



Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Aides d'État

Chroniques | Concurrences N° 1-2019 | pp. 127-163

Jacques Derenne

jderenne@sheppardmullin.com

Avocat

Sheppard Mullin, Bruxelles

Professeur

Université de Liège, Brussels School of Competition

Bruno Stromsky

bruno.stromsky@ec.europa.eu

Membre du service juridique

Commission européenne, Bruxelles

Raphael Vuitton

raphael.vuitton@curia.europa.eu

Référéndaire

Tribunal de l'Union européenne, Luxembourg

Aides d'État

Jacques Derenne*

jderenne@sheppardmullin.com

Avocat Sheppard Mullin, Bruxelles

Professeur Université de Liège,
Brussels School of Competition

Bruno Stromsky**

bruno.stromsky@ec.europa.eu

Membre du service juridique Commission européenne, Bruxelles

Raphael Vuitton**

raphael.vuitton@curia.europa.eu

Référéndaire Tribunal de l'Union européenne, Luxembourg

1. Cour de justice

127 La Cour de justice juge recevable un recours en annulation introduit par un concurrent et annule le régime d'aides considérant que l'impossibilité absolue de récupération n'était pas démontrée

CJUE, 6 nov. 2018, *Scuola Elementare Maria Montessori*, aff. C-622/16 P à C-624/16 P, EU:C:2018:229

129 La Cour de justice condamne la Grèce pour récupération tardive d'aides incompatibles accordées à une entreprise propriétaire d'un chantier naval

CJUE, 14 nov. 2018, *Commission c/ Grèce*, aff. C-93/17, EU:C:2018:315

131 La Cour de justice estime que la réforme du régime allemand de financement de l'audiovisuel public ne modifie pas une aide existante

CJUE, 13 déc. 2018, *Rittinger e.a.*, aff. C-492/17, EU:C:2018:1019

2. Tribunal

133 Le Tribunal rejette les recours des entreprises bénéficiaires d'aides, accordées par la Belgique au secteur sidérurgique

Trib. UE, 18 sept. 2018, *Duferco Long Products*, aff. T-93/17, EU:T:2018:558 ; Trib. UE, 11 déc. 2018, *BTB e.a.*, aff. T-100/17, EU:T:2018:900

136 Le Tribunal annule une décision déclarant compatible des aides à l'acquisition de terrains accordées à des organisations de protection de la nature

Trib. UE, 15 oct. 2018, *Vereniging Geijkberechtiging Grondbestitters e.a.*, aff. T-79/16, EU:T:2018:680

137 Le Tribunal annule une décision de ne pas soulever d'objection à l'encontre d'un régime d'aides au marché de capacité énergétique

Trib. UE, 15 nov. 2018, *Tempus Energy e.a.*, aff. T-793/14, EU:T:2018:790

140 Le Tribunal rejette les recours contre une décision déclarant compatibles avec l'article 106, § 2, TFUE diverses mesures modifiées à la suite d'engagements des autorités néerlandaises

Trib. UE, 15 nov. 2018, *Stichting Woonlinie e.a.*, aff. jtes T-202/10 RENV II et T-203/10 RENV II, EU:T:2018:795

143 Le Tribunal juge que l'octroi par un juge national d'une compensation rétroactive de service public en l'absence de définition précise de la mission de service public constitue une aide nouvelle illégale et incompatible

Trib. UE, 29 nov. 2018, *ARFEA*, aff. T-720/16, EU:T:2018:853

145 Le Tribunal annule une obligation ajoutée à l'obligation de récupération des aides incompatibles, à savoir

l'interdiction qui était faite à l'Etat membre de verser les montants garantis aux associés personnes physiques non identifiées comme bénéficiaires

Trib. UE, 7 déc. 2018, *Belgique c/ Commission*, aff. T-664/14, EU:T:2018:890

149 Le Tribunal annule l'intégralité d'une décision relative à l'aide au financement de tests de qualité du lait en Bavière, pour violation du droit des parties intéressées d'être associées à la procédure

Trib. UE, 12 déc. 2018, *Freistaat Bayern*, aff. T-683/15, EU:EU:T:2018:916 ; Trib. UE, 12 déc. 2018, *Interessengemeinschaft privater Milchverarbeiter Bayerns e.a.*, aff. jtes. T-722/15 à T-724/15, EU:T:2018:920

151 Le Tribunal confirme une décision déclarant illégales et incompatibles des aides résultant d'augmentations de capital d'une société d'assistance en escale effectuées par le gestionnaire d'un aéroport détenu par une entité publique

Trib. UE, 13 déc. 2018, *Comune di Milano*, aff. T-167/13, EU:T:2018:940

155 Le Tribunal annule, pour défaut de motivation, une décision jugeant que la poursuite des activités du bénéficiaire, à la suite de la décision du comité des créanciers, ne constituait pas une aide d'État

Trib. UE, 13 déc. 2018, *AlzChem*, aff. T-284/15, EU:T:2018:950

157 Le Tribunal annule partiellement une décision de ne pas soulever d'objections à l'encontre d'une aide relative à un important projet d'intérêt européen commun

Trib. UE, 13 déc. 2018, *Scandlines Danmark e.a.*, aff. T-630/15, EU:T:2018:942

159 Le Tribunal confirme les décisions déclarant, d'aides d'État illégales et incompatibles, les avantages consentis à des entreprises à bas coût via des contrats de services aéroportuaires et marketing

Trib. UE, 13 déc. 2018 (6 arrêts), *Ryanair*, aff. T-165/16, T-165/15 et T-111/15 (EU:T:2018:952 à 954), aff. T-53/16 (EU:T:2018:943), aff. T-77/16 (EU:T:2018:947) et *Transavia Airlines*, aff. T-591/15 (EU:T:2018:946)

3. France

161 Le Conseil d'État estime que la responsabilité de l'État ne peut être engagée en raison de la mise en œuvre d'une aide existante avant l'intervention de la Commission constatant son incompatibilité

CE, 25 oct. 2018, *Ryanair*, n° 408789, FR:CECHR:2018:408789.20181025

1. Cour de justice de l'Union européenne

Recevabilité – Récupération – Impossibilité absolue : La Cour de justice de l'Union européenne juge recevable un recours en annulation introduit par un concurrent des bénéficiaires contre une décision de la Commission européenne relative à un régime d'aides et annule cette décision, considérant que l'impossibilité absolue de récupération de l'aide n'était pas démontrée (*CJUE, 6 nov. 2018, Scuola Elementare Maria Montessori c/ Commission et Italie, aff. C-622/16 P à C-624/16 P, EU:C:2018:229*)

L'arrêt *Montessori*, rendu par la Grande chambre, apparaît comme un tournant important en ce qui concerne la recevabilité des recours dirigés contre des décisions de la Commission portant sur des régimes d'aides, particulièrement lorsque ces décisions sont favorables à un État membre.

Alors qu'elle avait jusqu'à présent interprété de manière relativement stricte et prudente les modifications des conditions de recevabilité des recours en annulation introduites par le Traité de Lisbonne en faveur des personnes directement concernées par un acte réglementaire ne comportant pas de mesure d'exécution, elle a, cette fois, procédé à une ouverture significative du droit de recours devant le Tribunal.

L'autre grand intérêt de cet arrêt est d'avoir rappelé l'orthodoxie en ce qui concerne la notion d'impossibilité absolue de récupération, cette notion étant d'interprétation stricte. Sur ce dernier point, elle s'est éloignée de la solution retenue par le Tribunal en première instance (voir le commentaire de l'arrêt *Pietro Ferracci* du 15 sept. 2016 dans l'affaire T-219/13, EU:T:2016:485, *Concurrences* n° 1/2017).

Dans la décision attaquée, la Commission a déclaré illégal et incompatible avec le marché intérieur un régime d'aide d'État applicable en Italie avant le 1^{er} janvier 2012, sous la forme d'une exonération de la taxe municipale sur les biens immobiliers (l'"ICI"). Cette exonération bénéficiait aux entités non commerciales exerçant, dans les immeubles concernés, exclusivement des activités dans les domaines de l'assistance sociale, du bien-être, des soins de santé, de l'éducation, de l'hébergement, de la culture, des loisirs, des sports, de la religion et du culte, cette exonération étant également applicable à ces activités indépendamment de leur nature éventuellement commerciale.

Une autre partie de cette décision était toutefois beaucoup plus favorable à l'Italie et aux bénéficiaires de l'exonération. La Commission a en effet considéré qu'était absolument impossible la récupération de ces aides illégales et incompatibles. Elle a par ailleurs déclaré que ne constituait pas une aide d'État le régime qui a remplacé l'ICI à partir du 1^{er} janvier 2012 (la taxe municipale unique, l'"IMV"), l'exonération étant désormais limitée aux activités spécifiques exercées par des entités non commerciales selon des modalités non commerciales. C'est cette partie de la décision, favorable à l'Italie qui faisait l'objet de recours en annulation de la part de concurrents des bénéficiaires. La Commission, pour sa part, considérait que les recours en annulation auraient dû être déclarés irrecevables.

Sur la recevabilité

S'agissant d'une décision finale qui ne concernait pas individuellement les requérants, ces derniers ne pouvaient asseoir la recevabilité de leur recours en annulation que sur la nouvelle disposition introduite par le

* Avec la collaboration de Marie Lagrue et de Dimitris Vallindas, avocats, Sheppard Mullin, Bruxelles.

** Les opinions ici exprimées n'engagent que leur auteur et non l'institution à laquelle il appartient.

traité de Lisbonne en faveur des personnes directement concernées par un acte réglementaire ne comportant pas de mesures d'exécution.

La Commission avançait trois motifs d'irrecevabilité : la décision attaquée ne constituait pas un acte réglementaire au sens de l'article 263, paragraphe 4, TFUE ; elle ne concernait pas directement les requérants ; et enfin, elle comportait des mesures d'exécution.

La Cour rejette tour à tour chacun des motifs d'irrecevabilité avancés par la Commission.

Après avoir examiné le libellé, les travaux préparatoires et l'objectif de l'ajout effectué par le traité de Lisbonne, elle estime que la décision de la Commission relative à un régime d'aides d'État constitue un acte réglementaire. Le raisonnement de la Cour se fonde essentiellement sur deux piliers : d'une part, il n'existe pas d'acte de portée générale autre que les actes législatifs échappant à la catégorie des actes réglementaires visés par l'article 263 TFUE, et, d'autre part, les décisions de la Commission ayant pour objet d'autoriser ou d'interdire un régime national constituent de tels actes réglementaires, car elles ont une portée générale. Elles s'appliquent en effet à des situations déterminées objectivement et comportant des effets juridiques à l'égard d'une catégorie de personnes envisagées de manière générale et abstraite.

Il restait toutefois une difficulté : en effet, selon la jurisprudence, une décision ordonnant, dans le cadre d'un régime, la récupération d'aides illégales et incompatibles concerne individuellement les bénéficiaires menacés de récupération. Dans ces conditions, comment une décision portant sur la récupération peut-elle revêtir une portée générale ? La Cour précise sur ce point qu'une décision portant sur la non-récupération d'aides illégales et incompatibles relevant d'un régime fait perdurer les effets anticoncurrentiels de la mesure générale et abstraite que constitue cette exonération à l'encontre d'un nombre indéterminé de concurrents des bénéficiaires des aides et répond donc, à leur égard, à la définition d'un acte réglementaire.

S'agissant de l'affectation directe de la position des requérants, la Cour s'écarte de l'analyse suivie par le Tribunal, mais parvient à la même conclusion, au terme d'une substitution des motifs. Le Tribunal s'était en effet contenté d'observer la potentialité d'une relation de concurrence entre les requérants et les bénéficiaires de l'aide.

Selon la Cour, il faut démontrer que la décision de la Commission est susceptible de placer les requérants dans une situation concurrentielle désavantageuse, mais tel est bien le cas en l'espèce car leurs établissements respectifs étaient situés à proximité immédiate d'entités ecclésiastiques ou religieuses, a priori éligibles à l'exonération litigieuse, qui exerçaient des activités semblables aux leurs et étaient donc actifs sur le même marché de service et sur le même marché géographique.

La Cour refuse en revanche de suivre l'argumentation de la Commission tirée de la jurisprudence relative à la recevabilité des recours dans le domaine de la politique

agricole commune selon laquelle un simple désavantage concurrentiel résultant pour les requérants de la décision attaquée était insuffisant pour que cette décision soit considérée comme affectant directement leur situation juridique.

La Commission soutenait encore que la décision attaquée comportait des mesures d'exécution. La Cour observe cependant que seules peuvent être prises en compte les mesures d'exécution à l'égard du requérant. Or la décision de ne pas ordonner la récupération des aides illégales et incompatibles ne nécessite pas de mesure d'exécution à leur égard. Quant à la partie de la décision constatant que certaines mesures ne constituent pas des aides, elle n'emporte des mesures d'exécution qu'à l'égard des bénéficiaires et non de leurs concurrents.

Le pourvoi formé par la Commission est donc rejeté par la Cour.

Les implications de cet arrêt sont importantes. Jusqu'à présent, l'accès au prétoire, pour les requérants non privilégiés, était limité en ce qui concerne les décisions finales après ouverture dans le domaine des aides d'État. Désormais un simple concurrent de l'un des bénéficiaires d'un régime d'aides visant un nombre indéterminé d'entreprises pourra en principe attaquer une décision finale si elle comporte des dispositions favorables à l'État dispensateur de l'aide.

Il semble bien que la Cour ait été confrontée à un dilemme : en l'espèce, les concurrents des bénéficiaires n'avaient pas d'accès au juge national pour contester les mesures litigieuses et la Cour était donc confrontée au risque d'un déni de justice, qui aurait été directement contraire à la finalité de l'ajout apporté par le traité de Lisbonne à l'article 263, paragraphe 4 TFUE. L'alternative était une ouverture assez large du droit de recours devant le Tribunal, au risque d'une augmentation sensible du volume contentieux et de certaines incohérences dans le système des voies de recours : rappelons par exemple, que lorsque la décision finale de la Commission autorise une aide individuelle, le requérant non privilégié doit prouver que sa position concurrentielle est substantiellement affectée par cette dernière, ce qui constitue en pratique une démonstration très exigeante.

Sur l'impossibilité absolue de récupérer les aides illégales et incompatibles

En ce qui concerne l'impossibilité absolue de récupérer les aides illégales et incompatibles, la Cour refuse de suivre certaines considérations théoriques des requérants, mais leur donne raison en pratique sur l'essentiel.

La Cour, suivant les conclusions de l'Avocat général, admet que le principe selon lequel «à l'impossible nul n'est tenu» fait partie des principes généraux de droit de l'Union. Elle ne voit pas non plus d'objection de principe à ce que cette impossibilité soit constatée dans la décision finale négative de la Commission. Elle indique que la Commission ne saurait adopter, sous peine d'invalidité, une injonction de récupération dont l'exécution

serait, dès son adoption, de manière objective et absolue, impossible à réaliser. La Cour décrit même l'application du principe de coopération loyale lorsque l'État membre allégué, comme en l'espèce, dès le stade de la procédure formelle d'examen, une impossibilité absolue de récupération : cet État doit alors soumettre à l'appréciation de la Commission les raisons qui sous-tendent cette alléguation et la Commission doit les examiner minutieusement.

Cependant, la Cour n'est nullement convaincue par le motif d'impossibilité absolue de récupération retenu par la Commission dans la décision attaquée. Celle-ci ne pouvait se contenter de constater qu'il était impossible d'obtenir les informations nécessaires pour la récupération de ces aides à partir des bases de données cadastrales et fiscales italiennes. Elle devait examiner l'existence éventuelle des modalités alternatives permettant une récupération, ne serait-ce que partielle, de ces aides.

La Cour, suivant les conclusions de l'Avocat général, considère les circonstances invoquées par l'Italie comme de simples difficultés internes imputables au propre fait ou aux omissions des autorités nationales, à distinguer d'une impossibilité de récupération qui doit être "objective et absolue". Elle précise que l'État membre doit proposer des modalités alternatives de récupération. En outre, pour obtenir l'annulation de la décision attaquée, il n'était pas nécessaire que les requérants prouvent l'existence de modalités alternatives d'une récupération. Il suffisait de constater que la Commission n'avait pas démontré dans la décision attaquée, une impossibilité absolue de récupération.

La Cour annule donc l'arrêt du Tribunal et la décision de la Commission pour autant qu'ils concernent l'absence de récupération des aides illégales, tout en admettant qu'en théorie une impossibilité absolue de récupération puisse être constatée dans la décision finale négative.

De manière fondamentale, elle rappelle les exigences qui s'attachent à la nature absolue de l'impossibilité requise (une impossibilité absolue qui s'entend de manière objective et pour ainsi dire littérale). On peut souligner, à l'instar de ce qu'indiquait en substance l'Avocat général dans ses conclusions, le caractère rarissime de l'existence de telles impossibilités absolues.

Sur la notion d'activité économique

L'école Montessori soutenait en substance que les exonérations prévues par le régime de l'IMU après le 1^{er} janvier 2012 concernaient aussi certaines activités économiques, de sorte que la Commission n'aurait pas dû conclure, pour cette période, à l'absence d'aides d'État. Selon la requérante, la législation italienne en cause accordait en effet une exonération à des activités d'enseignement qui financent leurs services principalement par la contrepartie qu'ils reçoivent des élèves ou de leurs parents.

La Cour rejette ce moyen de pourvoi en observant que, selon les constatations du Tribunal, l'exonération de l'IMU ne s'appliquait qu'aux activités d'enseignements

fournies à titre gratuit ou contre paiement d'un montant symbolique couvrant uniquement une partie des coûts réels du service, cette partie ne devant pas avoir de rapport avec ces coûts. Aucune dénaturation des faits n'ayant été invoquée par la requérante, la Cour se déclare incompétente, dans le cadre d'un pourvoi, pour vérifier l'interprétation de droit national effectuée par le Tribunal.

B. S. ■

Récupération – Manquement – Inexécution : La Cour de justice de l'Union européenne condamne la Grèce à payer une somme forfaitaire de 10 millions d'euros et une astreinte de 7 millions d'euros par semestre de retard, pour avoir tardé à récupérer des aides incompatibles avec le marché commun accordées entre 1996 et 2003 à une entreprise propriétaire d'un chantier naval civil et militaire (CJUE, 14 nov. 2018, *Commission c/ Grèce*, aff. C-93/17, EU:C:2018:315)

Très classique dans ses principes, l'arrêt sous commentaire s'inscrit dans la lignée des précédents "manquement sur manquement" en matière d'inexécution d'une obligation de récupération d'une aide d'État (voir, par exemple, récemment, CJUE, 17 sept. 2015, *Commission c/ Italie*, aff. C-367/14, EU:C:2015:611, comm. R. Vuitton, *Concurrences* n° 4-2015, pp. 160-162), tout en apportant d'intéressants enseignements sur la prise en compte de la situation de l'État membre concerné.

Pour saisir les circonstances ayant conduit à cette affaire, on peut se limiter à rappeler, simplement et brièvement, que les autorités grecques ont octroyé à une entreprise propriétaire d'un chantier naval civil et militaire grec, *Ellinika Nafpigeia AE (ENAE)*, diverses mesures, consistant notamment en des apports en capital, des garanties, des contre-garanties et des prêts. Par sa décision 2009/610/CE (JOUE 2009, L 225, p. 104), la Commission a considéré que ces mesures constituaient des aides d'État incompatibles avec le marché intérieur et qu'elles devaient être récupérées. Cette décision a fait l'objet d'un abondant contentieux (Trib. UE, *Elliniki Nafpigokataskevastiki e.a.*, aff. T-384/08, EU:T:2011:650, comm. B. Stromsky, *Concurrences* n° 1-2012, pp. 172-173 ; Trib. UE, 15 mars 2012, *Ellinika Nafpigeia*, aff. T-391/08, EU:T:2012:126, comm. B. Stromsky, *Concurrences* n° 3-2012, pp. 174-176 ; CJUE, 28 février 2013, *Ellinika Nafpigeia*, aff. C-246/12 P, EU:C:2013:133, comm. B. Stromsky, *Concurrences*, n° 2-2013, p. 131), qui n'a cependant pas conduit à son annulation. Afin d'éviter que la récupération des aides n'aboutisse à la faillite d'*ENAE* et à la mise en péril de ses activités militaires, la Commission, la Grèce et *ENAE* se sont accordées, par des engagements détaillés dans une lettre du 1^{er} décembre 2010, sur une méthode de récupération permettant à la Commission de considérer la décision 2009/610 comme pleinement exécutée. Toutefois, la Grèce ne s'étant pas conformée aux obligations qui lui incombent en vertu de cette

décision, la Commission a introduit, en 2010, un recours en manquement. Celui-ci a été accueilli à la faveur d'un arrêt du 28 juin 2012, *Commission c/ Grèce* (aff. C-485/10, EU:C:2012:395, comm. J. Derenne, *Concurrences*, n° 4-2012, p. 133). En 2014, considérant que la décision 2009/610 n'avait pas encore été exécutée, la Commission a adressé à la Grèce une lettre de mise en demeure sur le fondement de l'article 260, paragraphe 2, TFUE, en octroyant un délai d'exécution de 2 mois. Alors que l'affaire a connu de multiples rebondissements administratifs, législatifs et contentieux au niveau national, les aides en cause n'ont pas été recouvrées et la Commission a saisi, en 2017, la Cour afin de faire constater que la Grèce ne s'était pas conformée à l'arrêt du 28 juin 2012 et de la faire condamner aux paiements une somme forfaitaire et d'une astreinte journalière.

L'inexécution de l'arrêt du 28 juin 2012

En premier lieu, la Cour vérifie si, à l'expiration du délai fixé dans la lettre de mise en demeure, à savoir le 27 janvier 2015, la Grèce a respecté les engagements détaillés dans la lettre du 1^{er} décembre 2010 ou si les aides d'État en cause, telles que définies dans la décision 2009/610, ont été intégralement récupérées.

Or, d'une part, en ce qui concerne les engagements en cause (interruption des activités civiles pendant 15 ans, cessions des actifs liés aux activités civiles, renoncement à la concession d'une cale sèche non nécessaire aux activités militaires, renoncement à une garantie d'indemnisation), la Cour constate que, au 27 janvier 2015, aucun d'entre eux n'a été effectivement respecté. D'autre part, en ce qui concerne la récupération intégrale des aides, la Cour constate qu'il est manifeste que les autorités grecques n'ont pas respecté cette obligation. Dans ce contexte, elle écarte l'argument selon lequel les intérêts essentiels de sécurité, au sens de l'article 346, paragraphe 1, sous b), TFUE, ne permettraient pas de provoquer la faillite d'*ENAE* et qu'il existait une mesure plus appropriée pour liquider ladite société, à savoir la soumission de celle-ci à une procédure gestion spéciale. En effet, la Cour relève qu'il était possible de soumettre *ENAE* à une telle procédure avant l'expiration du délai fixé dans la lettre de mise en demeure et que celle-ci n'a été déclenchée que le 12 octobre 2017.

