander et Santitas c. Commission*, EU:T:2014:938: 80.
 25 novembre 2014, T-512/11, *Ryanair c. Commission*, EU:T:2014:989: 79.
 3 décembre 2014, T-57/11, *Castelnuovo Energia c. Commission*, EU:T:2014:1021: 58, 121.
 11 décembre 2014, T-251/11, *Autriche c. Commission*, EU:T:2014:1060: 86, 94.
 12 décembre 2014, T-487/11, *Banco Privado Português c. Commission*, EU:T:2014:1077: 140.

- 8 janvier 2015, T-58/13, *Club Hotel Loutraki c. Commission*, EU:T:2015:1: 48.
 15 janvier 2015, T-1/12, *France c. Commission*, EU:T:2015:17: 108, 137.
 5 février 2015, T-500/12, *Ryanair c. Commission*, EU:T:2015:73, et T-473/12, *Aer Lingus c. Commission*, EU:T:2015:78: 22, 79.
 26 février 2015, T-135/12, *France c. Commission*, EU:T:2015:116: 7, 8, 108.
 25 mars 2015, T-538/11, *Belgique c. Commission*, EU:T:2015:188: 3, 10, 16.
 13 mai 2015, T-511/09, *Niki Luffahrt c. Commission*, EU:T:2015:284: 106, 123, 137.
 30 juin 2015, T-186/13, T-190/13 et T-193/13, *Pays-Bas c. Commission*, EU:T:2015:447: 31, 35, 50.
 2 juillet 2015, T-425/04 RENV et T-444/04 RENV, *France c. Commission*, EU:T:2015:450: 6, 24, 35, 56.
 24 septembre 2015, T-674/11, *TV2/Danmark c. Commission*, EU:T:2015:684: 57, 61, 63, 88, 93.
 24 septembre 2015, T-125/12, *Viasat c. Commission*, EU:T:2015:687: 148.
 28 octobre 2015, T-253/12, *Hammar Nordic Plugg c. Commission*, EU:T:2015:811: 6, 31, 46, 48.
 26 novembre 2015, T-461/13, *Espagne c. Commission*, EU:T:2015:891: 57, 58.
 9 décembre 2015, T-233/11 et T-262/11, *Grèce c. Commission*, EU:T:2015:948: 46, 51.
 17 décembre 2015, T-242/12, *SNCF c. Commission*, EU:T:2015:1003: 30.
 17 décembre 2015, T-515/13 et T-719/13, *Espagne e.a. c. Commission*, EU:T:2015:1004: 82, 103.