La Cour conclut donc logiquement que, au 27 janvier 2015, l'arrêt du 28 juin 2012 demeurait inexécuté et constate que, en n'ayant pas pris, à cette date, toutes les mesures que comporte son exécution, la Grèce a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 260, paragraphe 1, TFUE.

Les sanctions pécuniaires infligées à la Grèce

En second lieu, la Cour examine la demande de sanctions pécuniaires formulée par la Commission.

L'astreinte

En ce qui concerne l'astreinte, il est à rappeler que celle-ci ne se justifie, en principe, que pour autant que perdure le manquement tiré de l'inexécution d'un précédent arrêt lorsque la Cour examine les faits. Et si tel est le cas, la condamnation au paiement d'une astreinte constitue un moyen financier approprié afin d'inciter à prendre les mesures nécessaires pour mettre fin au manquement constaté et pour assurer l'exécution complète de l'arrêt constatant le manquement.

Or, en l'espèce, la Cour rejette l'argumentation de la Grèce visant à soutenir que, à la date de l'examen des faits par la Cour, elle avait exécuté les engagements détaillés dans la lettre du 1^{er} décembre 2010 et la décision 2009/610. En particulier, s'agissant de l'argument selon lequel les autorités grecques auraient produit des créances, la Cour relève que celles relatives à la restitution des aides n'ont pas été inscrites au tableau des créances dans le cadre de la procédure à laquelle *ENAE* a été soumise. Au demeurant, une telle inscription ne suffirait pas, à elle seule, pour satisfaire à l'obligation d'exécuter l'arrêt constatant le manquement (arrêt du 11 déc. 2012, *Commission c/ Espagne*, aff. C-610/10, EU:C:2012:781, pt. 103), dès lors que, pour que tel soit le cas, elle devrait être suivie soit de la récupération de l'intégralité du montant desdites aides, soit de la liquidation de l'entreprise et de la cessation définitive de ses activités, si une telle récupération reste impossible au cours de la procédure de faillite (arrêt du 17 janv. 2018, *Commission c/ Grèce*, aff. C-363/16, EU:C:2018:12, pt. 42). La Cour écarte également l'argument pris de la cession d'un terrain, dès lors que celle-ci n'est que partielle et n'assure pas le recouvrement intégral des aides d'État en cause ni le respect de tous les engagements détaillés dans la lettre du 1^{er} décembre 2010. Dans ces conditions, la Cour ne pouvait que faire droit à la demande de condamnation de la Grèce à une astreinte.

Une telle astreinte doit, selon une jurisprudence bien établie, être arrêtée en fonction du degré de persuasion nécessaire pour que l'État membre défaillant modifie son comportement et mette fin à l'infraction incriminée. Elle doit être, d'une part, adaptée aux circonstances et, d'autre part, proportionnée au manquement constaté ainsi qu'à la capacité de paiement de l'État membre concerné. Aux fins de la fixation du montant de l'astreinte, les critères de base qui doivent être pris en considération pour assurer la nature coercitive de cette dernière, en vue d'une application uniforme et effective du droit de l'Union, sont, en principe, la gravité de l'infraction, sa durée et la capacité de paiement de l'État membre en cause. Pour l'application de ces critères, il y a lieu de tenir compte, en particulier, des conséquences du défaut d'exécution sur les intérêts privés et publics ainsi que de l'urgence qu'il y a à ce que l'État membre concerné se conforme à ses obligations.

En premier lieu, s'agissant de la gravité de l'infraction, la Cour insiste sur le caractère fondamental des dispositions du traité en matière d'aides d'État. Afin de conclure que, en l'espèce, l'atteinte aux règles du traité en matière d'aides d'État revêt un caractère important, la Cour relève que, certes, *ENAE* a cédé un terrain comprenant

une cale sèche, ainsi que la partie du littoral située devant ce terrain, lequel représentait une partie importante des actifs civils d'ENAE. Elle prend toutefois en compte :

- le caractère considérable du montant de l'aide non récupérée (670 millions d'euros à la date de l'audience, soit plus de 2,6 fois le montant initial) ;
- le fait que le marché de la construction navale est transfrontalier et que ce secteur économique est dispersé dans la quasi-totalité des États membres, de sorte que l'effet préjudiciable des aides incompatibles non récupérées a un impact sur des entreprises non seulement en Grèce, mais aussi dans le reste de l'Union ;
- la répétition du comportement infractionnel de cet État membre dans le domaine des aides d'État.

S'agissant de la durée de l'infraction, la Cour constate que celle-ci perdure depuis plus de six ans depuis la date de prononcé de son arrêt, ce qui constitue une durée considérable.

S'agissant de la capacité de paiement, la Cour confirme que la méthode, suggérée par la Commission, consistant à multiplier le montant de base par un coefficient spécifique applicable à la Grèce, constituait un instrument approprié pour refléter la capacité de paiement de l'État concerné tout en maintenant un écart raisonnable entre les divers États membres. À cet effet, la Cour tenait traditionnellement compte du PIB de l'État membre concerné et du nombre de voix dont il dispose au Conseil. La Cour abandonne néanmoins ce dernier critère en raison de l'avènement, en 2014, du système de double majorité qualifiée, lequel ne rend pas compte du poids respectif des États membres de manière aussi fidèle que l'ancien système de pondérations des voix. Aussi, en l'espèce, la Cour ne s'appuie que sur le PIB de la Grèce. À cet égard, elle constate que celui-ci a diminué de plus de 25 % entre l'année 2010 et l'année 2016, et, en 2017, il a, pour la première fois depuis l'année 2007, été en progression. L'importance de cette crise économique est donc dûment prise en considération pour la détermination du montant de l'astreinte.

S'agissant, enfin, de la périodicité de l'astreinte, la Cour tient compte de la spécificité des opérations de récupération des aides en cause et retient une périodicité semestrielle afin de permettre à la Commission d'apprécier l'état d'avancement des mesures d'exécution.

En définitive, la Cour condamne la Grèce à payer une astreinte de 7 294 000 euros par semestre de retard dans la mise en œuvre des mesures nécessaires pour se conformer à l'arrêt constatant le manquement, à compter de la date du prononcé de présent arrêt et jusqu'à l'exécution complète de cet arrêt.

La somme forfaitaire

En ce qui concerne la somme forfaitaire, la Cour considère que la prévention effective de la répétition future d'infractions analogues au droit de l'Union est de nature à requérir l'adoption d'une mesure dissuasive, telle que

l'imposition d'une telle somme. Afin de fixer cette somme, la Cour prend, classiquement, en compte des facteurs tels que la gravité de l'infraction constatée et la période durant laquelle celle-ci a persisté depuis le prononcé de l'arrêt l'ayant constatée. Eu égard aux circonstances de l'espèce, elle fixe à 10 000 000 euros le montant de la somme forfaitaire.

R. V. ■

Audiovisuel public – Contribution audiovisuelle – Aide existante : La Cour de justice de l'Union européenne estime que la réforme du régime allemand de financement de l'audiovisuel public, consistant en une substitution d'une redevance audiovisuelle due au titre de la possession d'un appareil de réception audiovisuel par une contribution audiovisuelle due notamment au titre de l'occupation d'un logement, ne constitue pas une modification d'une aide existante (CJUE, 13 déc. 2018, *Rittinger e.a.*, aff. C-492/17, EU:C:2018:1019)

À l'instar de nombreux États membres, la radiodiffusion publique allemande est financée par des recettes publicitaires, d'autres recettes commerciales, mais aussi, principalement, par des ressources fiscales. Initialement, en Allemagne, ces dernières provenaient d'une redevance audiovisuelle due au titre de la possession d'un appareil de réception audiovisuelle ("un appareil ; une redevance"). Par une décision du 24 avril 2007 [C(2007) 1761 final], la Commission a considéré que le régime allemand de financement de la radiodiffusion publique constituait un régime d'aide existant et a invité les autorités allemandes à adopter une série de mesures, lesquelles ont été effectivement prises, afin d'assurer sa compatibilité avec le marché intérieur. Par une loi de 2013, la redevance audiovisuelle a été remplacée par une contribution devant être acquittée par le détenteur (locataire ou propriétaire) d'un logement ("un logement ; une contribution"). Dans le Land de Bade-Wurtemberg, le produit de cette contribution est versé notamment aux radiodiffuseurs publics *SWR* et *ZDF*. En 2015 et 2016, *SWR* a adressé à des débiteurs de cette contribution des titres exécutoires afin de mettre en recouvrement des montants impayés entre 2013 et 2016. Ces débiteurs n'ayant pas procédé au paiement, *SWR* a mis en œuvre le recouvrement forcé de ses créances. Ils ont alors introduit des recours contre cette procédure de mise en recouvrement devant diverses juridictions. Ceux dont les recours ont été rejetés ont fait appel devant le Tribunal régional de Tübingen, lequel a décidé d'adresser à la Cour sept questions préjudicielles concernant la contribution en cause. Ces questions n'ont été considérées que partiellement recevables par la Cour et les réponses apportées ont principalement trait à la question de l'éventuelle modification du régime d'aides existant en cause et à celle de la possibilité pour un radiodiffuseur public de procéder à l'exécution forcée de créances impayées au titre de cette contribution.

La mise en place de la contribution audiovisuelle ne constitue pas une modification substantielle du régime d'aide existant de financement de la radiodiffusion publique allemande

En premier lieu, la Cour a examiné si le remplacement de la redevance audiovisuelle due au titre de la possession d'un appareil de réception audiovisuel par la contribution audiovisuelle due notamment au titre de l'occupation d'un logement constituait une modification du régime d'aide existant qui a fait l'objet de la décision du 24 avril 2007 devant être notifiée à la Commission en vertu de l'article 108, paragraphe 3, TFUE.

L'article 4, paragraphe 1, première phrase, du règlement n° 794/2004 définissant une modification d'une aide existante comme tout changement autre que les modifications de caractère purement formel ou administratif qui ne sont pas de nature à influencer la compatibilité de la mesure d'aide avec le marché intérieur, la Cour devait, en fait, déterminer si l'adoption de la loi sur la contribution audiovisuelle emportait une telle modification ou, au contraire, une modification substantielle du régime d'aide existant en cause.

De prime abord, on aurait pu estimer que la substitution de la contribution audiovisuelle à la redevance audiovisuelle constituait une telle modification substantielle, en raison du changement radical de nature et de fait générateur de cette part du financement de la radiodiffusion publique allemande. En effet, s'agissant de la nature, le système allemand passe d'une logique de redevance, à savoir d'une taxe due en contrepartie des services prestés par les radiodiffuseurs publics, à celle d'une contribution, dont le paiement est déconnecté desdits services. S'agissant du fait générateur, on passe d'une logique "un appareil ; une redevance" à une logique "un logement ; une contribution". Difficile, dans ces conditions, de voir dans le passage à la contribution audiovisuelle une modification de caractère purement formel ou administratif, au sens du règlement n° 794/2004.

La Cour se refuse cependant à voir dans la modification introduite par la loi de 2013 une modification substantielle du régime en cause. Elle avance ainsi quatre éléments afin de considérer que ce changement n'a pas affecté les éléments constitutifs de ce régime :

- la loi de 2013 n'a pas modifié l'objectif poursuivi par le régime, la contribution audiovisuelle demeurant, comme la redevance audiovisuelle, destinée au financement du service public de la radiodiffusion ;
- le cercle des bénéficiaires de ce régime (à savoir les radiodiffuseurs) est identique à celui existant antérieurement ;
- la loi de 2013 n'a pas modifié la mission de service public confiée aux radiodiffuseurs publics ou les activités de ces radiodiffuseurs susceptibles d'être subventionnées par la contribution audiovisuelle ;

- si la loi de 2013 a modifié le fait générateur de cette contribution, il n'en demeure pas moins, d'une part, que cette modification visait essentiellement un objectif de simplification des conditions de perception de la contribution audiovisuelle, dans un contexte d'évolution des technologies permettant la réception des programmes des radiodiffuseurs publics et, d'autre part, elle n'a pas conduit à une augmentation substantielle de la compensation perçue par les radiodiffuseurs publics pour couvrir les coûts associés aux missions de service public dont ils ont la charge.

Dans ces conditions, la loi de 2013 n'a pas, de l'avis de la Cour, entraîné une modification substantielle du régime de financement de la radiodiffusion publique en Allemagne nécessitant que cette adoption soit notifiée à la Commission en application de l'article 108, paragraphe 3, TFUE.

Les radiodiffuseurs publics peuvent procéder à l'exécution forcées des créances impayées dues au titre de la contribution audiovisuelle

En second lieu, la Cour devait examiner si les articles 107 et 108 TFUE s'opposaient à la réglementation allemande conférant au radiodiffuseur public des pouvoirs dérogatoires du droit commun lui permettant de diligenter lui-même l'exécution forcée de créances impayées au titre de la contribution audiovisuelle.

Logiquement, c'est une réponse négative que la Cour apporte à cette question.

En effet, elle relève à cet égard que les prérogatives de puissance publique dont jouissent les radiodiffuseurs publics en matière de recouvrement de la redevance audiovisuelle ont été prises en compte par la Commission lors de l'examen du régime de financement de la radiodiffusion publique dans le cadre de la décision du 24 avril 2007. La Commission avait en effet estimé que ces prérogatives faisaient partie intégrante du régime en cause. Or, la loi de 2013 n'a apporté aucune modification à ces prérogatives. Dans ces conditions, la Cour conclut logiquement que cette loi n'était pas susceptible d'affecter l'appréciation portée dans la décision du 24 avril 2007 s'agissant de ces prérogatives. La Cour ajoute également que lesdites prérogatives sont inhérentes aux missions de service public des radiodiffuseurs. Peut-être doit-on voir dans cette précision, qui - prise isolément - ne présente pas de caractère décisif -, la volonté de la Cour de souligner que, dès lors que les radiodiffuseurs publics sont chargés de missions de service public, le recouvrement de leurs créances au moyen d'une procédure relevant d'un privilège de l'administration garantit la collecte des fonds nécessaires pour remplir ladite mission.

R. V. ■

2. Tribunal de l'Union européenne

Avantage – Investisseur privé :

Le Tribunal de l'Union européenne rejette les recours des entreprises bénéficiaires d'aides, accordées par la Belgique au secteur sidérurgique, considérées par la Commission européenne comme incompatibles avec le marché intérieur (Trib. UE, 18 sept. 2018, *Duferco Long Products*, aff. T-93/17, EU:T:2018:558 ; Trib. UE, 11 déc. 2018, *BTB Holding Investments et Duferco Participations Holding*, aff. T-100/17, EU:T:2018:900)

À la suite de l'arrêt du 28 novembre 2017, *Steel Invest & Finance* (aff. T-254/16, EU:T:2017:842, comm. R. Vuitton, *Concurrences*, n° 1-2018, pp. 141-143), les aides accordées au groupe sidérurgique belge *Duferco* ont donné lieu à deux nouvelles décisions du Tribunal, dont les principaux enseignements ont trait à la question de la distinction entre l'applicabilité et l'application du critère de l'investisseur privé.

Contexte

Le groupe belge *Duferco* produit et vend de l'acier dans une cinquantaine de pays à travers le monde. En 2003, la région wallonne a créé le *Foreign Strategic Investment Holding (FSIH)*, dont l'objet était d'investir dans des sociétés du groupe *Duferco* ayant leur siège hors de Belgique, voire de l'Union. Entre 2003 et 2011, le *FSIH* est ainsi intervenu à plusieurs reprises en faveur de ce groupe, pour un total de 517 millions d'euros. À la suite de l'ouverture d'une procédure formelle d'examen concernant les interventions du *FSIH*, la Commission a adopté, le 20 janvier 2016, la décision (UE) 2016/2041 (*JOUE* 2016, L 314, p.22). Cette décision concerne six mesures, qualifiées d'aides d'État illégales et incompatibles avec le marché intérieur.

À la suite de l'adoption de cette décision, le Tribunal a été saisi de trois recours, introduits par les bénéficiaires des mesures en cause. Ces recours ont été rejetés à la faveur de trois arrêts, en date des 28 novembre 2017, 18 septembre 2018 et 11 décembre 2018. Le premier de ces arrêts, rendu dans l'affaire T-254/16, a déjà fait l'objet d'un examen dans une précédente livraison de la présente revue (comm. R. Vuitton, *Concurrences*, n° 1-2018, pp. 141-143). Il ne concernait qu'une mesure : un prêt accordé par le *FSIH* à *SIF*, une holding du groupe *Duferco*. L'arrêt du 28 septembre 2018 ne concerne également qu'une mesure, en l'occurrence la prise de participation, par le *FSIH*, dans le capital d'une société du groupe *Duferco*, *DLP*, à hauteur de 100 millions d'euros. L'arrêt du 11 décembre 2018 concerne quant à lui trois mesures, à savoir (i) la vente, par le *FSIH*, de sa participation dans *Duferco US*, une filiale américaine du groupe *Duferco*, à *DII*, une entreprise du même groupe, (ii) la vente, par le *FSIH*, de sa participation dans *DPH*, société de négoce

de ce groupe, en faveur de *BTB*, une ancienne société mère de celui-ci, et (iii) un prêt à taux bonifié en faveur *Ultima*, également société dudit groupe.

Eu égard à leur densité et à la multitude de griefs qu'ils traitent, seuls les aspects saillants des arrêts des 18 septembre et 11 décembre 2018 seront abordés dans le cadre de la présente chronique.

Applicabilité vs application du critère de l'investisseur privé

Tant dans l'affaire T-93/17 que l'affaire T-100/17, les requérantes soutenaient que la Commission avait commis une erreur de droit en opérant une confusion entre, d'une part, la question de l'applicabilité du critère de l'investisseur privé et, d'autre part, celle de l'application de ce critère.

Rappelons, à cet égard, qu'il est établi de longue date que l'applicabilité du critère de l'investisseur privé dépend 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. Ainsi, si un État membre invoque, au cours de la procédure administrative, ledit critère, il lui incombe, en cas de doute, d'établir sans équivoque et sur la base d'éléments objectifs et vérifiables que la mesure mise en œuvre relève de sa qualité d'actionnaire. Si, par la suite, il apparaît que le critère de l'investisseur privé pourrait être applicable, il incombe à la Commission de demander à l'État membre concerné de lui fournir toutes les informations pertinentes lui permettant de vérifier si les conditions d'applicabilité et d'application de ce critère sont remplies et elle ne peut refuser d'examiner de telles informations que si les éléments de preuve produits ont été établis postérieurement à l'adoption de la décision d'effectuer l'investissement en question. La charge de la preuve de la réunion des conditions d'application du critère de l'investisseur privé pèse sur la Commission.

Voici résumés, à grands traits, les principes jurisprudentiels, issus notamment des arrêts du 5 juin 2012, *Commission c/EDF* (aff. C-124/10 P, EU:C:2012:318) et du 21 mars 2013, *Buczek Automotive* (aff. C-405/11 P, EU:C:2013:186), régissant la question de l'applicabilité et de l'application du critère de l'investisseur privé. Bien souvent, cependant, la ligne de partage entre ces notions demeure floue.

En l'espèce, le Tribunal aurait pu répondre en grande partie à l'argumentation des requérantes sans se référer à ces principes. En effet, dès l'ouverture de la procédure formelle d'examen, il était clair que la Commission exprimait des doutes quant à la conformité des mesures en cause avec le critère de l'investisseur privé, et non quant à l'applicabilité de ce critère. Cette position fut confirmée dans la décision attaquée, où la Commission a estimé que les mesures en cause ne pouvaient être considérées comme étant conformes au critère de l'investisseur privé, en raison de la faible valeur probante des documents produits par la Belgique au cours de la procédure administrative (T-97/17) ou en raison de l'insuffisance des

évaluations économiques effectuées lors de la mise en œuvre de ces mesures (T-100/17). D'ailleurs, le Tribunal relève qu'il n'a jamais été soutenu que les autorités belges auraient agi en qualité d'autorité publique. Il était donc clair que la Commission a bel et bien appliqué, dans la décision attaquée, le critère de l'investisseur privé, en examinant si celui-ci pouvait être rempli. Elle ne s'était donc pas contentée de considérer qu'il n'était pas "applicable". Ce constat aurait suffi à rejeter l'argumentation des requérantes.

Le Tribunal prend cependant soin d'apporter des éclairages concernant la mise en œuvre du critère de l'investisseur privé. Il déduit ainsi des principes jurisprudentiels rappelés précédemment "que, en règle générale, ce critère est applicable plus particulièrement lorsque l'État membre a agi en qualité d'opérateur économique, et non en qualité d'autorité publique, en accordant un avantage économique à une entreprise. Aussi convient-il d'appliquer le critère de l'investisseur privé lorsque le comportement de l'État membre aurait pu être adopté, ne fût-ce qu'en principe, par un opérateur privé agissant dans le but d'obtenir un gain ou de limiter ses pertes. Ce n'est que lorsqu'un doute existe quant à la nature de l'action d'un État membre que la Commission doit préalablement déterminer en quelle qualité ledit État membre a agi. A contrario, à défaut de doute quant à la nature de l'action de l'État membre, la Commission n'est pas tenue de déterminer si celui-ci a agi en qualité d'autorité publique ou en qualité d'opérateur économique, celle-ci étant, dans ce cas, présumée" (T-93/17, point 41 ; T-100/17, p. 51). Si les termes employés ("en règle générale", "plus particulièrement", "en principe") témoignent d'une certaine prudence quant à la généralisation du principe dégagé, il n'en demeure pas moins que le Tribunal procède à une systématisation et énonce un "mode d'emploi" du critère de l'investisseur privé. L'on comprend cependant mal pourquoi le Tribunal dégage une présomption d'action de l'État en qualité d'opérateur économique, en l'absence de doute quant à la nature de son action, cette dernière pouvant, également sans aucun doute, relever de sa qualité d'autorité publique.

Les mesures en cause ne sont pas conformes au critère de l'investisseur privé

Afin de rejeter, au fond, les contestations concernant l'application du critère de l'investisseur privé, premièrement, le Tribunal constate que les documents produits par les autorités belges ne permettent pas de conclure que les mesures en cause satisfaisaient audit critère. Dans l'affaire T-93/17, il s'agissait notamment de documents internes au groupe *Duferco*, se bornant à présenter des études de l'activités de celui-ci ou des chiffres, dont certains n'étaient pas datés. Le Tribunal estime que ces documents ne permettent pas de conclure à un examen sérieux de la rationalité économique de l'opération en cause, dès lors que, notamment, ils faisaient abstraction de toute perspective de rentabilité pour le *FSIH*. D'ailleurs, au cours de la procédure administrative, les autorités belges avaient reconnu que certains de ces documents, en l'occurrence des plans d'affaires qui étaient présentés par *DLP* comme étant pertinents, n'étaient pas des plans d'affaires réalisés

"en bonne et due forme". Dans l'affaire T-100/17, il s'agissait de document dont le contenu était particulièrement vague et abstrait, ne pouvant permettre de procéder à une évaluation du prix du marché de la vente par le *FSIH* de sa participation dans *Duferco US*.

Deuxièmement, le Tribunal relève qu'aucun élément n'est de nature à permettre de considérer que les documents produits devant lui, en tant qu'ils seraient susceptibles de justifier la rationalité économique du comportement du *FSIH*, auraient effectivement pu permettre à ce dernier de fonder tant sa prise de participation dans le capital de *DLP* (T-93/17) que ses ventes de participation (T-100/17) sur des évaluations économiques semblables à celles qu'un investisseur privé rationnel aurait effectuées avant de procéder à de telles mesures.

Troisièmement, dans l'affaire T-93/17, le Tribunal ajoute que, en l'absence d'évaluation économique préalable de rentabilité, comparable à celle à laquelle aurait procédé un investisseur privé dans une situation similaire, la Commission était fondée à estimer qu'aucun investisseur privé d'une taille comparable à celle du *FSIH* n'aurait pu être amené à procéder à des apports de capitaux de la même importance.

Quatrièmement, dans l'affaire T-100/17, le Tribunal rejette l'ensemble des allégations relatives aux considérations stratégiques qui auraient conduit le *FSIH* à céder sa participation dans *Duferco US*. En effet, aucune de ces allégations ne permet, selon le Tribunal, de démontrer la rationalité économique du comportement du *FSIH*. Le Tribunal rejette également, et pour des motifs semblables, les allégations relatives aux considérations stratégiques qui auraient conduit le *FSIH* à céder sa participation dans *DPH* en faveur de *BTB*.

Le Tribunal écarte donc toute erreur manifeste d'appréciation de la Commission lorsque celle-ci a conclu que les mesures en cause ne pouvaient être considérées comme conformes au critère de l'investisseur privé, notamment en raison de l'insuffisance des évaluations économiques préalables à celles-ci.

Existence d'un avantage et caractère *pari passu* de la mesure (affaire T-93/17)

Un des aspects originaux de l'affaire T-93/17 concerne l'examen du caractère *pari passu* de la mesure en cause dans cette affaire. En effet, afin de démontrer l'absence d'avantage, la requérante faisait valoir que la Commission avait commis plusieurs erreurs manifestes d'appréciation dans le cadre de cet examen.

À cet égard, le Tribunal rappelle que, en matière d'aides d'État, une opération *pari passu* est celle qui est réalisée simultanément et aux mêmes conditions, ce qui implique des niveaux de risque et de rémunération identiques, par des organismes publics et des opérateurs privés se trouvant dans une situation comparable. Selon le Tribunal, "le recours à cette notion permet seulement de présumer la conformité d'une opération avec les conditions du marché. Or, lors de l'application du critère

de l'investisseur privé, il convient de distinguer les situations dans lesquelles la conformité de l'opération avec les conditions du marché peut effectivement être établie directement, sur la base des données du marché spécifiques à cette opération, et les situations dans lesquelles, en raison de l'absence de telles données, la conformité de l'opération avec les conditions du marché doit être appréciée à l'aide d'autres méthodes". (T-97/17, point 102)

Le Tribunal justifie cette position par le fait que si l'opération en cause n'est pas réalisée *pari passu*, cela ne signifie pas pour autant que cette opération n'est pas conforme aux conditions du marché. Dans un tel cas, il est toujours possible d'apprécier la conformité de l'opération avec les conditions du marché en recourant à d'autres méthodes d'appréciation du critère de l'investisseur privé.

Dans ces conditions, eu égard au fait qu'il a considéré que la Commission avait, à bon droit, considéré que la mesure en cause ne répondait pas au critère de l'investisseur privé, le Tribunal rejette logiquement comme étant inopérant le moyen tiré d'erreurs manifestes d'appréciation de la Commission dans l'examen du caractère *pari passu* de cette mesure.

Détermination du montant de l'aide (affaire T-100/17)

La question de la détermination de la valorisation des participations du *FSIH* dans *Duferco US* et dans *DPH* était par ailleurs au centre de l'affaire T-100/17, en raison de son influence sur la détermination du montant de l'aide.

À cet égard, s'agissant de la vente de participation dans *Duferco US*, le Tribunal rejette l'ensemble des arguments concernant :

- la référence erronée aux fonds propres de *Duferco US* : la Commission n'a en effet pris en compte les fonds propres de *Duferco US* qu'à titre de vérification, sa valeur ayant été déterminée selon la méthode préconisée par la Belgique, à savoir celle du "multiple de l'EBITDA" ;
- la prise en compte de la valeur d'entreprise de *Duferco US* sans réduire ses dettes : c'est en effet à la demande de la Belgique que la méthode en cause a été suivie, de sorte que la Commission pouvait raisonnablement estimer qu'elle était pertinente et la requérante ne démontre pas d'erreur manifeste ;
- la prise en compte des résultats de *Duferco US* de 2006 alors qu'ils étaient inconnus au début des négociations de cession : la question pertinente est de savoir si la Commission a commis une erreur dans l'appréciation de l'EBITDA réalisé en 2006 par *Duferco US* et non de savoir si, avant l'ouverture des négociations, les données disponibles permettaient de le déterminer. Or, la Commission n'a pas commis d'erreur à cet égard ;
- le coefficient multiplicateur trop élevé pour déterminer la valeur d'entreprise lors de la cession : même si des changements structurels ont pu intervenir entre

2003 (date de la prise de participation) et 2006 (date de la cession de celle-ci), la Commission a repris le multiplicateur utilisé en 2003 pour valoriser *Duferco US*, étant donné qu'il était le seul disponible et la requérante n'a pas démontré que la Commission avait commis une erreur manifeste à cet égard ;

- un rapport d'expertise écarté à tort par la Commission : la Commission a, sur plusieurs aspects, dûment pris en compte ce rapport.

Le Tribunal rejette également les arguments relatifs à la vente de la participation du *FSIH* dans *DPH* concernant, en particulier, l'étude sur laquelle s'est fondée la Commission pour évaluer le montant de cette participation. Certes, cette étude avait été commanditée par le *FSIH*. Le Tribunal relève néanmoins que la Commission a retenu la fourchette basse évoquée dans cette étude et que celle-ci était la seule étude indépendante disponible au moment de la décision de cession. Il écarte donc toute erreur manifeste de la part de la Commission pour s'être fondée sur celle-ci.

Le prêt accordé à *Ultima* constitue un avantage (affaire T-100/17)

L'arrêt dans l'affaire T-100/17 se penche enfin sur les contestations relatives à l'appréciation faites par la Commission du prêt consenti par le *FSIH* à *Ultima*. La Commission avait en effet estimé qu'aucun prêteur privé n'aurait accepté d'accorder 100 millions d'euros à *Ultima*, dans les conditions consenties par le *FSIH*.

Le Tribunal écarte, en premier lieu, l'argumentation visant à faire valoir que les conditions dans lesquelles ce prêt a été accordé n'étaient pas anormales. En effet, reprenant, à l'identique, l'analyse effectuée dans l'affaire T-254/16, laquelle concernait également un prêt du *FSIH*, il estime que, en raison des différences substantielles constatées entre les prêts consentis par des établissements financiers, qui ont été présentés lors de la procédure administrative, et le prêt octroyé par le *FSIH*, s'agissant, d'une part, des niveaux de sûretés et, d'autre part, des modalités de remboursement, la Commission n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en considérant que les prêts consentis par des établissements financiers n'étaient pas comparables avec le prêt octroyé par le *FSIH*.

Le Tribunal rejette, en second lieu, les arguments concernant l'application de la communication sur les taux de référence de 2008 (*JOUE* 2008, C 14, p. 6). D'une part, il écarte toute erreur concernant le fait que, à cette fin, *Ultima* a été noté BB. Faute de notation publique, la Commission s'était référée à des prêts consentis au groupe *Duferco* pour déterminer la note BB, laquelle était en outre cohérente avec celle d'autres groupes sidérurgiques. Or, aucun élément n'a été avancé pour remettre en cause cette évaluation ou pour procéder à une évaluation de l'état de solvabilité d'*Ultima* au moment où le prêt lui a été accordé. D'autre part, le Tribunal relève qu'aucun élément ne démontre l'existence d'un niveau de sûreté élevé. Il confirme donc la prise en compte, aux fins de l'application de la communication, d'un niveau de sûreté normal.

En conclusion, l'apport des arrêts sous commentaire est relativement limité. Cela découle tant du contexte très circonstancié des affaires en cause que du fait que le Tribunal circonscrit, à juste titre, son examen à un réel contrôle de l'erreur manifeste. Les précisions concernant la distinction entre applicabilité et application du critère de l'investisseur privé, si elles demeurent à confirmer et à ajuster, pourront toutefois retenir l'attention.

R. V. ■

Notion d'activité économique – SIEG – Difficultés sérieuses : Le Tribunal de l'Union européenne annule une décision de la Commission européenne qui déclarait compatible avec le marché intérieur des aides à l'acquisition de terrains accordées à des organisations de protection de la nature qui exerçaient, à titre secondaire, des activités économiques (*Trib. UE, 15 oct. 2018, Vereniging Gelijkberechtiging Grondbezitters e.a., aff. T-79/16, EU:T:2018:680*)

Les faits qui ont conduit le Tribunal à annuler une décision de première phase de la Commission dans l'affaire T-79/16 peuvent paraître bien anodins.

Le contexte particulier d'un SIEG atypique

Jusqu'en 2011, les Pays-Bas octroyaient à des organisations de protection de la nature des subventions pour l'acquisition de zones naturelles. Ce régime permettait l'achat de terrains de valeur écologique, la résiliation de droits de bail et la vente ou l'échange de terrains nécessaires pour la création d'une structure écologique et d'un réseau "Nature 2000" pour la protection de la biodiversité. Ces associations et fondations non gouvernementales sans but lucratif exerçaient, outre leur activité principale, de nature non économique, des activités secondaires, telles l'acquisition de terrains, la sylviculture, la vente de bois et de viande, la location des droits de chasse et de pêche ou des activités touristiques, qui leur procuraient des recettes contribuant à financer leur activité principale.

En 2008, deux fondations privées sans but lucratif ayant des activités comparables à celles des bénéficiaires de l'aide, mais ne recevant pas les subventions en cause, se sont plaintes auprès de la Commission. Les discussions conduites avec les Pays-Bas ont permis la mise en place d'un nouveau régime de subventions à partir de 2011 approuvé par la Commission. Toutefois l'association pour l'égalité des droits des propriétaires fonciers privés a insisté pour que la Commission statue également sur l'ancien régime de subventions en vigueur jusqu'en 2011.

En 2015, la Commission a décidé de ne pas soulever d'objection à l'encontre de ce régime. Elle a considéré que les activités secondaires des bénéficiaires étaient économiques (dans la droite ligne de la solution retenue par l'arrêt du Tribunal du 12 septembre 2013 dans l'affaire

T-347/09, *Allemagne c/ Commission* (EU:T:2013:418) et que les subventions en cause étaient bien des aides d'État, mais elle les a déclarées compatibles avec le marché intérieur. En effet, selon la Commission, ces subventions constituaient la compensation d'un service d'intérêt économique général composé d'un service d'intérêt général (non économique), de conservation de la nature et de certaines activités secondaires de nature économique liées à ce dernier. Ce régime était aménagé de manière à éviter toute surcompensation.

Si les distorsions de concurrence engendrées par le régime litigieux semblaient limitées et acceptables, la nature atypique du SIEG dont l'existence était reconnue par la Commission soulevait en revanche quelques difficultés conceptuelles.

Après avoir rejeté les arguments avancés par la Commission pour contester la recevabilité du recours de l'association plaignante (partie de l'arrêt qui ne retiendra pas ici notre intérêt), le Tribunal sanctionne ce qui lui apparaît comme une contradiction dans l'analyse conduite par la Commission. Il commence son examen par l'appréciation des indices externes de difficulté sérieuse, liés à la procédure préliminaire d'examen.

Le délai excessif de la procédure préliminaire d'examen

Le Tribunal observe que 6 ans et 8 mois se sont écoulés entre l'introduction de la plainte et l'adoption de la décision attaquée, ce qui dépasse notablement la durée raisonnable d'un examen préliminaire. Il admet que certaines circonstances particulières peuvent expliquer ce long délai, mais ne retient qu'une partie des arguments avancés par la Commission pour le justifier. Il admet que ne soit pas prise en compte la période pendant laquelle les plaignants ont accepté la suspension de l'examen, mais se montre nettement plus réticent en ce qui concerne les arguments tirés de l'existence d'autres contentieux pendants dont la Commission attendait l'issue avant de poursuivre l'examen de la plainte ou des négociations entre les plaignants et les autorités néerlandaises.

S'agissant des contentieux pendants, le Tribunal considère que l'incertitude alléguée par la Commission quant à leur issue est un indice de doutes sérieux. Quant aux négociations des plaignants avec les autorités néerlandaises, il relève que la Commission n'en a été informée qu'a posteriori, de sorte qu'elle n'expliquait pas son inaction.

En tout état de cause, même en tenant compte de ces différentes perspectives, le délai de l'examen préliminaire lui semble toujours excessif.

Les bénéficiaires sont-ils réellement chargés d'un SIEG ?

Les termes de la contradiction mise en cause par le Tribunal sont les suivants : dans le cadre de la qualification de la mesure examinée d'aide d'État, la Commission a considéré que les activités secondaires des bénéficiaires

n'étaient pas nécessairement liées à la mission de conservation de la nature et revêtaient un caractère économique; cependant, dans le cadre de l'examen de compatibilité, la Commission a considéré que l'ensemble des activités économiques secondaires rentraient dans le SIEG global, dès lors que les coûts et les recettes des activités secondaires étaient imputées aux coûts de l'activité principale.

Or, pour le Tribunal, le lien de connexité entre l'activité principale et l'activité secondaire des bénéficiaires ne pouvait s'analyser différemment selon que l'on examine l'existence d'une aide ou sa comptabilité avec le marché intérieur.

Il rappelle que, pour pouvoir être qualifié de SIEG, un service doit revêtir un intérêt économique général qui présente des caractères spécifiques au regard de celui que revêtent d'autres activités de la vie économique. S'agissant des activités économiques des bénéficiaires, le Tribunal ne trouve pas de démonstration d'une telle spécificité dans la décision attaquée, la simple circonstance que les recettes de ces activités servent à financer un SIG étant insuffisante à cet égard.

Le Tribunal souligne que l'inclusion ou non des activités économiques des bénéficiaires dans le périmètre d'un SIEG a une incidence sur l'examen de compatibilité de la mesure, en particulier en ce qui concerne l'exigence d'une comptabilité séparée pour ces différentes activités et pour l'analyse des mécanismes destinés à éviter la surcompensation.

Il rappelle à cet égard l'exigence d'un mécanisme destiné à éviter la surcompensation préalable dans l'acte conférant le SIEG, la simple constatation rétroactive d'une absence de surcompensation étant insuffisante pour assurer la compatibilité de la mesure avec le marché intérieur.

Cet arrêt, dans la lignée de l'arrêt *Allemagne c/ Commission* précité, mais aussi de l'arrêt *Escuelas Pías* (arrêt de la Cour du 27 juin 2017 *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, C-74/16), montre à quel point il est difficile de faire usage de la théorie de l'accessoire. Il s'inscrit également dans la série des arrêts qui ont encadré plus strictement les conditions d'attribution des SIEG notamment en ce qui concerne le contenu du mandat de service public (voir par exemple l'arrêt de la Cour du 20 décembre 2017, *Pays Basque c/ Commission*, C-66/16 P à C-69/16 P).

Enfin, il appartient à la série plus récente des arrêts d'annulation des décisions de première phase qui imposent une rigueur accrue à la Commission dans la conduite de l'examen préliminaire, même dans des affaires d'apparence anodine.

B. S. ■

Capacité énergétique – Compatibilité – Non-discrimination – Proportionnalité :
Le Tribunal de l'Union européenne annule une décision de la Commission européenne de ne pas soulever d'objection à l'encontre d'un régime d'aides au marché de capacité énergétique, pour n'avoir pas suffisamment pris en compte la situation des opérateurs de gestion de la demande (*Trib. UE, 15 nov. 2018, Tempus Energy et Tempus Energy Technology, aff. T-793/14, EU:T:2018:790*)

L'arrêt *Tempus* fait partie de cette série d'affaires récentes qui ont donné lieu à l'annulation par le Tribunal de décisions de première phase. Il semble que, dans cette affaire, le Tribunal ait cherché à infléchir la grille d'analyse qui prévalait, en ce qui concerne les indices externes de l'existence de difficultés sérieuses justifiant l'ouverture de la procédure.

Le Royaume-Uni a mis en place un régime d'aides dans le cadre d'enchères centralisées pour la fourniture de capacités requises afin de garantir l'adéquation des capacités énergétiques aux besoins en énergie. Concrètement, une rémunération est accordée aux fournisseurs de capacité électrique en contrepartie de leur engagement à fournir de l'électricité ou à réduire ou différer la consommation d'électricité en période de tension sur le réseau. Le gestionnaire du réseau d'électricité, le *National Grid*, est chargé d'organiser ces enchères afin d'obtenir le niveau de capacité requis.

Les adjudicataires perçoivent, pendant la durée de leur contrat, une rémunération régulière financée par un prélèvement mis à la charge des fournisseurs d'électricité. En contrepartie, ils s'engagent à fournir des capacités en période de tension sur le réseau. La redevance appliquée aux fournisseurs d'électricité est déterminée en fonction de leur part de marché et est calculée sur la base de la demande enregistrée pendant les périodes où elle est généralement la plus élevée.

Le mécanisme des enchères a été conçu par le gestionnaire de réseau et soumis à un groupe d'experts indépendants qui s'était montré critique en ce qui concerne les hypothèses clefs retenues par celui-ci. La Commission a cependant considéré que les engagements pris par le Royaume-Uni étaient suffisants pour assurer la compatibilité de la mesure d'aide avec le marché intérieur.

C'est contre cette décision qu'était dirigé le recours de *Tempus*, opérateur de gestion de la demande: ces opérateurs concluent des contrats avec les consommateurs d'électricité, qui sont généralement des clients industriels et commerciaux ou des petites et moyennes entreprises, stipulant que le client accepte, en échange d'une rémunération, d'être flexible quant à sa consommation d'électricité durant une période donnée. En l'occurrence, la mesure d'aide comportait à la fois un régime durable de gestion de capacité et un régime transitoire. Les opérateurs de gestion de la demande titulaires d'un contrat de capacité au titre du régime

durable étaient exclus des enchères transitoires, afin de promouvoir le développement du secteur de la gestion de la demande.

Tempus ne contestait pas la nécessité d’instaurer un marché de capacité afin d’assurer la sécurité d’approvisionnement au Royaume-Uni. En revanche, elle considérait que le marché de capacité privilégiait la production sur la gestion de la demande d’une manière discriminatoire et disproportionnée, allant au-delà de ce qui était nécessaire pour atteindre les objectifs du régime d’aide.

Sur la notion de doutes justifiant l’ouverture de la procédure

Le Tribunal rappelle une jurisprudence très classique relative à l’établissement de doutes susceptibles de justifier l’ouverture de la procédure formelle d’examen, mais il s’attarde sur la charge de la preuve de tels doutes. Il confirme que *Tempus* supporte la charge de la preuve mais tient compte, pour atténuer cette charge, du fait que la requérante ne dispose ni de pouvoirs d’enquête ni de capacités d’investigation comparables à celles de la Commission. Il suffit donc “*que Tempus expose les raisons pour lesquelles elle estime, au vu de la décision attaquée, que la Commission aurait dû avoir des doutes sur la compatibilité de la mesure notifiée avec le marché intérieur. Elle n’est donc pas tenue de présenter tous les éléments de nature à établir l’incompatibilité du régime d’aide notifié*” (point 68 de l’arrêt).

Le Tribunal souligne que la Commission n’est pas tenue de limiter son analyse aux éléments contenus dans la notification de la mesure en cause, mais peut et, le cas échéant, doit rechercher les informations pertinentes. Dès lors, pour obtenir l’annulation de la décision attaquée, “*il suffit que Tempus démontre que la Commission n’a pas recherché et examiné de manière diligente et impartiale, l’ensemble des éléments pertinents aux fins de cette analyse ou qu’elle ne les a pas dûment pris en considération, de manière à éliminer tout doute quant à la compatibilité de la mesure notifiée avec le marché intérieur*” (point 70 de l’arrêt).

Sur les indices externes de l’existence de difficultés sérieuses

Un mois s’était écoulé entre la notification de la mesure par le Royaume-Uni et l’adoption de la décision de ne pas soulever d’objection à son encontre, ce qui, généralement, constitue un indice selon lequel la Commission n’était pas confrontée à des difficultés sérieuses. Toutefois, le Tribunal s’attache à la phase de pré notification, ce qui constitue une importante inflexion jurisprudentielle, ainsi qu’à la nature de la mesure notifiée qu’il qualifie de “*significative, complexe et nouvelle*” (point 79 de l’arrêt).

S’agissant de la nature de la mesure, il observe qu’elle porte sur un régime d’aide pluriannuel pour une période de dix ans et sur un montant compris entre 8,1 et 23,4 milliards de livres.

Il relève la complexité de cette mesure, les effets de cette dernière concernant aussi bien directement qu’indirectement, et pour une longue durée, les producteurs existants et nouveaux ainsi que les opérateurs de gestion de la demande. En outre, les hypothèses exposées pour en justifier l’existence sont nombreuses et fondées sur des probabilités.

Il prend en compte le fait que la Commission évaluait, pour la première fois, un marché de capacité à la lumière des lignes directrices concernant les aides d’État à la protection de l’environnement et à l’énergie pour la période 2014/2020.

S’agissant de la phase de pré-notification, le Tribunal établit une distinction assez stricte entre cette étape et l’étape suivante de l’examen préliminaire, pour montrer qu’en l’espèce, ces deux phases distinctes se sont en réalité confondues.

Selon le Tribunal, l’objectif de la phase de pré-notification consiste à réduire le risque que la notification puisse être considérée comme étant incomplète, mais elle n’a pas pour objet, surtout quand il s’agit d’un cas particulièrement nouveau ou complexe, d’apprécier la compatibilité de la mesure notifiée avec le marché intérieur.

Or, en l’espèce, la phase de pré-notification a été significativement plus longue que la période de deux mois envisagée, en règle générale, par le code de bonnes pratiques. Le Royaume-Uni a en effet informé la Commission du contenu de la mesure envisagée environ 18 mois avant sa notification. Durant cette phase de pré-notification, la Commission a posé trois séries de questions au Royaume-Uni. Surtout le Tribunal s’attache à un élément particulier de l’examen : il note qu’à la fin de cette phase de pré-notification, la Commission a indiqué informellement au Royaume-Uni que la mesure semblait à première vue compatible avec le marché intérieur, alors qu’au même moment elle lui communiquait une série de questions portant sur l’effet incitatif, la proportionnalité et l’existence de discriminations, soit des éléments clefs de l’analyse de compatibilité. Il suggère ainsi que la Commission connaissait la conclusion à laquelle elle parviendrait avant d’avoir mené à bien son examen.

Ensuite, la Commission n’a plus pris de mesures significatives d’instruction. Le Tribunal en déduit que la Commission était toujours confrontée à des difficultés sérieuses lorsqu’elle a adopté la décision attaquée et qu’elle s’est contentée de reprendre les éléments présentés par l’État membre concerné sans mener à cet égard sa propre analyse.

On notera aussi que le Tribunal attache une certaine importance au fait que trois types d’opérateurs aient contesté, avant l’adoption de la décision attaquée, la compatibilité de la mesure avec le marché intérieur, ce qui semble constituer, là encore une inflexion jurisprudentielle.

La Commission a fait valoir, sans succès, que le Royaume-Uni avait procédé à une consultation nationale des opérateurs concernés. Le Tribunal refuse d’assimiler les effets

d'une telle consultation à ceux d'une ouverture de la procédure formelle d'examen et souligne avec force que "l'État membre concerné, dispensateur de l'aide, ne peut se substituer à la Commission" (point 100 de l'arrêt).

Il restait à déterminer si ces indices externes de l'existence de difficultés sérieuses étaient corroborés par des éléments relatifs au contenu de la décision attaquée.

Sur les indices liés au contenu de la décision attaquée

Selon *Tempus*, trois éléments, dans la décision attaquée, révélaient l'existence de difficultés sérieuses auxquelles la Commission aurait été confrontée.

En premier lieu, la Commission aurait mal apprécié le rôle de la gestion de la demande au sein du marché de capacité.

Le Tribunal, se fondant sur les lignes directrices pertinentes, considère qu'il appartenait à la Commission de s'assurer que le régime d'aide était conçu afin que la gestion de la demande puisse y participer au même titre que la production. Il vérifie si le rôle susceptible d'être joué par la gestion de la demande a été suffisamment évalué au regard des principes définis par ces lignes directrices.

Or, à l'issue d'un examen détaillé du rapport des experts indépendants qui met l'accent sur la nécessité urgente de définir des incitations adéquates pour permettre à la gestion de la demande de participer effectivement au marché de capacité en considération de tout son potentiel, le Tribunal estime qu'une procédure formelle d'examen aurait permis à la Commission d'obtenir des informations pertinentes pour définir le niveau d'incitation requis. Or, aucun élément mentionné dans la décision attaquée ne permet d'établir que la Commission a diligenté son propre examen en ce qui concerne la prise en compte effective de la demande, dont le potentiel était reconnu et utile, au titre de ce marché. La Commission ne pouvait donc se satisfaire du seul caractère ouvert de la mesure sans mener un examen plus détaillé.

On observera qu'ici le degré d'exigence du Tribunal à l'égard de l'examen que doit conduire la Commission est particulièrement élevé dans un domaine pourtant fort complexe et technique. Il semble que la Commission soit pratiquement invitée par le Tribunal à se substituer à l'État membre pour évaluer le besoin d'incitation de la gestion de la demande. De larges parties de ces développements de l'arrêt ressemblent à un rapport d'expertise, et s'inspirent d'ailleurs d'un rapport d'expertise longuement cité.

En deuxième lieu, *Tempus* reprochait à la Commission d'avoir avalisé un traitement discriminatoire ou désavantageux de la gestion de la demande au sein du marché de capacité.

En effet, le Royaume-Uni avait réservé la possibilité d'obtenir des contrats de capacité d'une durée supérieure à un

an aux seuls producteurs ayant des dépenses en capital supérieures à un certain seuil, à l'exclusion donc des opérateurs de gestion de la demande. Il avait justifié cette différence de traitement par les coûts d'investissement supportés par les producteurs rénovant une centrale ou construisant une nouvelle centrale, alors que les opérateurs de gestion de la demande n'auraient pas les mêmes besoins de financement.

Le Tribunal admet que les besoins en capital des producteurs ont été démontrés. Toutefois, il considère qu'il existe des indications selon lesquelles les opérateurs de gestion de la demande auraient dû, eux-aussi, exposer des dépenses en capital et auraient eu, eux-aussi, d'importants besoins de financement.

Dès lors, la Commission aurait dû analyser en détail ces besoins de financement, ce qu'elle n'a pas fait. Comme la Commission objectait que les opérateurs de gestion de la demande n'avaient pas fourni d'informations détaillées à cet égard au cours de la procédure administrative, le Tribunal souligne qu'il incombait à cette institution d'examiner, de manière diligente et impartiale, l'ensemble des éléments pertinents aux fins de cette analyse.

Selon *Tempus*, la méthode de recouvrement des coûts était disproportionnée car elle n'incitait pas suffisamment les consommateurs à réduire leur consommation lors des pics de demande et ne limitait donc pas le montant total de l'aide au minimum nécessaire. La requérante soutenait que la méthode de recouvrement des coûts aurait dû être fondée sur la consommation d'électricité durant les trois plus hauts pics annuels de demandes.

Le Tribunal relève que la méthode de recouvrement des coûts du marché de capacité influence le volume de capacité mis aux enchères et donc le montant de l'aide. Or, le Royaume-Uni avait modifié la méthode de recouvrement des coûts après la consultation publique, en s'éloignant de la méthode préconisée par les gestionnaires de la demande. Le Tribunal estime donc que la Commission aurait dû examiner les conséquences de ce changement de position du Royaume-Uni sur le montant total de l'aide, ce qu'elle n'aurait pas fait, du moins pas de manière suffisamment détaillée.

Tempus reprochait encore à la Commission de ne pas avoir veillé à ce que les opérateurs de gestion de la demande soient suffisamment incités à participer au marché de capacité, les conditions de participation auxquelles ils étaient soumis étant trop restrictives. Le Tribunal procède là encore à un examen très fouillé de la justification de chacune des conditions de participation auxquelles ces opérateurs étaient soumis et à l'interaction des différents types d'enchères prévues par la mesure examinée.

Il aboutit à une conclusion plus nuancée sur ce point et ne censure pas chacune des conditions litigieuses, mais estime que la Commission n'a pas obtenu suffisamment d'assurances sur les volumes respectifs soumis à ces différentes procédures de mise aux enchères ni sur le caractère suffisamment bas du seuil minimal de participation imposé aux opérateurs de gestion de la demande.

En substance, il souligne que toute modalité quelconque de la mesure d'aide doit faire l'objet d'un examen détaillé et être optimisée au regard des objectifs affichés et reconnus comme légitimes par les lignes directrices pertinentes. La marge discrétionnaire de l'État membre comme celle de la Commission sont ici réduites à la portion congrue.

Sur un dernier point toutefois, le Tribunal refuse de suivre l'argumentation de *Tempus*. Cette dernière soutenait qu'il aurait fallu tenir compte du fait que les gestionnaires de la demande, contrairement aux autres opérateurs, n'étaient pas soumis à des pertes de transport et de distribution de l'électricité. En effet, les lignes directrices pertinentes visent uniquement la rétribution de la mise à disposition de l'électricité et non celle de la vente.

Finalement, même si les innovations jurisprudentielles de l'arrêt *Tempus* sont plus visibles en ce qui concerne les indices externes de difficultés sérieuses qu'en ce qui concerne les indices liés au contenu de la décision attaquée, le Tribunal a pratiqué, dans cette affaire, un contrôle de proportionnalité extrêmement fouillé et remarquablement exigeant sur la mesure d'aide examinée, pourtant très technique, substituant presque son appréciation à celle de la Commission.

B. S. ■

Régime existant – SIEG : Le Tribunal de l'Union européenne rejette à nouveau les recours introduits par des organismes néerlandais actifs dans le domaine du logement social contre la décision de la Commission européenne qualifiant diverses mesures dont ils bénéficient d'aides existantes et, telles que modifiées à la suite d'engagements souscrits par les autorités néerlandaises, comme étant compatibles avec l'article 106, paragraphe 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (*Trib. UE, 15 nov. 2018, Stichting Woonlinie e.a., aff. jtes T-202/10 RENV II et T-203/10 RENV II, EU:T:2018:795*)

La saga judiciaire des sociétés de logement néerlandaises (*woningcorporaties* ou *wocos*) vient de connaître un nouvel épisode à la faveur d'un arrêt du Tribunal du 15 novembre, se prononçant sur des recours introduits par ces organismes à but non lucratif qui ont, notamment, pour mission de procéder à l'acquisition, à la construction et à la mise en location d'habitations destinées à des personnes défavorisées. L'affaire étant connue, on se bornera à rappeler que, par une décision C(2009) 9963 du 15 décembre 2009, la Commission a, en substance, (i) considéré que le système néerlandais de financement du logement social constituait un régime d'aides existantes, (ii) estimé que le système d'aides en faveur des *wocos*, tel que modifié par les autorités néerlandaises, était compatible avec l'article 106, paragraphe 2, TFUE, et (iii) pris

acte des engagements de ces autorités, conformément à l'article 19 du règlement n° 659/1999 (*JOUE* 1999, L 83, p. 1). En 2010, des *wocos* ont contesté cette décision devant le Tribunal en tant qu'elle concernait les mesures qui leur étaient applicables. Ceci marquait le début d'une longue bataille judiciaire :

- le 16 décembre 2011, le Tribunal a rejeté ces recours comme étant irrecevables (Trib. UE, 16 déc. 2011, *Stichting Woonlinie e.a.*, aff. T-202/10, EU:T:2011:765, et *Stichting Woonpunt e.a.*, aff. T-203/10, EU:T:2011:766) ;
- le 27 février 2014, la Cour a annulé les ordonnances du 16 décembre 2011 (CJUE, 27 févr. 2014, *Stichting Woonlinie e.a.*, aff. C-133/12 P, EU:C:2014:105, et *Stichting Woonpunt e.a.*, aff. C-132/12 P EU:C:2014:100).
- le 12 mai 2015, après renvoi, le Tribunal a de nouveau rejeté les recours comme étant, cette fois-ci, manifestement non fondés en droit (Trib UE, 12 mai 2015, *Woonlinie*, aff. T-202/10 RENV, EU:T:2015:287, *Woonpunt*, aff. T-203/10 RENV, EU:T:2015:286, comm. R. Vuitton, *Concurrences*, n° 3-2015, p. 144) ;
- le 15 mars 2017, la Cour a annulé les ordonnances du 12 mai 2015 (CJUE, 15 mars 2017, *Stichting Woonlinie e.a.*, aff. C-414/15 P, EU:C:2017:215, et *Stichting Woonpunt e.a.*, aff. C-415/15 P, EU:C:2017:216, comm. R. Vuitton, *Concurrences*, n°2-2017, pp. 140-142).

C'est dans ces conditions que, près de dix ans après l'adoption de la décision de la Commission, le Tribunal a été amené à se prononcer à nouveau sur les recours des *wocos*. Sur les huit moyens soulevés dans le cadre des recours en cause, qui seront tous rejetés par le Tribunal, seuls certains d'entre eux retiendront l'attention dans le cadre de la présente chronique.

L'examen des griefs concernant la "lettre article 17"

Avant d'examiner les réponses apportées à ces moyens, il est à relever d'emblée que certains de ceux-ci visaient à critiquer non pas l'appréciation de la Commission figurant dans la décision litigieuse mais le contenu de la lettre adressée par la Commission, au cours de la procédure, aux autorités néerlandaises sur le fondement l'article 17 du règlement n° 659/1999 (la "lettre article 17").

Dans le système établi par ce règlement – qui n'a pas été substantiellement modifié par le règlement 2015/1589 (*JOUE* 2015, L 248, p.9) – une telle lettre constitue la première étape de la procédure d'examen des aides existantes. Elle est adressée à l'État membre concerné par la Commission lorsqu'elle considère, à titre préliminaire, qu'un régime d'aides existant n'est pas, ou n'est plus, compatible avec le marché commun. L'État membre est ainsi invité à présenter ses observations dans un délai d'un mois.

Or, on se souvient que, dans ses ordonnances du 12 mai 2015, le Tribunal avait écarté ces moyens comme étant inopérants, au motif que son contrôle ne s'étendait pas à l'examen effectué par la Commission du régime d'aides antérieur aux engagements pris par les autorités néerlandaises, lesquels étaient postérieurs à la lettre article 17.

Cette approche fut ensuite sanctionnée par la Cour dans ses arrêts du 15 mars 2017. Elle avait en effet estimé que, dès lors que la lettre article 17 constituait une première étape de l'élaboration de la décision finale adoptée par la Commission concernant une aide existante, il était possible d'invoquer l'illégalité entachant l'appréciation contenue dans cette lettre à l'appui d'un recours contre ladite décision.

C'est donc afin de faire application de ces enseignements que le Tribunal examine, en l'espèce, les moyens concernant le contenu de la lettre article 17.

L'existence d'une aide individuelle n'exclut pas celle d'un régime sur le fondement duquel cette aide est octroyée

Par un premier moyen, les *wocos* reprochaient à la Commission d'avoir outrepassé sa compétence en appréciant une des mesures relevant du régime en cause, en l'occurrence celle concernant la vente par les municipalités de terrains à des prix inférieurs aux prix du marché, selon la procédure applicable aux aides existantes, alors que cette mesure ne fait pas partie du système général d'aides d'État en cause. Selon les *wocos*, cette mesure aurait dû être appréciée selon la procédure applicable aux aides individuelles.

Le Tribunal s'est interrogé, à juste titre, sur l'intérêt pour les *wocos* de soulever un tel moyen. En effet, les *wocos* sont bénéficiaires du régime, dont relève la mesure en cause, qui a été déclaré compatible avec le marché intérieur en vertu de l'article 106, paragraphe 2, TFUE. Il n'est pas évident de comprendre ce qui motive les *wocos* à prétendre que la mesure en cause aurait dû être appréciée selon une procédure différente, qui aurait pu, le cas échéant, aboutir à un résultat différent. Ne souhaitant pas sanctionner ce moyen d'une irrecevabilité, le Tribunal l'examine au fond.

À cet égard, premièrement, le Tribunal affirme, au regard de la définition de la notion de "régime d'aides" figurant dans le règlement n° 659/1999, que "le fait que des aides individuelles soient versées n'exclut pas l'existence d'un régime sur le fondement duquel ces aides sont octroyées" (point 50). Les *wocos* ne pouvaient donc prendre appui sur le fait que la Commission a reçu des plaintes relatives à des ventes individuelles pour contester l'existence d'un régime en application duquel ces aides individuelles ont été octroyées. Deuxièmement, le Tribunal relève que la circonstance que cette mesure n'était pas prévue par un texte législatif est sans influence sur le fait qu'elle puisse relever d'un régime d'aides. En effet, "*l'exigence d'une disposition législative comme fondement d'un régime d'aides ne fait pas partie de la définition d'un régime d'aides*" (point 51). Au demeurant, les autorités néerlandaises

avaient elles-mêmes considéré que les accords conclus par de nombreuses municipalités relatifs à la vente de terrains à des *wocos* à des prix préférentiels constituaient une mesure faisant partie du système de financement de ces sociétés. D'ailleurs, le caractère récurrent des ventes aux *wocos* de terrains à des prix inférieurs à ceux du marché était établi par des documents produits par la Commission. Troisièmement, l'argument des *wocos* selon lequel la Commission aurait dû démontrer que la mesure en cause existait avant l'entrée en vigueur du traité, est logiquement écarté, dès lors que les pouvoirs publics intervenaient déjà en 1952 dans la fixation des prix des terrains destinés à la construction de logements sociaux en fixant un plafond. Quatrièmement, la circonstance que la mesure en cause ne figurait pas dans la lettre article 17 et a été mentionnée pour la première fois dans la décision litigieuse apparaissait, a priori, comme plus pertinente. Le Tribunal relève toutefois que cette mesure figurait dans la notification du système de financement des *wocos* effectuée par les autorités néerlandaises, lesquelles considéraient donc la mesure en cause comme en faisant partie de ce système. Au demeurant, les *wocos* n'ont pas indiqué quelles conséquences devraient être tirées du fait que la mesure en cause n'était pas mentionnée expressément dans la lettre article 17. Dans ces conditions, le Tribunal confirme logiquement que cette mesure faisait partie du régime en cause.

L'existence d'une erreur manifeste dans la définition du service public du logement social

Par un deuxième moyen, les *wocos* faisaient valoir que la Commission n'avait pas démontré l'existence d'une erreur manifeste dans la définition du service d'intérêt économique général (SIEG) du logement social.

À cet égard, il est à relever que, selon la loi néerlandaise sur le logement, les *wocos* avaient pour mission de loger par priorité des personnes qui, en raison de leurs revenus ou d'autres circonstances, éprouvent des difficultés pour trouver un logement convenable. Pour l'attribution des logements qu'elles gèrent avec un loyer proportionnellement réduit, les sociétés de logement sont tenues de donner priorité, dans toute la mesure du possible, à des candidats au logement qui sont particulièrement désignés pour obtenir ces logements, compte tenu de leurs revenus.

La Commission a néanmoins relevé, dans la lettre article 17 que les activités de logement n'étaient pas restreintes aux personnes socialement défavorisées et que, en cas de surcapacité, les *wocos* louaient des logements à des personnes ayant des revenus relativement élevés, portant ainsi atteinte à leurs concurrents commerciaux qui ne bénéficient pas des mesures étatiques. Elle a donc considéré que la possibilité de louer des logements à des groupes ayant des revenus plus élevés ou à des entreprises constituait une erreur manifeste dans la définition du service public.

Ce faisant, et ainsi que le Tribunal l'a relevé à juste titre, la Commission indiquait aux autorités néerlandaises qu'elles devaient modifier la définition de la mission de

service public conférée aux sociétés de logement, de sorte que le logement social soit destiné à un groupe cible clairement défini de personnes défavorisées ou de groupes socialement défavorisés. En effet, la Commission a considéré que l'obligation légale de donner la "priorité aux personnes qui ont des difficultés à trouver un logement convenable" ne permettait pas une délimitation suffisamment précise du groupe cible auquel les logements sociaux étaient destinés.

Le Tribunal conclut donc, au terme de son examen, que, par la lettre article 17, la Commission a indiqué aux autorités néerlandaises que l'absence de définition précise de la mission confiée aux *wocos* constituait une erreur manifeste dans la définition du SIEG.

Il appartenait donc aux autorités néerlandaises de démontrer que la définition de la mission confiée aux *wocos* était suffisamment précise pour répondre à l'objectif du SIEG du logement social. Tel ne fut cependant pas le cas.

Or, l'absence de preuve, fournie par l'État membre, que les critères pour la détermination d'un SIEG sont satisfaits est susceptible de constituer une erreur manifeste d'appréciation que la Commission est tenue de prendre en considération (arrêt du 1^{er} mars 2017, France *c/* Commission, aff. T-366/13, EU:T:2017:135, point 105).

Le Tribunal souligne d'ailleurs que, au cours de leurs échanges avec la Commission, les autorités néerlandaises avaient admis que la mission du SIEG n'était pas suffisamment précise et avaient proposé une nouvelle définition du groupe cible des ménages socialement défavorisés.

Dans ces conditions, le Tribunal conclut, à juste titre, que la Commission a démontré à suffisance de droit l'existence d'une erreur manifeste dans la définition du SIEG du logement social conféré aux *wocos*.

La Commission a exigé que la définition des activités des entreprises chargées du SIEG ait un lien direct avec les ménages socialement défavorisés

Par deux autres moyens, les *wocos* faisaient grief à la Commission d'avoir exigé, dans la lettre article 17, que les autorités néerlandaises définissent le SIEG du logement social par référence à un groupe cible déterminé en fonction d'un plafond de revenus.

En l'occurrence, le Tribunal relève que, dans sa lettre article 17, la Commission a indiqué que la définition du SIEG du logement social devait établir un lien direct avec les ménages défavorisés et a estimé que la solution proposée par les autorités néerlandaises consistant à réduire la valeur maximale des logements qui pouvaient être considérés comme des "logements sociaux" ne résolvait pas ce problème.

Contrairement à ce que soutenaient les *wocos*, la Commission n'a pas considéré que l'erreur manifeste dans la définition du SIEG résultait de l'absence de limite de revenus spécifiques, mais qu'elle résultait de l'absence d'une définition claire du groupe cible. Elle s'est ainsi contentée d'indiquer qu'un critère relatif à la valeur maximale du logement n'était pas un critère satisfaisant. Ce faisant, la Commission s'est conformée aux prescriptions de la décision 2005/842. Le Tribunal relève d'ailleurs que ce sont les autorités néerlandaises – et non la Commission – qui ont proposé une nouvelle définition du logement social fondée sur un plafond de revenus.

La Commission a examiné la possibilité d'une surcompensation

Par un autre moyen, les *wocos* faisaient valoir que la Commission n'avait pas examiné l'existence d'une surcompensation dans le système de financement du logement social, au regard de la définition initiale du SIEG, avant d'exiger une modification de ce système.

À cet égard, le Tribunal relève que, dans la lettre article 17, la Commission a constaté que les autorités néerlandaises ne pouvant pas fournir d'informations sur les surcoûts encourus par les *wocos* pour les activités de service public, ni sur la valeur exacte des mesures étatiques, il lui était impossible de déterminer s'il existait ou non une surcompensation des coûts nets de service public. Le Tribunal souligne également que, en réponse à cette lettre, les autorités néerlandaises étaient en mesure d'apporter des informations de nature à établir l'absence de surcompensation et la compatibilité du système initial avec l'article 106, paragraphe 2, TFUE. Or, le Tribunal constate que, loin de contester l'existence d'un risque de surcompensation, les autorités néerlandaises ont admis la nécessité d'adopter des mesures, prévoyant notamment l'obligation de tenir des comptes séparés, afin de limiter l'attribution de l'aide d'État aux activités destinées au groupe cible de personnes défavorisées.

Le Tribunal écarte donc le moyen pris de ce que la Commission n'aurait pas examiné l'existence d'une surcompensation dans le système de financement du logement social initial.

En conclusion, le Tribunal rejette l'ensemble des moyens soulevés par les *wocos* et rejette, une nouvelle fois, leurs recours, lesquels étaient - il est vrai - fondés sur une lecture partielle, si ce n'est contournée, de la lettre article 17 et de la décision C(2009) 9963. Reste à savoir si cet arrêt du Tribunal fera, comme les précédentes ordonnances, l'objet d'un nouveau pourvoi de ces sociétés.

R. V. ■

Service public – Application dans le temps – Autorité de la chose jugée : Le Tribunal de l'Union européenne confirme que constitue une aide nouvelle illégale et incompatible l'octroi par un juge national d'une compensation rétroactive de service public à un service de transport de passagers par autobus en l'absence d'une définition suffisamment précise de sa mission de service public et d'une comptabilité séparée (*Trib. UE, 29 nov. 2018, ARFEA, aff. T-720/16, EU:T:2018:853*)

L'arrêt *ARFEA* s'inscrit dans le même contexte que les arrêts *Simet* (Trib. UE, 3 mars 2016, T-15/14, EU:T:2016:124), *Buonotourist* (Trib. UE, 11 juillet 2018, T-185/15, EU:T:2018:430) et *CSTP* (Trib. UE, 11 juillet 2018, T-186/15, EU:T:2018:431). Elle est née d'une jurisprudence du Conseil d'État italien de 2006 reconnaissant un droit à une compensation intégrale des surcoûts supportés par les entreprises de transport en ce qui concerne l'exécution des obligations de service public. Ce droit était directement fondé sur le règlement du Conseil n° 1191/69 établissant un cadre harmonisé et définissant les conditions dans lesquelles les États membres pouvaient accorder des subventions pour compenser le coût des obligations de service public qu'ils imposaient aux services de transport. Faisant application de cette jurisprudence du Conseil d'État, le tribunal administratif du Piémont a, en 2010, fait droit à une demande de compensation complémentaire au titre de transports publics locaux fournis en 1997 et 1998 par *ARFEA*, société qui fournit, notamment, parmi d'autres services privés, des services de transport public local de personnes par autobus sur la base de concessions. En 2013, par deux nouveaux jugements, il a fixé le montant des compensations en cause.

En 2014, les autorités italiennes ont notifié cette aide à la Commission qui l'a finalement, en 2016, déclarée illégale et incompatible et en a ordonné la récupération. En substance, la Commission a considéré que la compensation versée à *ARFEA* ne respectait ni les conditions de l'exemption prévue par le règlement n° 1191/69, ni celles du règlement qui lui a succédé, le règlement n° 1370/2007.

ARFEA soutenait en substance que la Commission avait violé l'autorité de la chose jugée par le tribunal administratif du Piémont, qu'elle avait qualifié à tort la compensation de service public en cause d'aide d'État, que cette compensation était exemptée de l'obligation de notification et compatible avec le marché intérieur, et que la Commission ne pouvait pas en ordonner la récupération.

Sur l'autorité de la chose jugée

Bien que le Tribunal ait rappelé à plusieurs reprises ces derniers temps que la compétence de la Commission en ce qui concerne l'examen de la compatibilité des aides avec le marché intérieur ne pouvait être entamée par des jugements des juridictions nationales, la réitération de ce

principe par le Tribunal retient ici l'attention par le caractère particulièrement explicite des formulations utilisées et s'inscrit à cet égard dans la lignée de l'arrêt de la Cour *Lucchini* (arrêt du 18 juillet 2007 dans l'affaire C-119/05, EU:C:2007:434).

Après avoir rappelé avec force l'incompétence du juge national pour se prononcer sur la compatibilité d'une aide avec le marché intérieur, la compétence exclusive de la Commission en la matière comme conséquence du principe de la primauté du droit de l'Union, l'obligation de coopération loyale qui interdit au juge national de prendre toute mesure générale ou particulière susceptible de mettre en péril la réalisation des buts du traité, le Tribunal énonce que "*le principe de l'autorité de la chose jugée qui s'attache à une décision juridictionnelle nationale ne saurait constituer un obstacle à l'exercice par la Commission de sa compétence exclusive de contrôle de la compatibilité des aides d'État*" (point 70 de l'arrêt).

Sur les conditions *Altmark*

L'arrêt *ARFEA* contient des développements intéressants sur la manière dont se comprend la première condition *Altmark* relative à l'existence d'un mandat de service d'intérêt économique général et sur son articulation avec la troisième condition *Altmark* relative à l'absence de surcompensation.

En se fondant sur les éléments du cahier des charges des concessions communiquées par les parties à la Commission lors de la procédure administrative, le Tribunal observe que, contrairement à ce que soutenait cette institution, les concessions en cause contenaient des obligations de service public, notamment des obligations d'exploitation et de transport (telles par exemple, que l'obligation de garantir un service de transport de personnes pendant une période et sur un parcours déterminés, en respectant les arrêts fixes et les horaires soumis à l'approbation des autorités régionales) ainsi que des obligations tarifaires. Il considère également que ces concessions constituent un acte de puissance publique, bien qu'elles ne soient pas accordées par des actes législatifs ou réglementaires.

Cependant, il tire les leçons de l'arrêt de la Cour du 20 décembre 2017 dans les affaires jointes C-66/16 P à C-69/16 P, *Communauté autonome du Pays Basque contre Commission* (EU:C:2017:999) qui soulignait l'importance de la clarté et de la précision du mandat formel de service d'intérêt économique général. Le Tribunal indique ainsi que la première condition *Altmark* vise essentiellement à déterminer si, premièrement, l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et, deuxièmement, si ces obligations ont été clairement définies par le droit national. Autrement dit, il semble subdiviser la première condition *Altmark* et voit dans la présente affaire un exemple de situation dans laquelle la première sous-condition serait remplie tandis que la deuxième ne le serait pas. En effet, les éléments examinés du cahier des charges ne permettent pas d'établir quelle était l'étendue des obligations de service public dont la requérante était

effectivement chargée pendant la période concernée. Le Tribunal établit toute une liste d'indices qui attestent l'imprécision de la mission de service public en cause et qui le conduisent à conclure que la première condition *Altmark* n'est pas remplie en l'espèce.

Il ajoute que les conditions *Altmark* ont pour objectif commun de vérifier si 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 s'attache en particulier au lien qui existe entre la première et la troisième condition *Altmark* : "dès lors que l'étendue précise des obligations de service public dont la requérante était effectivement chargée pendant la période concernée n'est pas établie, il n'est pas possible de s'assurer que la compensation en cause n'a pas dépassé ce qui était nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés pour la requérante par l'exécution des obligations de service public" (point 110 de l'arrêt). Il en déduit que la troisième condition *Altmark* n'était pas non plus remplie en l'espèce.

Sur les règles applicables *ratione temporis*

La Commission avait appliqué à la fois le règlement n° 1191/69 et le règlement n° 1370/2007, le premier pour déterminer si la compensation en cause était exemptée de l'obligation de notification et le second pour apprécier sa compatibilité avec le marché intérieur. La requérante lui reprochait d'avoir mené son analyse de compatibilité en appliquant rétroactivement le règlement n° 1370/2007 et violé les principes généraux élaborés par la Cour en ce qui concerne l'application dans le temps des règles de droit de l'Union.

Le Tribunal écarte ce reproche en se fondant sur la jurisprudence *Andersen* (arrêt de la Cour du 6 octobre 2015 dans l'affaire C-303/13 P, *Commission c/ Andersen*, EU:C:2015:647). Il déduit de cet arrêt que, pour pouvoir relever d'une situation définitivement acquise sous l'empire du règlement n° 1191/69, une aide doit, en tout état de cause, avoir été versée avant l'entrée en vigueur de la nouvelle règle, ce qui n'était pas le cas en l'espèce puisque le versement a eu lieu le 7 février 2014 et n'a pas même été effectué en vertu d'une obligation de droit national antérieure à la nouvelle règle.

ARFEA tentait encore de se prévaloir du règlement n° 1191/69 pour contester l'obligation de notification de la mesure d'aide. Le Tribunal rejette cet argument pour le même motif : dès lors que la compatibilité de la mesure est à examiner au regard du règlement n° 1370/2007 (et non du règlement n° 1191/69), le règlement ancien ne peut pas non plus être utilement invoqué pour échapper à l'obligation de notification.

À titre subsidiaire, le Tribunal relève qu'en l'absence de séparation comptable entre les activités prétendument soumises à des obligations de service public et les autres activités d'*ARFEA*, les conditions d'exemption fixées par le règlement n° 1191/69 n'étaient pas remplies.

Sur la prescription en matière de récupération

Le service censé donner lieu à compensation avait été presté plus de 18 ans avant l'adoption, par la Commission, de la décision attaquée. Fallait-il en déduire que les pouvoirs de la Commission pour ordonner la récupération de l'aide litigieuse étaient prescrits ? C'est ce que soutenait *ARFEA*.

Pour répondre à ce moyen, il fallait déterminer quand le délai de prescription de dix ans fixé par l'article 17 du règlement 2015/1589 avait commencé à courir. Était-ce le moment où la prestation avait été effectuée par le bénéficiaire, le moment de l'octroi de l'aide ou le moment du versement de l'aide ? Selon la Commission, le point de départ de ce délai était le versement de l'aide, en 2014, et l'aide n'était donc pas prescrite.

Le Tribunal adopte une position différente en observant l'existence d'une sorte de tension entre plusieurs arrêts et en particulier entre les arrêts *France Télécom* "taxe professionnelle" (arrêt du 8 décembre 2011 dans l'affaire C-81/10 P, *France Télécom*, EU:C:2011:811) et *Magdeburger Mühlenwerke* (arrêt de la Cour du 21 mars 2013 dans l'affaire C-129/12, EU:C:2013:200). Le premier de ces deux arrêts privilégie la date d'octroi effectif de l'aide au bénéficiaire, c'est-à-dire la date de son versement (et non la date d'adoption du régime d'aide) et le second retient le moment où la législation nationale applicable confère aux bénéficiaires le droit de recevoir les aides.

Tentant de réconcilier ces deux approches, le Tribunal considère que la détermination de la date d'octroi d'une aide est susceptible de varier en fonction de la nature de l'aide en cause. Il estime que la date de versement de l'aide est le critère à utiliser dans le cas des régimes d'aides pluriannuels, notamment des régimes d'aides fiscales, mais il constate que l'aide ici en cause n'a pas été accordée en vertu d'un tel régime et il écarte donc le critère de la date de versement de l'aide.

Selon le Tribunal, "la compensation en cause constitue un exemple, peu habituel dans le domaine des aides d'État (...) d'une aide qui résulte d'une décision d'une juridiction nationale appelée à statuer sur un recours déterminé et qui a un caractère individuel" (point 183 de l'arrêt). Dans un tel cas, c'est le moment où le droit de recevoir la compensation en cause a été conféré à la requérante qui doit être pris en compte et ce moment est celui du prononcé des jugements du tribunal administratif régional du Piémont fixant, sur un fondement nouveau, le montant de la compensation. Il s'aligne donc sur la solution privilégiée dans l'arrêt *Magdeburger Mühlenwerke*, mais, d'une part, il souligne bien les particularités du présent cas d'espèce, évitant ainsi que des conséquences trop générales ne soient tirées de l'arrêt *ARFEA*, et, d'autre part, cela ne le conduit à avancer que très légèrement (de quelques mois) la date de début du délai de prescription par rapport à la date de versement de l'aide. Dès lors, il constate que l'aide litigieuse n'était pas prescrite.

En conclusion, le principal intérêt de cet arrêt est de bien montrer que les exigences parfois considérées comme formelles posées par les conditions *Altmark* ont en réalité toute leur place dans la logique d'ensemble de ces conditions. Il contribue à renforcer les exigences de cohérence et de rationalisation qui pèsent sur les États membres, lorsqu'ils souhaitent accorder une compensation de service public.

B. S. ■

Aide illégale et incompatible – Récupération – Proportionnalité :

Le Tribunal de l'Union européenne annule une obligation ajoutée par une décision de la Commission européenne à la récupération de l'avantage par les sociétés bénéficiaires, à savoir l'interdiction qui était faite à l'Etat membre en cause de verser les montants garantis aux associés personnes physiques eux-mêmes, non identifiés comme bénéficiaires (*Trib. UE, 7 déc. 2018, Belgique c/ Commission, aff. T-664/14, EU:T:2018:890*)

L'affaire "ARCO" a des ramifications multiples à la suite d'une décision de la Commission, du 3 juillet 2014, concernant l'aide d'État SA.33927 (régime de garantie protégeant les participations des associés personnes physiques de coopératives financières – JO 2014, L 284, p. 53 – "décision de 2014"). Cette affaire déjà été commentée plusieurs fois ici : une première fois, à l'occasion d'un arrêt préjudiciel en appréciation de validité de cette décision (CJUE, 21 déc. 2016, Vervloet, C-76/15, EU:C:2016:875 ; obs. B. Stromsky, Concurrences, n° 1/2017, pp. 170 – 172) et une seconde fois, à l'occasion du rejet d'un premier recours en annulation contre cette décision (Trib. UE, 9 févr. 2018, Arcofin e.a., T-711/14, EU:T:2018:80 ; obs. J. Derenne, Concurrences, n° 2/2018, pp. 155-156). Le lecteur pourra se référer utilement à ces commentaires.

Contexte général de l'affaire

L'affaire est liée au sauvetage de la banque franco-belge Dexia lors de la crise financière.

Le groupe Arco, le bras financier du mouvement ouvrier chrétien flamand en Belgique, avait investi dans Dexia. Plus de 800.000 coopérateurs d'Arco sont concernés. Un régime de garantie avait été adopté par l'Etat belge en faveur du groupe Arco, actuellement en liquidation. La Commission, le Conseil d'État, la Cour constitutionnelle, la Cour de justice et le Tribunal ont tous confirmé l'illégalité de la garantie, chacun dans leur domaine de compétence. Mais la Commission avait également interdit à l'Etat belge de verser les montants garantis aux coopérateurs eux-mêmes. Ces coopérateurs étant également 800.000 électeurs, le gouvernement belge avait même inscrit ce versement dans sa déclaration gouvernementale.

En parallèle avec le recours d'Arco contre la décision de 2014 (rejeté en février 2018), la Belgique a contesté sa disposition spécifique qui lui interdit de mettre en œuvre la garantie au profit des coopérateurs eux-mêmes (article 2, paragraphe 4, de la décision de 2014). L'arrêt annoté du Tribunal annule cette interdiction qui n'avait pas de justification en termes de concurrence.

Décision de la Commission

La décision de 2014 déclare la garantie précitée illégale et incompatible avec le marché intérieur. Elle qualifie les sociétés Arco comme les véritables bénéficiaires d'une aide constituée d'un ensemble de mesures (annonces d'octobre 2008 et de janvier 2009 et adhésion des sociétés Arco au régime de garantie mis en place par des arrêtés royaux de 2011 sur le fondement d'une loi du 14 avril 2009, dont les dispositions pertinentes ont été reprises dans la loi du 22 février 1998 sur la Banque nationale de Belgique). La décision ordonne la récupération de l'aide auprès des sociétés Arco et le retrait des actes législatifs et réglementaires fondant la garantie et interdit sa mise en œuvre au profit des coopérateurs. Toutefois, la décision ne qualifie pas ces coopérateurs comme bénéficiaires des mesures d'aides en cause.

C'est cette seule interdiction de mettre en œuvre la garantie au profit des coopérateurs (article 2, paragraphe 4, de la décision de 2014) qui fait l'objet du recours donnant lieu à l'arrêt annoté.

Autres procédures liées

A la suite de recours en annulation devant le Conseil d'État de Belgique contre les arrêtés royaux de 2011, qui trouvaient leur fondement dans une loi, le Conseil d'Etat a posé à la Cour constitutionnelle de Belgique plusieurs questions préjudicielles portant sur la compatibilité de la disposition législative avec la Constitution belge. Pour trancher cette question, la Cour constitutionnelle a saisi la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel en appréciation de la validité de la décision de la décision de 2014 et sur les obligations découlant l'article 108, paragraphe 3, TFUE.

Le 21 décembre 2016, (arrêt Vervloet précité), la Cour de justice a jugé notamment qu'aucun élément n'était de nature à affecter la validité de la décision de 2014 et que l'article 108, paragraphe 3, TFUE s'opposait à l'application de ce régime de garantie. Le 15 juin 2017, la Cour constitutionnelle a déclaré inconstitutionnelle la disposition législative en cause. Le 9 février 2018, le Tribunal a rejeté le recours en annulation des sociétés Arco contre la décision de 2014. Le 6 mars 2018, le Conseil d'État, à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, a annulé les arrêtés royaux de 2011.

Il restait au Tribunal de connaître du recours spécifique de la Belgique contre l'interdiction par la décision de 2014 de la mise en œuvre de la garantie au bénéfice des coopérateurs eux-mêmes des sociétés Arco. Cette affaire était très attendue dès lors que le gouvernement belge avait inscrit dans son programme gouvernemental l'objectif d'indemniser les coopérateurs des sociétés

Arco en cours de liquidation pour les pertes subies de leur investissement utilisé pour le sauvetage de Dexia. La Commission considérerait qu'il s'agirait là d'un détournement de sa décision.

Arrêt du Tribunal

Question préalable sur l'objet du litige

La Commission prétendait tout d'abord que le litige avait perdu son objet depuis l'annulation, le 6 mars 2018, par le Conseil d'État, des arrêtés royaux des 2011. Il n'y aurait dès lors plus lieu à statuer sur le recours.

Le Tribunal constate que l'article 2, paragraphe 4, de la décision de 2014 n'a pas été retiré et qu'il demeurerait néanmoins dans l'ordre juridique de l'Union même s'il devait constater la disparition de l'objet du litige (point 59 de l'arrêt). En outre, l'annulation des arrêtés royaux de 2011 a rendu impossible la mise en œuvre de la garantie, indépendamment de l'interdiction énoncée à l'article 2, paragraphe 4, de la décision de 2014. Son annulation ne permettrait donc pas au Royaume de Belgique de mettre en œuvre la garantie (point 60).

Toutefois, le Tribunal constate que le maintien en vigueur de l'article 2, paragraphe 4, de la décision de 2014 n'est pas sans portée et que son annulation éventuelle ne serait pas dépourvue de tout effet juridique (point 61) : le Tribunal évoque des échanges entre le Royaume de Belgique et la Commission s'agissant de mesures d'effet équivalent à la garantie litigieuse qui pourraient atténuer, pour les coopérateurs, les conséquences de la liquidation des sociétés *Arco*. Au cours de ces échanges, la Commission a fait valoir un risque de "*contournement de la décision attaquée*" (point 62). Contrairement à la Belgique, le Tribunal ne voit pas un tel effet juridique dans une éventuelle procédure en manquement à son encontre au cas où la Commission estimerait que l'État aurait pu mettre en place des mesures au profit des anciens coopérateurs. Le Tribunal relie plutôt cet effet juridique au principe général de coopération loyale de l'article 4 TUE qui impose à tout État membre de s'abstenir de tout comportement susceptible de constituer un tel contournement. Le Tribunal fonde également la persistance d'effets juridiques sur les justifications avancées par la Commission pour la légalité de l'article 2, paragraphe 4, de la décision de 2014, qui sont "*indépendantes des circonstances de l'espèce*" (point 64) : selon la Commission, la seule constatation de l'incompatibilité d'une mesure d'aide avec le marché intérieur suffirait pour justifier qu'il soit ordonné à l'État membre de procéder à la suppression de la mesure en cause. Selon le Tribunal, une telle prise de la position, générale et abstraite, requiert d'être examinée car, si elle devait s'avérer illégale, statuer sur le litige éviterait "*que, dans l'avenir, une illégalité analogue ne se reproduise*" (point 64). Le Tribunal rappelle à ce sujet l'arrêt *Wunenburger* de 2007 (C-362/05) qui juge qu'un recours peut conserver un objet "*pour l'exemple*" : un recours dirigé contre un acte illégal susceptible de se reproduire à l'avenir dans des circonstances indépendantes du cas d'espèce conserve son objet.

Le Tribunal confirme donc que l'annulation de l'article 2, paragraphe 4, de la décision de 2014 n'est pas dépourvue de tout effet juridique et que le recours n'est pas devenu sans objet.

La situation en cause est spécifique (récupération d'une aide sous la forme d'une garantie)

Le Tribunal rappelle les principes relatifs à la récupération d'une aide illégale et incompatible : l'aide doit être supprimée par voie de récupération afin d'éliminer la distorsion de concurrence causée par l'avantage concurrentiel procuré par une telle aide. La récupération fait perdre au bénéficiaire "*l'avantage dont il disposait sur le marché par rapport à ses concurrents et la situation antérieure au versement de l'aide est rétablie*" (points 70 à 72).

En l'espèce, la question se posait d'une manière spécifique eu égard aux éléments suivants (voir points 73 à 85) :

- l'aide identifiée dans la décision de 2014 (devenue définitive à la suite de l'ordonnance précitée de février 2018) est celle accordée aux seules sociétés *Arco* (leur avantage ayant été celui de la garantie de leurs participations en incitant les coopérateurs à ne pas retirer leurs investissements) ;
- c'est cette seule aide qui fait l'objet d'une obligation de récupération ;
- les sociétés *Arco* se sont mises en liquidation volontaire dès 2011 ;
- l'interdiction de paiement des montants garantis aux coopérateurs (les personnes physiques ayant la qualité d'associés des sociétés *Arco*) est la seule mesure contestée en l'occurrence ;
- deux mesures sont prescrites par la décision de 2014 pour assurer la récupération de l'aide en cause :
 - l'inscription par la Belgique au passif de la liquidation des sociétés *Arco* d'un montant équivalent à l'avantage dont ces sociétés ont bénéficié (avantage à évaluer par la Belgique selon une formule de calcul déterminée par la décision de 2014) ; cette mesure n'est pas contestée par la Belgique qui estime qu'elle doit suffire à assurer le rétablissement de la concurrence ; et
 - l'abstention par la Belgique de verser les montants garantis aux coopérateurs eux-mêmes.

C'est dans ce contexte spécifique que le Tribunal examine la question de savoir si la récupération de l'avantage dont les sociétés *Arco* ont indûment tiré profit implique ou non la suppression de la garantie, c'est-à-dire l'interdiction de tout versement aux coopérateurs, au cas où la procédure de liquidation aboutirait à la perte pour ceux-ci de tout ou partie de la valeur de leurs participations. Cette question revient à se demander si l'injonction précitée était proportionnée à l'objectif de récupération, "*à savoir appropriée et nécessaire au rétablissement de la situation concurrentielle antérieure, c'est-à-dire à la neutralisation, en ce qui concerne les bénéficiaires identifiés*

par la Commission dans la décision attaquée, de l'avantage concurrentiel tel qu'il a été apprécié dans cette décision" (point 85).

L'interdiction de verser les montants garantis aux coopérateurs est disproportionnée

Le Tribunal constate tout d'abord que les coopérateurs eux-mêmes n'ont pas été considérés comme bénéficiaires d'une aide d'État dans la décision de 2014 (point 86). Le seul avantage identifié est celui au bénéfice des sociétés *Arco*. Dès lors, l'inscription, au passif de la liquidation de ces sociétés, d'une créance d'un montant correspondant à la valorisation de ce seul avantage, "*suffisait à neutraliser ledit avantage et, par suite, à rétablir la situation concurrentielle que l'octroi de l'aide en cause avait faussée*" (point 87).

Le Tribunal juge que l'interdiction de verser les montants garantis aux coopérateurs n'est pas une mesure appropriée à la réalisation de cet objectif de remise en état de la situation concurrentielle en relevant également les deux points suivants :

- comme la décision de 2014 n'a pas qualifié la garantie comme conférant un avantage aux coopérateurs, l'interdiction de procéder aux paiements prévus par la garantie "ne peut être considérée, en tant que telle, comme poursuivant directement l'objectif de récupérer une aide d'État auprès de ses bénéficiaires" (point 88) ;
- l'ouverture de la liquidation des sociétés *Arco* fait obstacle au retrait de leurs participations par les coopérateurs ; depuis lors, "*la garantie n'exerce plus aucun effet incitatif sur les associés*" des sociétés *Arco* et celles-ci ne bénéficient plus de l'avantage en raison de l'existence de la garantie (point 89) ; d'ailleurs, la Commission n'a calculé l'avantage des sociétés *Arco* "*que jusqu'à l'ouverture des procédures de liquidation, laquelle, au demeurant, entraîne la sortie du marché desdites sociétés*" (point 89) ; la suppression de la garantie ne pouvait qu'être "*sans effet sur la situation concurrentielle des sociétés identifiées comme les bénéficiaires de l'aide en cause et ne pouvait contribuer au rétablissement de la situation antérieure*" (point 89).

Le Tribunal rejette enfin les justifications avancées par la Commission, tant dans la décision de 2014 qu'au cours de la procédure devant le Tribunal.

La Commission faisait tout d'abord valoir que l'interdiction de payer les montants garantis découlait de l'article 108, paragraphe 2, TFUE, obligeant de supprimer toute mesure comportant un élément d'aide d'État incompatible avec le marché intérieur. La Commission prétendait aussi qu'il convenait de ne pas traiter un État membre qui ne notifie pas une mesure litigieuse avant sa mise en œuvre moins sévèrement qu'un État membre qui se conforme à l'obligation de notification préalable de toute mesure susceptible de comporter un élément d'aide d'État.

Selon le Tribunal, cette position procède "d'une confusion entre la notion d'aide d'État, laquelle ne présente pas un caractère formel mais se définit par la réunion

des critères prévus à l'article 107, paragraphe 1, TFUE, et la disposition juridique qui en constitue la base légale et le véhicule. En effet, selon une jurisprudence constante, l'article 107 TFUE définit les aides d'État en fonction de leurs effets" (point 93). Le Tribunal fait référence à l'affaire *Residex* et aux conclusions de l'Avocat général Kokott dans cette affaire (CJUE, 8 déc. 2011, *Residex Capital IV*, C-275/10, EU:C:2011:814 – voir obs. J. Derenne & C. Kaczmarek, *Concurrences*, n° 1-2012, pp. 168-169) qui insistent sur les différences sur ce point entre l'article 101, paragraphe 2, TFUE et l'article 108, paragraphe 3, troisième phrase, TFUE, s'agissant des conséquences juridiques sur la validité des actes pris en violation de ces dispositions.

Au contraire des actes pris en violation de l'article 101 TFUE, dont le paragraphe 2 prévoit la nullité, l'article 108 TFUE ne prévoit pas expressément les conséquences juridiques qui résultent d'une violation de l'obligation de notification et de l'interdiction de mise à exécution des aides.

Le Tribunal rappelle que "*la disparition de la mesure par laquelle une aide d'État est accordée constitue, en règle générale, l'instrument le mieux adapté à la neutralisation de l'avantage concurrentiel accordé*" mais dans "*les cas dans lesquels, comme en l'espèce, l'avantage concurrentiel identifié comme aide d'État bénéficie à un tiers (les sociétés ARCO) par rapport aux bénéficiaires directs de la mesure litigieuse (les coopérateurs), la disparition de la mesure elle-même ne saurait être justifiée que lorsque celle-ci apparaît comme étant nécessaire à la remise en l'état de la situation concurrentielle qui aurait prévalu en l'absence de l'aide d'État dont ce tiers a bénéficié*" (point 94, arrêt *Residex Capital IV*, points 44 et 45).

La Commission faisait également valoir que les coopérateurs ne pouvaient être considérés comme des tiers par rapport aux sociétés *Arco*.

Le Tribunal rejette ce dernier argument. La décision de 2014 n'identifie aucunement les coopérateurs comme bénéficiaires de l'aide en cause (selon le point 4.1 de la décision de 2014, les seuls "*véritables bénéficiaires*" sont les sociétés *Arco* ; selon le point 4.3 de ladite décision, l'avantage concurrentiel consiste exclusivement dans celui dont ces sociétés ont bénéficié) – point 96. Par ailleurs, les sociétés *Arco* sont des sociétés à responsabilité limitée : "*ni leur patrimoine ni leur objet social ne saurait être confondu avec les intérêts de leurs associés*" (point 97) et l'intérêt à agir des sociétés *Arco* et celui des coopérateurs sont distincts (ordonnance du 9 février 2018).

Le Tribunal annule donc l'article 2, paragraphe 4, de la décision de 2014.

Quelques commentaires

De l'importance de bien définir (tous) les bénéficiaires

Il semble que l'arrêt annoté ne tient qu'au fait que la Commission a commis l'erreur dans cette affaire de n'avoir pas défini avec exhaustivité tous les bénéficiaires effectifs des mesures d'aides en cause.

On sait qu'en matière d'aides d'État, la jurisprudence a développé le concept de bénéficiaires indirects de manière assez large. Une mesure d'aide peut en effet constituer à la fois un avantage direct en faveur d'un bénéficiaire (entreprise ou non) et un avantage indirect en faveur d'autres bénéficiaires, par exemple des entreprises opérant à des niveaux d'activité différents. Selon la Commission (Communication de la Commission relative à la notion d'"aide d'État", point 116), il convient toutefois de distinguer ces avantages indirects des simples effets économiques secondaires qui sont inhérents à presque toutes les mesures étatiques d'intervention (par exemple, un accroissement de production). À cette fin, il faut examiner les effets prévisibles de la mesure d'un point de vue *ex ante*. Il existe un avantage indirect si la mesure est conçue de manière à orienter ses effets secondaires vers des entreprises ou des groupes d'entreprises identifiables. C'est le cas, par exemple, si l'aide directe est subordonnée de fait ou de droit à l'acquisition de biens ou de services produits par certaines entreprises seulement (par exemple, uniquement les entreprises établies dans certaines régions).

Toute une série d'arrêtés illustrent cette notion d'avantage indirect :

- *Mediaset* (CJUE, 28 juillet 2011, aff. C-403/10 P, EU:C:2011:533) : il s'agissait d'une loi italienne de finances octroyant aux utilisateurs du service de radiodiffusion numérique (les "ménages") une subvention pour l'achat ou la location d'un décodeur nécessaire à l'accès à ce service. Les diffuseurs numériques terrestres offrant des services TV à la carte étaient les bénéficiaires indirects de cette subvention aux "ménages", du fait de l'augmentation du nombre d'utilisateurs de leurs services, qui n'auraient pas conclu avec ces diffuseurs sans l'effet incitatif de la subvention couvrant les frais du décodeur numérique ;
- *Pays-Bas c/ Commission* (CJUE, 13 juin 2002, aff. C-382/99, EU:C:2002:363) : dans cette affaire, la Cour a constaté qu'il y avait une aide indirecte en faveur des compagnies pétrolières liées aux stations-service : "[D]ans ces conditions, force est de constater que les aides versées aux stations-service liées aux compagnies pétrolières par des clauses de gestion des prix entraînaient des conséquences économiques pour les compagnies concernées puisqu'elles avaient pour effet, en tout état de cause, d'exonérer ces compagnies de leur obligation d'assumer tout ou partie des coûts de la réduction du prix à la pompe pratiquée par leur distributeur, afin d'éviter des pertes de parts de marché. Une telle intervention des pouvoirs publics constituait donc une aide en faveur des compagnies pétrolières puisqu'elle avait pour effet d'alléger les charges qui auraient normalement grevé le budget des compagnies soucieuses de maintenir leur position concurrentielle au regard de l'évolution du marché intérieur ou international" (point 66).
- *Confédération nationale du Crédit mutuel* (Trib. UE, 18 janv. 2005, aff. T-93/02, EU:T:2005:11) : le Tribunal a ici constaté qu'une exonération fiscale à caractère social octroyée à des consommateurs

individuels avantageait indirectement des opérateurs économiques autres que ceux auxquels l'avantage fiscal est accordé directement.

- *Italie c/ Commission* (Trib. UE, 4 mars 2009, aff. T-424/05, EU:T:2009:49) : dans cette affaire, il s'agissait d'un avantage indirectement accordé aux entreprises trouvant son origine dans la renonciation par l'État membre aux recettes fiscales qu'il aurait normalement perçues. Cette renonciation avait donné aux investisseurs la possibilité de prendre des participations dans ces entreprises à des conditions fiscalement plus avantageuses. Dans ce cas, l'interposition d'une décision autonome de la part des investisseurs n'a pas pour effet de supprimer le lien existant entre l'allégement fiscal et l'avantage dont bénéficient les entreprises concernées, dès lors que, en termes économiques, la modification des conditions de marché qui génère ledit avantage est la résultante de la perte de ressources fiscales à l'égard des pouvoirs publics.
- *Associazione italiana del risparmio gestito et Fineco Asset Management* (Trib. UE, 4 mars 2009, aff. T-445/05, EU:T:2009:50) : le Tribunal a jugé qu'un avantage directement accordé à certaines personnes physiques ou morales qui ne sont pas nécessairement des entreprises peut constituer un avantage indirect et, partant, une aide d'État pour d'autres personnes physiques ou morales qui sont des entreprises. Il n'est pas nécessaire, pour pouvoir constater l'existence d'une intervention au moyen de ressources d'État en faveur d'une entreprise, que celle-ci en soit le bénéficiaire direct.

En l'espèce, une analyse similaire aurait pu être faite par la Commission, les bénéficiaires directs ayant été les coopérateurs des sociétés *Arco* et les bénéficiaires indirects ces dernières. L'analyse de la Commission s'est au contraire focalisée sur "le seul véritable bénéficiaire du régime de garantie des coopératives exerçant des activités économiques [qui] est ARCO" (point 84 de la décision de 2014 qui distingue ARCO des autres sociétés coopératives mais ne traite pas des associés personnes physiques).

Dans sa décision de 2014, la Commission a considéré que la garantie des coopérateurs avait procuré un avantage aux sociétés *Arco* en leur permettant d'attirer ou de conserver des fonds (ceux investis par les coopérateurs). Mais, ne s'agit-il pas là de bénéficiaires indirects aux mesures d'aides en cause alors que celles-ci avantageaient plus directement les coopérateurs en leur garantissant le remboursement de leur investissement en cas de mise en faillite de la société concernée ou de défaut constaté par l'autorité de surveillance financière belge ?

Tout semblait donc tenir à la définition des bénéficiaires. Dans sa décision de 2014, la Commission ne s'est préoccupée que des bénéficiaires indirects en omettant d'identifier les bénéficiaires directs (situation à l'averse des affaires de bénéficiaires indirects précitées). Pourtant, la Commission avait bien aperçu ce bénéfice direct des coopérateurs en interdisant à l'État belge de leur verser un quelconque montant en exécution de la garantie.

La question pertinente qui restait dans ce cas à examiner attentivement était celle de savoir si les bénéficiaires directs de la mesure (les associés personnes physiques des sociétés coopératives en cause) pouvaient être qualifiés d'entreprises, et donc de "bénéficiaires d'aides". Cette analyse ne se trouve pas dans la décision de 2014 et donc le Tribunal ne devait pas en discuter. De son côté, la Belgique a maintenu que ces personnes physiques ne sont pas des entreprises et que l'injonction de suspension de la Commission ne pouvait couvrir les paiements en leur faveur après la liquidation d'Arco (voir points 76 et ss. et 138 de la décision de 2014).

Une situation un peu analogue existait dans l'affaire de la garantie ("*Crown Guarantee*") des membres du fonds de pension de *British Telecommunications* ("*BT*") lors de sa privatisation (voir Trib. UE, 16 sept. 2013, *British Telecommunications et BT Pension Scheme Trustees*, aff. T-226/09 et T-230/09, EU:T:2013:466 – confirmé sur pourvoi: aff. C-620/13 P). Dans cette affaire, les bénéficiaires de la garantie étaient les employés de *BT* eux-mêmes, c'est-à-dire des bénéficiaires non assimilés à des "entreprises" au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. En outre, la garantie n'intervenait qu'une fois *BT* en faillite et étant sortie du marché, éliminant tout risque de distorsion de concurrence. De son côté, *BT*, elle-même, avait été considérée comme n'ayant pas bénéficié d'un avantage indirect sur les marchés financiers du fait de cette couverture par la garantie étatique des droits à la pension de ses employés.

Peut-on avoir une solution contraire en l'espèce? Il faudrait pour cela que les coopérateurs, même en tant que personnes physiques, puissent être assimilés à des "entreprises", exerçant, à leur insu (?), l'activité économique de coopérateurs de sociétés coopératives financières sur les marchés financiers ouverts à la concurrence. Cela semble bien difficile et restera à démontrer. Mais, cela ne peut être l'objet de ce court commentaire. Notons toutefois que le statut spécial des coopérateurs et le cas spécifique des sociétés coopératives pourraient constituer des éléments pertinents à cet égard.

Les sociétés *Arco* ont bénéficié, comme démontré par la Commission et confirmé par toutes les juridictions précitées, d'un avantage indirect sur les marchés financiers du fait de la garantie accordée à leurs coopérateurs. Si les coopérateurs pouvaient être qualifiés d'entreprises, l'interdiction de leur verser le montant de la garantie (ou son équivalent déguisé sous la forme d'une indemnisation en leur faveur) se verrait tout à fait justifiée. La concurrence faussée par la garantie (celle entre investisseurs) persisterait même après la liquidation des sociétés *Arco*, leur sortie du marché et la récupération de leur avantage par l'inscription de cette créance de récupération au passif. Certains bénéficiaient d'une garantie. D'autres pas.

L'affaire Arco est-elle close ?

Politiquement sur le terrain belgo-belge, peut-être. Le gouvernement est en ce début de 2019 n'est plus qu'en charge des affaires courantes et les intérêts politiques ont changé. On le voit mal revenir à la charge avec cette promesse d'indemnisation faite en 2014 (même si l'État

est actuellement attaqué par des coopérateurs à cette fin). Plus fondamental encore est le défaut de base juridique pour le gouvernement: ses arrêtés royaux de 2011 ont été annulés et leur fondement législatif déclaré inconstitutionnel.

Juridiquement, si le gouvernement confirmait cette intention d'indemniser les coopérateurs privés de garantie (ou, plutôt, s'il devait être condamné à le faire...), l'affaire pourrait ne pas être close, nonobstant l'arrêt du Tribunal (et un éventuel pourvoi de la Commission).

En effet, s'il était possible d'établir que les coopérateurs sont des entreprises, la Commission pourrait très bien adopter une nouvelle décision qui identifierait précisément les coopérateurs comme bénéficiaires directs de la garantie illégale et incompatible, annulée en droit belge mais qui serait réactivée sous la forme d'une indemnisation, au franc le franc pour ainsi dire. Dans ce cas, la position de la Commission ne pourrait plus être critiquée comme le Tribunal a pu le faire: l'obligation de remboursement de l'indemnité (qui serait qualifiée d'aide contournant la disparition de la garantie – la mesure d'effet équivalent à la garantie évoquée dans l'arrêt du Tribunal – point 62) serait légalement fondée car proportionnée à la nécessité de rétablir une concurrence non faussée entre les investisseurs sur les marchés financiers. Affaire à suivre.

La Commission peut encore former un pourvoi jusqu'au 17 février 2019.

J. D. ■

Incompatibilité – Procédure

administrative: Le Tribunal de l'Union européenne annule l'intégralité de la décision de la Commission européenne relative à l'aide concernant le financement de tests de qualité du lait en Bavière, en raison d'une violation du droit des parties intéressées d'être associées à la procédure administrative (*Trib. UE, 12 déc. 2018, Freistaat Bayern, aff. T-683/15, EU:EU:T:2018:916*; *Trib. UE, 12 déc. 2018, Interessengemeinschaft privater Milchverarbeiter Bayerns e.a., aff. jtes. T-722/15 à T-724/15, EU:T:2018:920*)

En Allemagne, la qualité du lait est traditionnellement assurée par des tests de qualité indépendants. Dans le Land Bavière, ces tests sont financés par des ressources provenant, d'une part, d'un prélèvement imposé aux acquéreurs de lait par une loi fédérale sur le lait et les matières grasses (ci-après la "MFG") et, d'autre part, par le budget général de ce Land.

Contexte

Le 17 juillet 2013, la Commission a décidé d'ouvrir la procédure formelle d'examen à l'égard de diverses mesures mises en œuvre en Allemagne afin de soutenir

le secteur laitier, dont l'aide au financement des tests de qualité du lait en vigueur en Bavière. Dans sa décision d'ouverture, la Commission a cité, s'agissant du financement de cette aide, l'article de la MFG qui porte sur le prélèvement sur le lait et a indiqué que ladite aide était financé au moyen d'un prélèvement parafiscal, en renvoyant à ce même article.

Le 18 septembre 2015, la Commission a adopté la décision (UE) 2015/2432 (JOUE 2015, L 334, p. 23) par laquelle elle a considéré que l'aide octroyée depuis le 1^{er} janvier 2007 pour les tests de qualité du lait en Bavière était illégale et incompatible avec le marché intérieur et qu'elle devait être récupérée. À cet égard, aux fins de son examen de l'existence d'une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, et notamment de la condition de l'existence d'une ressource d'État, la Commission a pris en compte tant les ressources tirées du prélèvement sur le lait que le financement au moyen du budget général du Land de Bavière.

C'est dans ces conditions que le Land de Bavière et des organisations professionnelles du secteur laitier ont introduits des recours contre la décision 2015/2432, auxquels le Tribunal a fait droit, par le biais des arrêts sous commentaire, à la suite de l'examen d'un moyen tiré de la violation de l'article 108, paragraphe 2, TFUE.

La Commission a violé le droit des requérants d'être associés à la procédure administrative

Les requérants faisaient en substance valoir que la décision 2015/2432 était illégale en ce qu'elle ordonne la récupération non seulement des recettes du prélèvement prévu par la MFG, mais aussi celle des ressources provenant du budget général du Land de Bavière, alors que ces dernières n'avaient pas été mentionnées dans la décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen.

Afin de répondre à cette argumentation, le Tribunal examine si le financement par les ressources du budget général du Land de Bavière était déjà visé par la décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen. Au regard de cette décision, une réponse négative s'imposait à l'évidence. C'est ainsi que le Tribunal constate que, dans ladite décision, la Commission n'avait pas fait référence au budget général du Land de Bavière comme source de financement de l'aide. Elle s'était en effet limitée à se référer à la disposition de la MFG relative au prélèvement sur le lait. Devant le Tribunal, la Commission n'avait d'ailleurs pas allégué que ce financement du Land était explicitement mentionné dans cette décision. Dans ces conditions, le Tribunal considère que les parties intéressées pouvaient légitimement présumer que, dans le cadre de la procédure formelle d'examen, l'analyse de la Commission porterait exclusivement sur les ressources provenant du prélèvement sur le lait.

Certes, un courrier adressé par l'Allemagne à la Commission antérieurement à l'ouverture de la procédure formelle indiquait que la mesure en cause était financée également au moyen du budget général du

Land de Bavière. Cette circonstance n'exonérait cependant pas la Commission, comme le relève logiquement le Tribunal, de ses obligations procédurales. En effet, d'après le Tribunal, *“les échanges préalables à la procédure formelle d'examen ne dispensent pas la Commission de préciser, dans la décision d'ouverture, les griefs qu'elle a retenus et ne déterminent aucunement le fondement sur lequel la Commission avait l'intention d'ouvrir la procédure à défaut de précision dans la décision d'ouverture”*. Ainsi, selon le Tribunal, *“la question n'est pas de savoir si les parties intéressées connaissaient le fait que le financement de l'aide était composé de plusieurs sources, mais si elles étaient en mesure de déduire de la décision d'ouverture que l'examen de la Commission portait également sur le financement au moyen du budget général du Land de Bavière”*, tel n'étant pas le cas en l'espèce au regard de la décision d'ouverture de la procédure.

Quant à la question de savoir s'il était nécessaire que la décision d'ouverture mentionne le financement au moyen de ressources provenant du budget général du Land de Bavière, le Tribunal répond, suivant la même logique, par la positive, en se référant à l'article 6, paragraphe 1, du règlement n° 659/1999 (JOUE 1999, L 83, p. 1), alors applicable, qui énonce que la décision d'ouverture récapitule les éléments pertinents de fait et de droit, ainsi qu'à la jurisprudence selon laquelle la Commission doit définir suffisamment le cadre de son examen afin de ne pas vider de son sens le droit des intéressés de présenter leurs observations.

D'ailleurs, le Tribunal relève que, lors de l'adoption de la décision d'ouverture, la Commission disposait déjà des informations lui permettant d'identifier le budget général du Land de Bavière en tant que source de financement de l'aide litigieuse et que la référence à ce budget dans la décision attaquée ne résulte pas de la prise en compte d'éléments fournis en réponse à la décision d'ouverture.

Cette lecture du Tribunal n'est-elle pas exagérément formaliste ? La procédure formelle d'examen est en effet ouverte à l'égard d'une mesure en tant que telle. Si l'on peut certes s'attendre à ce que la Commission en présente l'ensemble des modalités et des caractéristiques, il pourrait être considéré que, faute de mention express contraire de sa part, ses interrogations quant à sa qualification d'aide et sa compatibilité portent sur tous les aspects de la mesure concernée. Et, en l'occurrence, sur tous ces moyens de financement. Manifestement, en l'espèce, le Tribunal a préféré retenir une interprétation de l'article 6, paragraphe 1, du règlement n° 659/1999 protectrice des droits des parties intéressées, impliquant que la Commission identifie avec précision, dès l'ouverture de la procédure, les éléments constitutifs d'une aide au regard desquels elle entend mener son examen.

En conclusion, le Tribunal constate que la décision 2015/2432 a été prise sans donner la possibilité aux parties intéressées de prendre position sur le financement provenant des ressources du budget général du Land de Bavière et, partant, en violation de l'article 108, paragraphe 2, TFUE et de l'article 6, paragraphe 1, du règlement n° 659/1999.

Les conséquences de la violation du droit des requérants d'être associés à la procédure administrative

Après avoir constaté cette violation, le Tribunal examine en détail les conséquences de celle-ci.

À cet égard, il rappelle, en se fondant sur la jurisprudence, que l'obligation découlant des articles en cause constitue une formalité substantielle et que sa violation entraîne l'annulation de l'acte vicié, indépendamment de la question de savoir si cette violation a causé un préjudice à celui qui l'invoque ou si la procédure administrative aurait pu aboutir à un résultat différent. De telles considérations doivent être saluées, tant la jurisprudence sur les conséquences à tirer du constat d'une violation de droits procéduraux peut connaître des flottements, en fonction des matières concernées. Toutefois, par sécurité, le Tribunal prend soin de relever, à titre surabondant, qu'il ne saurait être exclu que, si les requérants avaient eu effectivement la possibilité, dans le cadre de la procédure formelle d'examen, de présenter leurs observations sur le financement au moyen du budget général du Land de Bavière, la procédure aurait pu aboutir à un résultat différent.

Enfin, concernant la portée de cette annulation, le Tribunal procède à une analyse minutieuse de la décision 2015/2432 et conclut qu'il est impossible de détacher les considérations relatives au financement au moyen du budget général du Land de Bavière du reste de cette décision. Partant, une annulation partielle de cette dernière, limitée au financement par le budget général du Land de Bavière, ne lui apparaît pas possible. Il annule donc ladite décision dans son intégralité.

Conclusion

Rares sont les décisions du Tribunal sanctionnant une décision finale de la Commission en raison d'insuffisances entachant la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen au regard des droits procéduraux des parties intéressées. Les arrêts sous commentaire seront donc certainement perçus comme faisant une lecture protectrice, si ce n'est exigeante, de ces droits. Il convient cependant de veiller à ce qu'une telle lecture ne vienne pas vider de sens le principe selon lequel elle n'est pas tenue de présenter une analyse aboutie à l'égard de l'aide en cause dans sa décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen.

R. V. ■

Ressources étatiques – Imputabilité – Investisseur privé : Le Tribunal de l'Union européenne confirme une décision de la Commission européenne déclarant illégales et incompatibles des aides résultant d'augmentations de capital d'une société d'assistance en escale effectuées par le gestionnaire d'un aéroport détenu par une entité publique (*Trib. UE, 13 déc. 2018, Comune di Milano, aff. T-167/13, EU:T:2018:940*)

Par un arrêt rendu le 13 décembre 2018, le Tribunal rejette le recours en annulation formé par le *Comune di Milano* (T-167/13) contre la décision (UE) 2015/1225 de la Commission (la "décision attaquée") considérant que les augmentations de capital effectuées par *SEA* en faveur de *Sea Handling* pour chacun des exercices de la période allant de 2002 à 2010 (pour un montant cumulé estimé à 359 644 millions d'euros, hors intérêts de récupération) constituaient des aides d'État illégales et incompatibles (articles 1 et 2 de la décision attaquée). Par conséquent, la Commission avait ordonné la récupération de ces aides par le bénéficiaire (article 3, paragraphe 1 de la décision attaquée).

SEA est la société gestionnaire des aéroports de Milan-Linate et de Milan-Malpensa (les "aéroports concernés"). Entre 2002 et 2010 (la "période en cause"), son capital était détenu presque exclusivement par des autorités publiques, à savoir à raison de 84,56 % par le requérant, le *Comune di Milano*, à raison de 14,56 % par la *Provincia di Milano*, et à raison de 0,88 % par d'autres actionnaires publics et privés.

Jusqu'au 1^{er} juin 2002, *SEA* a elle-même fourni des services d'assistance en escale aux aéroports concernés. Après cette date, et à la suite de la transposition en droit italien de la directive 96/67/CE du Conseil, du 15 octobre 1996, relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la Communauté (*JO* 1996, L 272, p. 36), *SEA* a créé une nouvelle société, entièrement contrôlée par elle, dénommée *Sea Handling SpA*. Cette dernière a fourni des services d'assistance en escale aux aéroports concernés depuis le 1^{er} juin 2002.

Dans cette affaire, la Commission avait reçu une plainte le 13 juillet 2006. Le 30 mai 2007, la Commission a initialement classé la plainte en raison d'informations insuffisantes pour conclure à un transfert de ressources d'État au sens de l'article 107 paragraphe 1, TFUE. À la suite d'informations complémentaires communiqués par le plaignant le 24 juillet 2007, la Commission a décidé de réexaminer la plainte.

Le requérant a soulevé divers moyens à l'appui de son recours alors que la Commission a de son côté contesté la recevabilité du recours. Les principaux points de l'arrêt du Tribunal sont discutés ci-après.

Rejet de l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission

Cette exception était fondée sur les deux arguments suivants.

La Commission a tout d'abord, de façon étonnante, soutenu que, bien que les mesures en cause étaient imputables au requérant, ce dernier ne pouvait pas être comme le dispensateur de l'aide au sens de la jurisprudence constante en la matière. Il s'en suivrait que le requérant ne pouvait pas être individuellement concerné par la décision attaquée.

Le Tribunal a facilement rejeté cet argument, relevant que la Commission n'a pu conclure à l'existence d'aides d'État qu'en se fondant sur son appréciation selon laquelle les mesures en cause, exécutées par *SEA*, étaient imputables au requérant et, dès lors, à la République italienne (point 38). Suivant le requérant sur ce point, le Tribunal qualifie d'intrinsèquement contradictoire l'argumentation de la Commission, puisque si les mesures en question sont imputables au requérant, celui-ci doit être le dispensateur de l'aide. Le fait que la décision attaquée avait une incidence importante sur les compétences du requérant n'étant pas contesté par la Commission, le Tribunal conclut que celui-ci était bien individuellement concerné par la décision attaquée (points 41-43) au sens de la jurisprudence constante en la matière (voir par exemple, arrêt du 17 juillet 2014, *Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband*, aff. T-457/09, EU:T:2014:683, point 83 et jurisprudence citée).

La Commission soutenait en second lieu que le requérant ne justifiait pas d'un "intérêt spécifique et autonome à agir" (point 45). Le Tribunal a tout d'abord relevé que la jurisprudence en la matière n'exige pas que l'intérêt à agir soit "spécifique et autonome". Il suffit que le requérant justifie d'un intérêt né et actuel à voir annuler l'acte attaqué. En d'autres termes, le recours doit pouvoir procurer, par son résultat, un bénéfice au requérant, et l'intérêt du requérant doit perdurer jusqu'au prononcé de la décision juridictionnelle (voir arrêt du 17 septembre 2015, *Mory e.a.*, aff. C-33/14 P, EU:C:2015:609, points 55 à 57 et jurisprudence citée).

En l'espèce, le requérant (ainsi que la *SEA*) avait été cité en justice devant une juridiction italienne par un concurrent de *Sea Handling SpA* qui réclamait d'être indemnisé pour des préjudices prétendument subis en raison des aides visées par la décision attaquée. L'intérêt à agir du requérant ne pouvait donc faire aucun doute, et le Tribunal rejeta l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission dans son entièreté.

Rejet des arguments tenant à l'absence de transfert de ressources étatiques

Le Tribunal rejette rapidement ces arguments, en notant que la décision attaquée expliquait clairement que "[l]es ressources utilisées pour couvrir les pertes de *Sea Handling* [avaient] une origine publique, puisqu'elles prov[enaient] de *SEA*, dont 99,12 % du capital a été détenu, pendant la

période [en cause], par [le requérant] et [par] la [Provincia di Milano]" (considérant 191 de la décision attaquée), et que le requérant n'avait aucun argument concret pour remettre en cause cette appréciation.

En s'appuyant notamment sur l'arrêt *Stardust Marine* (16 mai 2002, France c/ Commission, C-482/99, EU:C:2002:294), le Tribunal relève que c'est à juste titre que la décision attaquée s'était fondée sur le fait (i) que les parts sociales de *SEA* étaient presque entièrement et directement détenues par les autorités publiques (le requérant et la *Provincia di Milano*), et (ii) que le requérant exerçait son contrôle sur *SEA* en désignant les membres du conseil d'administration et du conseil de surveillance (points 65-66).

Rejet des arguments tenant à l'absence d'imputabilité des mesures en cause

À cet égard aussi, le Tribunal s'appuie largement sur l'arrêt *Stardust Marine* précité, afin de rejeter les arguments du requérant. Le Tribunal rappelle "que l'imputabilité d'une mesure à l'État ne peut être déduite de la seule circonstance que la mesure en cause a été prise par une entreprise publique." La jurisprudence exige la preuve que les autorités publiques aient été "impliquées, d'une manière ou d'une autre, dans l'adoption de ces mesures. À cet égard, il ne saurait 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." En raison des relations privilégiées existant entre l'État et une entreprise publique, il est en effet très difficile, en règle générale, de démontrer une instruction précise d'octroyer des aides. C'est pour cela que l'imputabilité à l'État ou au moins l'improbabilité d'une absence d'implication dans l'adoption de la mesure d'aide "prise par une entreprise publique peut être déduite d'un ensemble d'indices résultant des circonstances de l'espèce et du contexte dans lequel cette mesure est intervenue" (points 75-76). C'est sur cette base que le Tribunal a examiné la valeur probante des éléments de preuve ainsi que des "contre-indices" soumis par le requérant.

Les principaux indices d'imputabilité examinés par la Commission étaient les accords syndicaux du 26 mars et 4 avril 2002. Il est intéressant de noter que seul le premier a été négocié et signé par le requérant. De plus, ce dernier a apparemment soutenu qu'il avait été signé par un représentant non habilité à l'engager budgétairement. Mais le Tribunal rejette cet argument en s'appuyant sur l'arrêt du 17 septembre 2014, *Commerz Nederland c/ Havenbedrijf Rotterdam*, C-242/13, EU:C:2014:2224. Dans ce dernier arrêt, la Cour avait considéré que le fait qu'un directeur agirait irrégulièrement en octroyant des aides d'État et n'informerait pas l'autorité publique concernée parce que celle-ci s'y serait opposé ne suffit pas, à lui seul, d'exclure l'imputabilité des mesures en question (point 39 de l'arrêt du 17 sept. 2014). Mais, s'agissant d'une question préjudicielle, le Cour avait aussi décidé qu'il incombait à la juridiction nationale d'apprécier l'ensemble des indices pertinents afin de retenir ou non l'imputabilité des aides en question (point 38 de l'arrêt du 17 sept. 2014).

En l'espèce, c'est l'adjoint au maire chargé du personnel, du travail et des ressources disposant de délégations spécifiques en matière de personnel, d'organisation, de services statistiques, de supervision en matière de travail et d'emploi, d'approvisionnement et de services d'économat qui avait signé l'accord. Mais il l'avait fait de manière régulière au sens des dispositions nationales pertinentes, et avec l'aval de l'autorité publique au nom de laquelle il s'engageait. Ceci n'étant pas contesté par le requérant, le Tribunal a donc rejeté cet argument (point 82).

Concernant le contenu de cet accord syndical 26 mars 2002, le Tribunal donne raison à la Commission qui a considéré qu'il contenait une obligation claire et précise, incombant à la SEA, de compenser les éventuelles pertes futures de *Sea Handling* (point 78). Toutefois, pour arriver à cette conclusion, la Commission et le Tribunal s'appuient également sur les accords syndicaux du 4 avril 2002 et du 19 juin 2003. Or le requérant n'a nu signé ni participé directement à ces accords, comme le relève le Tribunal sans s'y attarder. Pourtant, d'après le texte de l'accord du 26 mars 2002, le requérant ne faisait que "*confirmer (...) que l'équilibre coûts/bénéfices et le cadre économique général seront maintenus par SEA et d'éventuels partenaires, en préservant les capacités de gestion et en améliorant sensiblement les possibilités d'opérer sur les marchés nationaux et internationaux (...)*". Ce n'est que dans les accords du 4 avril 2002 et du 19 juin 2003 qu'il a été fait explicitement mention de "*compensation des pertes*" et "*d'une action concertée portant sur les coûts et sur ses revenus*". Or, le requérant n'était pas partie cocontractante à ces accords. La confirmation du maintien de l'équilibre coûts/bénéfices n'implique pas nécessairement de recapitalisation ou à tout le moins ne constitue pas une obligation claire et précise de recapitaliser *Sea Handling*. Ceci pourrait simplement être une confirmation qu'en tant qu'actionnaire majoritaire il n'accepterait qu'une stratégie équilibrée, par exemple en réduisant les coûts, augmentant les prix, recentrant l'activité sur les services les plus profitables etc.

Le Tribunal note également que dans les faits la SEA a recapitalisé sa filiale jusqu'en 2010, c'est-à-dire même au-delà de la période de 5 ans prévue par l'accord syndical du 26 mars 2002. Le Tribunal en conclut que c'est à bon droit que la Commission a considéré que cet accord constituait le fondement contractuel sur lequel reposaient les mesures de recapitalisation ultérieures. Mais à nos yeux, ceci semble confondre l'exécution des mesures d'aide avec leur imputabilité aux autorités italiennes. En revanche, le Tribunal ne répond pas à l'argument du requérant d'après lequel cet accord syndical ne s'était pas traduit par une ligne d'engagement dans son budget.

Le Tribunal considère que la participation active du requérant à l'accord syndical du 26 mars 2002 constitue "*un élément de preuve clé de l'implication des autorités italiennes*". Pour le Tribunal, ceci "*s'ajoute, de manière décisive, aux liens organiques et de contrôle qui existaient entre le requérant et SEA, dont le fait que le requérant était l'actionnaire largement majoritaire de SEA détenant ainsi la majorité des droits de vote et ayant désigné les membres*

de son conseil d'administration, qui créaient en soi un risque ou une certaine probabilité d'une ingérence dans les décisions stratégiques financières de SEA" (point 83).

Dans ce contexte, le Tribunal confirme que les éléments de preuve complémentaires utilisés par la Commission renforcent sa conclusion sur l'imputabilité des mesures en cause :

- des procès-verbaux de *Sea Handling* mentionnant "l'accord de l'actionnaire majoritaire", même si le contenu de ces procès-verbaux est contesté entre les parties et ne présente qu'une valeur probante faible ;
- le maire de Milan avait demandé et obtenu la démission du président du conseil d'administration de SEA en 2006 ;
- les membres du conseil d'administration de SEA auraient remis au maire du requérant des lettres de démission en blanc en 2006.

Le Tribunal a également confirmé que les "contre-indices" invoqués par le requérant, individuellement ou dans leur ensemble, ne remettaient pas en cause la valeur probante du faisceau d'indices d'imputabilité décrit ci-avant. Ces "contre-indices" concernaient notamment :

- un refus d'accès à certains documents opposé par SEA à un membre du conseil municipal, coordinateur de l'opposition ;
- la contestation du refus d'accès à certains documents ci-dessus par le président du conseil municipal devant le tribunal administratif régional. Pour le Tribunal, même si ceci pourrait être qualifié "*d'élément tendant à corroborer la gestion indépendante et autonome par SEA de son activité économique, force est de constater qu'il s'agit d'un aspect ponctuel*" ; et
- un adjoint au maire aurait informé les conseillers municipaux le 16 juin 2003 que SEA avait refusé de lui communiquer les informations nécessaires relatives à une négociation syndicale.

Rejet des arguments relatifs au critère de l'investisseur privé

Le requérant invoquait que la Commission n'avait pas correctement appliqué le critère de l'opérateur privé en économie de marché, notamment en ne respectant pas la charge de la preuve qui lui incombait. Le requérant invoquait, entre autres, une étude de 2011 qui selon lui démontrait la rationalité économique de sa stratégie.

Le Tribunal va rejeter ce moyen en appliquant la jurisprudence constante de la Cour en la matière.

Il rappelle tout d'abord que le critère de l'investisseur privé requiert "*d'apprécier si, dans des circonstances similaires, un investisseur privé opérant dans des conditions normales d'une économie de marché, d'une taille qui puisse être comparée à celle des organismes gérant le secteur public, aurait pu être amené à procéder aux apports de capitaux en question. En particulier, il est pertinent de se*

demander si un investisseur privé aurait réalisé les opérations en cause aux mêmes conditions.” (point 103)

À cet égard, le Tribunal rappelle d’abord l’étendue de son contrôle en la matière. Ainsi, il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation économique à celle de la Commission. Il doit 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 (point 107)

En l’espèce, le Tribunal confirme l’analyse de la Commission qui s’est reposée principalement sur le fait que les autorités italiennes n’ont pas présenter “des prévisions ou estimations chiffrées des besoins en capital de *Sea Handling*, du point de vue d’un investisseur se trouvant dans la situation de 2002, à tout le moins pour la première période de cinq ans, ainsi que des potentiels bénéfiques qu’un tel investisseur pouvait raisonnablement attendre au sens d’un « retour sur investissement » qui seraient susceptibles d’être comparés avec les charges occasionnées par les mesures de recapitalisation en cause. D’autre part, elles sont restées en défaut de démontrer l’absence de rationalité économique d’éventuelles solutions de substitution, telles que la liquidation ou l’externalisation (partielle ou complète) du secteur de l’assistance en escale, dont elles n’ont évalué à suffisance, chiffres et calculs concrets à l’appui, ni les coûts ni les avantages potentiels” (point 113).

Le Tribunal rejette ensuite toute information postérieure à l’adoption de la mesure en question, puisque l’analyse doit être effectuée en se replaçant dans le contexte du moment où les mesures en cause ont été prises (point 105). L’étude de 2011 ne pouvait donc justifier rétroactivement les mesures en question sur la base de l’amélioration de la situation économique de 2011 (point 114).

Le Tribunal confirme donc les conclusions de la Commission, d’après lesquelles, entre autres, “la “stratégie pluriannuelle de couverture des pertes” ne reflétait pas le “comportement d’un investisseur privé avisé” (considérant 225 de la décision attaquée), celui-ci ne prenant “pas un engagement [juridiquement contraignant] sur plusieurs années à l’aveugle”, mais ayant réapprécié la stratégie ultérieurement en fonction des résultats des tentatives de redressement avant chaque nouvel investissement de capitaux (considérant 226 de la décision attaquée)”. La *SEA* aurait pu adopter et mettre en œuvre un plan de restructuration plus rigoureux ou plus court pour limiter les pertes de *Sea Handling* à un niveau minimal.

Pour le Tribunal et la Commission, l’absence d’autres solutions (y compris la cession de la branche de services d’assistance en escale) n’était pas crédible, étant donné la présence de nombreux autres opérateurs. Par ailleurs “s’agissant de l’argument selon lequel les effets des choix d’entreprise de *SEA* ne pourraient être évalués qu’à long terme, de sorte que *SEA* ne pouvait renoncer à son choix sans avoir attendu le temps nécessaire pour évaluer le résultat de celui-ci, il suffit de constater que la question pertinente au regard du critère de l’investisseur privé n’est pas celle de savoir si *SEA* devait renoncer à certains choix

sans connaître leurs incidences à long terme, mais si elle avait procédé à des estimations des coûts et des bénéfices au moment de sa décision d’augmentation de capital en faveur de sa filiale *Sea Handling*, ce qui n’était manifestement pas le cas en l’espèce.” (point 129)

Rejet du moyen concernant la compatibilité des mesures en question

Ce moyen a été rapidement écarté par le Tribunal, étant donné qu’aucun plan de restructuration n’avait été soumis par les autorités italiennes, qu’aucune estimation prospective des capitaux nécessaires à moyen ou à long terme pour soutenir le processus de restructuration de *Sea Handling* n’avait été effectuée, qu’il n’y avait eu aucune étude de marché et qu’il n’y avait pas de description détaillée des mesures nécessaires pour rétablir dans un délai raisonnable la viabilité à long terme de l’entreprise concernée.

Rejet du moyen concernant la protection de la confiance légitime

Le requérant invoquait une violation du principe de la confiance légitime, en s’appuyant notamment sur le classement initial de plainte reçue par la Commission et la durée de la procédure jusqu’à la décision finale.

Le Tribunal explique d’abord que l’arrêt du 24 novembre 1987, *RSV*, 223/85, EU:C:1987:502, dans lequel la Cour avait estimé que le délai de 26 mois pris par la Commission pour adopter sa décision avait pu faire naître, dans l’esprit de la partie requérante, bénéficiaire de l’aide, une confiance légitime de nature à empêcher l’institution d’enjoindre aux autorités nationales concernées d’ordonner la restitution de cette aide, était fondé sur des circonstances particulières non présentes en l’espèce. Cet arrêt concernait une aide qui, quoiqu’après son versement, avait fait l’objet d’une notification formelle à la Commission, ne concernait que des coûts supplémentaires liés à des aides autorisées par la Commission, et sa compatibilité n’exigeait pas une recherche approfondie.

Pour le reste, le Tribunal considère qu’il n’y avait aucune circonstance exceptionnelle susceptible de fonder une confiance légitime en l’espèce.

La lettre de 2007 indiquant au plaignant le classement initial de sa plainte ne contenait qu’une appréciation provisoire des mesures en cause et n’était pas adressé au requérant. De plus, la Commission n’a reçu l’accord syndical du 26 mars 2002 (l’élément crucial concernant l’imputabilité des aides en question) que le 10 avril 2008, et à partir de cette date la Commission a adopté sa décision finale en 26 mois. Étant donné la complexité de l’affaire, la Tribunal considère qu’une durée de 26 mois était raisonnable en l’espèce.

Il est dommage à cet égard que le Tribunal n’explique pas pourquoi la Commission n’était pas fautive de ne pas avoir demandé cet accord syndical plus tôt. En effet, la plainte avait été reçue le 13 juillet 2006, et si on tient compte de cette date, la décision finale n’est intervenue

que 47,5 mois après. Vu que la réception de l'accord syndical du 26 mars 2002 est la raison pour laquelle le Tribunal ne retient que 26 mois de procédure, il paraîtrait raisonnable d'expliquer pourquoi la Commission ne l'a pas demandé plus tôt.

Rejet des arguments concernant la violation du principe du contradictoire et des droits de la défense, du principe de "bonne administration"

Le Tribunal rejette tous les arguments du requérant, considérant principalement que la publication de la décision d'ouverture au JOUE lui a permis de faire valoir son point de vue. Pour le reste, le Tribunal rappelle que la procédure administrative est entre la Commission et l'État. Les entités infra-étatiques ne sont que des parties intéressées dont les droits procéduraux sont restreints.

J. D. & D. V. ■

Faillite – Poursuite de l'exploitation – Imputabilité – Motivation : Le Tribunal de l'Union européenne annule, pour défaut de motivation, une décision de la Commission européenne en ce qu'elle a constaté que la poursuite des activités du bénéficiaire, en vertu de la décision du comité des créanciers, ne constituait pas une aide d'État (*Trib. UE, 13 déc. 2018, AlzChem, aff. T-284/15, EU:T:2018:950*)

Par un arrêt rendu le 13 décembre 2018, le Tribunal accueille le recours en annulation formé par *AlzChem AG* (T-284/15) contre la décision (UE) 2015/1826 de la Commission (la "décision attaquée"). La décision attaquée avait considéré que l'attribution du statut de société stratégique à *NCHZ* l'avait protégée de l'application normale du droit national des faillites, et constituait par conséquent une aide d'État illégale et incompatible (article 1 de la décision attaquée). En revanche, la Commission avait conclu que la poursuite de l'exploitation de *NCHZ* après le 26 janvier 2011 ne constituait pas une aide d'État, étant donné qu'au moins deux conditions cumulatives conditionnant l'existence d'une aide d'État, à savoir l'imputabilité de la mesure en cause à l'État et l'existence d'un avantage économique, n'étaient pas remplies (article 2 de la décision attaquée).

Le 8 octobre 2009, *NCHZ*, un producteur chimique, a déposé son bilan. Le 5 novembre 2009, la République Slovaque a adopté la loi 493/2009 conférant à l'État un droit de préemption l'autorisant à acheter les sociétés stratégiques faisant l'objet d'une procédure de faillite et exigeant la présence d'un administrateur de faillite (ci-après l'"administrateur") afin d'assurer la poursuite de l'exploitation de la société stratégique durant cette procédure. Le 2 décembre 2009, *NCHZ* a été qualifiée, par les autorités slovaques, de société stratégique et a bénéficié

de ce statut jusqu'à l'expiration de la loi 493/2009, le 31 décembre 2010. *NCHZ* a été la seule société à faire l'objet d'une application de ladite loi (ci-après la "première période de la faillite").

Après le 31 décembre 2010, *NCHZ* a été soumise à l'application de la loi 7/2005 sur la faillite (ci-après la "seconde période de la faillite"). Lors de la réunion commune du 26 janvier 2011 entre les créanciers chirographaires, réunis au sein du comité des créanciers (ci-après le "comité des créanciers"), et les créanciers privilégiés concernés (ci-après la "réunion du 26 janvier 2011"), l'administrateur alors en fonction a informé ceux-ci du fait que les charges d'exploitation générées par l'activité de *NCHZ* étaient supérieures aux produits d'exploitation. Il a, en outre, communiqué aux créanciers son analyse économique du 23 décembre 2010 (ci-après l'"analyse économique"), laquelle a été complétée par une présentation des dirigeants. Les créanciers susmentionnés ont alors décidé la poursuite de l'exploitation de *NCHZ* (ci-après la "décision du 26 janvier 2011"). Cette décision ayant été approuvée par une décision du tribunal de Trenčín (Slovaquie) le 17 février 2011 (ci-après la "décision du tribunal de Trenčín") l'administrateur a poursuivi cette exploitation. En l'espèce, conformément à la loi sur la faillite, le comité des créanciers, les créanciers privilégiés et le tribunal de Trenčín composaient le comité compétent (ci-après le "comité compétent").

La requérante, une concurrente de *NCHZ*, a soulevé divers moyens à l'appui de son recours alors que la Commission a de son côté contesté la recevabilité du recours, sans toutefois soulever explicitement une exception d'irrecevabilité. Les principaux points de l'arrêt du Tribunal sont discutés ci-après.

Rejet des arguments de la Commission concernant la recevabilité du recours

Sans exciper de l'irrecevabilité par acte séparé, la Commission a contesté la qualité à agir de la requérante, en ce qu'elle ne serait pas concernée individuellement par l'article 2 de la décision attaquée.

Le Tribunal rappelle d'abord que les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernés individuellement par une décision au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, les individualise d'une manière analogue à celle dont le destinataire le serait (par exemple arrêt du 15 juillet 1963, *Plaumann*, 25/62, EU:C:1963:17).

La requérante devait donc indiquer de façon pertinente les raisons pour lesquelles la décision qui est attaquée est susceptible de léser ses intérêts légitimes en affectant substantiellement sa position sur le marché en cause (ordonnance du 11 janvier 2012, *Phoenix-Reisen et DRV*, aff. T-58/10, non publiée, EU:T:2012:3, point 45).

Après avoir noté que la simple qualité de concurrent du bénéficiaire ne suffit pas à elle-même, le Tribunal a poursuivi en relevant que la requérante était le plaignant dans la présente affaire, et donc à l'origine de la procédure formelle d'examen. La requérante a également soumis des observations détaillées lors de la procédure administrative. De plus, la requérante était un des quatre concurrents présents sur le marché pertinent sur lequel *NCHZ* a poursuivi ses opérations lors de la présente de la faillite, et seuls deux concurrents demeuraient sur le marché lors de l'introduction du recours. La requérante étant en concurrence directe avec *NCHZ*, la poursuite des activités de cette dernière suite à la décision du 26 janvier 2011 et de la décision du tribunal de Trenčín ont eu pour résultats que ses clients n'ont pas été contraints de se tourner vers d'autres sources d'approvisionnement, et notamment vers la requérante (point 48).

Enfin, la requérante avait également produit des documents internes qui liaient les prix agressifs de *NCHZ* à la baisse de ses ventes. Elle avait aussi invoqué des surcapacités de production sur le marché, qui signifiait qu'une potentielle disparition de *NCHZ* du marché (qui ne comptait que trois autres concurrents) aurait pu avoir des effets substantiels sur la position concurrentielle des autres producteurs, dont la requérante.

Par conséquent, le Tribunal a conclu que le recours devait être considéré comme recevable.

Accueil des arguments tenant à l'insuffisance de motivation concernant l'imputabilité à l'État de la poursuite de l'exploitation de *NCHZ* durant la seconde période de la faillite

La requérante invoquait en premier lieu la violation de l'obligation de motivation concernant le rôle du Tribunal de Trenčín dans le processus décisionnel. Pour la requérante, le maintien de l'exploitation de *NCHZ* était imputable à l'État puisque cette décision avait été confirmée et rendue obligatoire par la décision du tribunal de Trenčín.

Le Tribunal donne raison à la requérante, puisque la Commission, bien qu'elle admette l'implication du tribunal de Trenčín, ne donne aucune explication sur le rôle joué par celui-ci. Comme il ne peut être exclu qu'une mesure puisse être imputable à l'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE à la suite d'une décision d'une juridiction nationale (voir, en ce sens, arrêts du 26 octobre 2016, *DEI et Commission c/ Alouminion tis Ellados*, C-590/14 P, EU:C:2016:797, points 59, 77 et 81, et du 3 mars 2016, *Simet*, T-15/14, EU:T:2016:124, points 38, 44 et 45), la Commission devait expliquer pourquoi la décision tribunal de Trenčín n'était pas pertinente, ou pourquoi elle ne rendait pas la mesure en cause imputable à l'État Slovaque.

En second lieu, la requérante soutenait que la Commission a omis de se pencher sur les arguments spécifiques et pertinents qu'elle a présentés pour établir que les créanciers privilégiés auraient pu utiliser leur droit de veto lorsqu'il

a été statué sur le maintien de l'exploitation de *NCHZ*. Le Tribunal a relevé que la décision attaquée et les explications données lors de l'audience étaient contradictoires, concernant la manière dont les créanciers privilégiés se sont exprimés lors de la réunion du 26 janvier 2011. La décision attaquée semblait indiquer que ceux-ci composaient un "organe" du comité compétent et avaient voté à la majorité, alors que lors de l'audience la Commission a soutenu qu'ils s'étaient exprimés de manière individuelle. Le Tribunal en conclut une violation de l'obligation de motivation sur ce point également.

Néanmoins, le Tribunal relève que le défaut de motivation constaté concernant l'imputabilité à l'État de la décision de poursuivre l'exploitation de *NCHZ* durant la seconde période de la faillite ne peut suffire pour annuler l'article 2 de la décision attaquée. La Commission, soutenue par la République slovaque, fait valoir à bon droit que les conditions figurant à l'article 107, paragraphe 1, TFUE sont cumulatives. Par conséquent, ledit article 2 ne pouvait être annulé que si la Commission avait conclu à tort à l'absence d'un avantage économique ou que si la motivation de la décision attaquée ne satisfaisait pas aux exigences de l'article 296 TFUE à cet égard.

Accueil de certains arguments tenant à l'insuffisance de motivation concernant l'existence d'un avantage économique accordé du fait de la décision de poursuivre l'exploitation de *NCHZ* durant la seconde période de la faillite

La requérante contestait entre autres l'affirmation de la Commission selon laquelle son argumentation dépendait entièrement de la capacité à considérer globalement la totalité de l'encours de la dette publique comme étant due à un seul prêteur. Sa critique visait au premier chef le fait que la Commission n'a pas pris en compte les intérêts de certains créanciers publics dont les dettes étaient nées au cours de la procédure de faillite et dont la situation juridique et économique n'était pas comparable à celle des créanciers privés siégeant au comité compétent.

À cet égard le Tribunal relève que "*bien que la Commission ait constaté l'existence du risque pour certains créanciers publics privilégiés que leurs créances augmentent dans le cas de la poursuite de l'exploitation de NCHZ en 2011 et ait estimé que ce facteur était un élément qu'il convenait de prendre en considération lors de l'application du critère du créancier privé, la réponse à la question de savoir si la Commission a pris en considération ce facteur lors de son analyse de l'existence d'un avantage économique et, a fortiori, la manière dont elle l'aurait pris en compte ne ressortent pas de la décision attaquée de manière suffisamment claire pour que le Tribunal puisse en contrôler la légalité*" (point 223). Il en déduit "*que la décision attaquée n'est pas motivée de manière cohérente et à suffisance de droit*" (point 110).

Ceci avait pour conséquence une insuffisance de motivation également concernant le fait de savoir si l'analyse économique et la présentation des dirigeants a pris

en considération le coût de la poursuite de l'exploitation de *NCHZ*, pendant la seconde période de la faillite, pour les créanciers publics privilégiés dont les créances avaient augmenté pendant la période de faillite (points 241 et 244).

Sur la base de l'ensemble des considérations ci-avant, le Tribunal a conclu que *“la Commission a violé l'obligation de motivation que lui impose l'article 296 TFUE lors de l'examen des conditions d'avantage économique et d'imputabilité visées à l'article 107, paragraphe 1, TFUE”*, et a donc annulé l'article 2 de la décision attaquée.

J. D. & D. V. ■

Infrastructure – Difficultés sérieuses – Nécessité et proportionnalité – Garanties : Le Tribunal de l'Union européenne annule partiellement une décision de la Commission européenne de ne pas soulever d'objection à l'encontre d'une aide relative à un important projet d'intérêt européen commun, au motif que la Commission européenne n'a pas procédé à un examen suffisant de la nécessité et de la proportionnalité de l'aide (*Trib. UE, 13 déc. 2018, Scandlines Danmark Aps e.a., aff. T-630/15, EU:T:2018:942*)
(A noter : un autre arrêt du même jour traite de la même affaire : *Trib. UE, 13 déc. 2018, Stena Line, aff. T-631/15, EU:T:2018:944*)

Après avoir procédé le 19 septembre 2018 à l'annulation partielle d'une décision de ne pas soulever d'objection à l'encontre d'une aide destinée à financer un important projet d'intérêt européen commun concernant le tunnel d'Øresund (voir revue *Concurrences* n° 4/2018), le Tribunal annule partiellement une autre décision de ne pas soulever d'objection à l'encontre d'une aide destinée à financer un autre projet important d'intérêt européen commun concernant cette fois la liaison fixe rail-route du détroit de Fehmarn entre l'Allemagne et le Danemark. Les motifs de l'annulation présentent des ressemblances puisque dans les deux cas la Commission se voit reprocher de n'avoir pas suffisamment examiné la nécessité et la proportionnalité de l'aide. Toutefois, il existe aussi quelques différences entre les deux affaires. Par exemple, dans la présente affaire, l'analyse de compatibilité est fondée sur la communication concernant les aides d'État destinées à promouvoir la réalisation de projets importants d'intérêt européen commun, qui n'était pas applicable dans l'affaire Øresund.

Le projet ici en cause consistait, d'une part, en la construction et l'exploitation d'un tunnel immergé entre Rodby sur l'île de Lolland au Danemark et Puttgarden en Allemagne, d'une longueur de 19 km qui contiendra une voie ferrée électrifiée et une autoroute, et, d'autre part, en l'établissement de connexions ferroviaires et routières vers l'arrière-pays danois, le tout pour un montant

estimé d'environ 5,7 milliards d'euros. Deux entreprises publiques ont été chargées de l'exécution du projet, l'une en ce qui concerne la liaison fixe et l'autre en ce qui concerne la liaison avec l'arrière-pays danois. Les mesures examinées par la décision attaquée incluent une injection de capital, des prêts étatiques et une garantie étatique.

Comme dans l'affaire Øresund, la décision de première phase de la Commission comportait deux volets, l'un concluant à l'absence d'aide pour les mesures concernant la liaison avec l'arrière-pays, et l'autre concluant à la compatibilité des aides avec le marché intérieur concernant la liaison fixe.

Non seulement les requérantes (exploitant des transbordeurs) attaquaient chacun de ces deux volets, mais, invoquant en cours de procédure contentieuse des moyens nouveaux, elles mettaient également en cause deux autres mesures (les mesures ultérieures) dont la décision attaquée n'aurait pas tenu compte et consistant en un versement de redevances ferroviaires non commerciales, par l'opérateur ferroviaire national danois, à l'un des opérateurs concernés, et en une utilisation gratuite de biens appartenant à l'État pour la construction de la liaison fixe. Avant de procéder à l'examen des deux principaux volets du contentieux, il est utile de se pencher brièvement sur les moyens nouveaux invoqués en cours de procédure.

La contestation problématique des “mesures ultérieures”

Les mesures ultérieures avaient été visées par la plainte des requérantes. Néanmoins, ces dernières ont considéré que la Commission n'avait pas statué sur ces mesures dans la décision attaquée et ont donc adressé à cette institution une mise en demeure. La Commission y a répondu en indiquant qu'elle avait déjà statué sur ces mesures dans sa décision et que, pour le cas d'une utilisation abusive des aides pendant la phase de planification, les éléments avancés ne suffisaient pas à démontrer à première vue l'existence d'une aide illégale. Sur ce dernier point, elle a invité les plaignantes à revenir vers elle dans un délai d'un mois, ce qu'elles ont fait.

Les requérantes ont utilisé trois voies de recours pour contester la position de la Commission, qui ont toutes échoué pour une raison de procédure. Ainsi, dans le cadre de l'affaire T-890/16, elles ont déposé un recours en annulation contre le rejet de leur plainte sur les mesures ultérieures ; dans le cadre de l'affaire T-891/16, elles ont déposé un recours en carence contre l'inaction de la Commission ; et dans le cadre de l'affaire T-630/15, elles ont produit des moyens nouveaux visant le rejet de leur plainte par la décision attaquée. Les deux premiers recours ont été rejetés comme manifestement irrecevables par deux ordonnances datées elles-aussi du 13 décembre 2018. Quant à la production de moyens nouveaux, elle a été considérée comme tardive et donc irrecevable, elle-aussi.

On peut résumer l'analyse du Tribunal de la manière suivante : le recours contre la décision principale de la Commission aurait dû, d'emblée, viser les mesures

ultérieures. Or, ces mesures n'ont été évoquées ni dans la requête, ni dans la réplique. Le simple fait qu'en cours d'instance la Commission ait interprété cette décision principale comme visant aussi les mesures ultérieures ne constitue pas un élément de fait et de droit qui justifie la production de moyens nouveaux, cette position n'étant pas une interprétation "authentique" de la décision. Le recours en carence et le recours en annulation sont rejetés par deux ordonnances rendues elles-mêmes le 13 décembre 2018, que l'arrêt parce que la lettre attaquée dans ces affaires constitue une prise de position, qui, pour partie constitue un acte confirmatif (les plaignantes ayant été informées par une lettre précédente que la Commission considérait la plainte comme rejetée sur ce point par la décision principale) et pour partie constitue un acte préparatoire (en tant qu'elle ne statue pas définitivement sur l'usage abusif de l'aide).

Sur les mesures n'ayant pas été qualifiées d'aides d'État

La Commission avait considéré que les soutiens aux liaisons avec l'arrière-pays danois ne devaient pas être qualifiés d'aides d'État car elles n'engendraient pas de distorsion de concurrence et n'affectaient pas les échanges entre États membres.

Le Tribunal confirme l'analyse de la Commission sur ce point. Il rejette l'argumentation des requérantes selon laquelle la décision attaquée viserait un projet intégral unique. Le simple fait que les mesures aient été adoptées dans le cadre du même projet et que certaines d'entre elles faussent la concurrence et affectent les échanges intra-communautaires n'implique pas que la même conclusion s'impose pour toutes ces mesures. Il observe à cet égard que ces mesures ont un objet et des bénéficiaires différents.

Les deux principales raisons qui permettaient de conclure à l'absence de distorsion de concurrence tenaient à l'absence de concurrence sur le marché de la gestion de l'infrastructure ferroviaire au Danemark et sur l'impossibilité, pour la société recevant le soutien financier de l'État, d'être actives sur d'autres marchés. Le Tribunal distingue ainsi soigneusement le marché de l'entretien de l'infrastructure, ouvert à la concurrence, du marché de la gestion de cette infrastructure, fermé à la concurrence, le gestionnaire de réseau n'étant pas même désigné par appel d'offres. Par ailleurs, selon l'analyse du Tribunal, le simple fait qu'il existe au Danemark des réseaux ferroviaires locaux détenus par des propriétaires privés sur lesquels les gestionnaires de réseaux peuvent être autres que le gestionnaire national titulaire d'un monopole légal n'implique pas que ce gestionnaire opère sur un marché ouvert à la concurrence, ces réseaux locaux constituant des monopoles naturels distincts de l'infrastructure ferroviaire nationale. Enfin il vérifie que la société recevant un soutien de l'État n'est pas autorisée à effectuer d'autres activités que celles relatives au projet.

Sur les mesures déclarées compatibles avec le marché intérieur

Les requérantes contestaient être en présence d'un important projet d'intérêt commun européen.

Le Tribunal écarte ce grief tout en formulant quelques critiques sur la manière dont la Commission a calculé la rentabilité socio-économique du projet. Pour l'essentiel, il rappelle que la notion d'intérêt européen commun inhérente à l'article 107, paragraphe 3, b) TFUE "doit être interprétée de manière stricte et qu'une initiative n'est qualifiée ainsi que lorsqu'elle fait partie d'un programme transnational européen, soutenu conjointement par différents gouvernements d'États membres ou lorsqu'elle relève d'une action concertée de différents États membres en vue de lutter contre une menace commune (...)" (point 170 de l'arrêt). Il admet que cette notion soit interprétée à la lumière de la communication de la Commission relative à ces grands projets.

Il rejette aussi l'argument selon lequel les mesures d'aides n'auraient pas eu d'effet incitatif, n'ayant pas fait l'objet d'une demande d'aide avant le début des travaux. Il rappelle ainsi que, dans le cadre de l'application d'une telle communication, l'antériorité de la demande par rapport au début des travaux n'est pas toujours requise. Dans ce cas, il n'était pas contesté que le bénéficiaire n'aurait pas été en mesure d'entamer la réalisation du projet sans l'octroi de l'aide litigieuse et un certain nombre de travaux avaient été autorisés par une décision antérieure de la Commission.

Le Tribunal admet par ailleurs que la Commission ait pu se fonder sur une enquête de 2001 relative à l'intérêt commercial d'un projet de liaison fixe de 2001 concernant un projet dont les coûts étaient différents de ceux du projet examiné. En effet, les requérantes ne sont pas parvenues à expliquer dans quelle mesure les conclusions de cette enquête seraient remises en cause par les changements intervenus depuis lors.

Il ne voit pas non plus de difficulté à ce que la Commission n'approfondisse pas l'analyse des effets des mesures d'aides sur les transbordeurs. En effet, "il est raisonnable de conclure qu'un projet de construction d'une infrastructure alternative aux moyens de transport existants entraîne le risque de disparition de ces derniers et, dans la mesure où ce projet constitue une solution qui produit, globalement, des résultats positifs, il n'appartenait pas à la Commission de remettre en question le choix des autorités publiques" (point 256 de l'arrêt).

En substance, sur tous les points qui lui paraissent assez évidents, le Tribunal n'exige pas d'analyse approfondie et étayée par des calculs précis.

En revanche, il considère que la Commission n'a pas suffisamment examiné la nécessité et la proportionnalité des mesures d'aides. Il critique la communication relative aux grands projets pour l'imprécision, voire la confusion qu'elle entretient en ce qui concerne l'analyse de ces deux critères. Puis il estime que la Commission ne l'a pas

appliquée correctement, notamment en ne prenant en compte que les coûts de construction de la liaison fixe (et non du projet entier), et en ne calculant pas le taux de rendement interne du projet à partir des coûts et des avantages escomptés pendant tout le projet (mais seulement pendant la période de remboursement de l'aide). Sur la proportionnalité de l'aide, le Tribunal est encore plus critique : il relève l'absence d'indications précises, dans la décision attaquée, en ce qui concerne la durée et la date limite des garanties et des prêts d'État, cette durée étant par ailleurs et en toute hypothèse très longue (55 ans à partir de la date incertaine de l'ouverture de la liaison fixe) ; il observe des contradictions en ce qui concerne la prise en compte, en tant que coûts admissibles, des coûts de connexion avec l'arrière-pays ; en outre, la mesure d'aide n'est pas aménagée de manière à éviter les aides au fonctionnement et la Commission ne fournit pas de justification spécifique relative à l'octroi de telles aides.

Enfin, le Tribunal, comme il l'avait fait dans l'affaire *Øresund*, critique l'imprécision des conditions de mobilisation des garanties étatiques. Ces conditions de mobilisation seront fixées ultérieurement par le ministre des finances danois, et la décision attaquée ne précise pas comment elles seront fixées. Dès lors que la Commission ignorait les conditions de mobilisation des garanties litigieuses, le Tribunal conclut qu'elle a commis sur ce point une erreur de droit et une erreur manifeste d'appréciation. On notera que cette conclusion est maintenue par le Tribunal, bien que la Commission se soit par ailleurs assurée que, selon les principes généraux du droit danois des obligations, la faillite du bénéficiaire devait être déclarée avant de pouvoir mobiliser la garantie.

B. S. ■

Imputabilité – Investisseur privé – Sélectivité : Le Tribunal de l'Union européenne confirme, pour l'essentiel, les décisions de la Commission européenne selon lesquelles deux compagnies aériennes ont bénéficié d'aides d'État illégales et incompatibles résultant de contrats de services aéroportuaires et marketing (*Trib. UE, 13 déc. 2018, Ryanair DAC, aff. T-111/15, EU:T:2018:954 ; Trib. UE, 13 déc. 2018, Ryanair DAC, aff. T-165/15, EU:T:2018:953 ; Trib. UE, 13 déc. 2018, Ryanair DAC, aff. T-53/16, EU:T:2018:943 ; Trib. UE, 13 déc. 2018, Ryanair DAC, aff. T-77/16, EU:T:2018:947 ; Trib. UE, 13 déc. 2018, Ryanair DAC, aff. T-165/16, EU:T:2018:952 ; Trib. UE, 13 déc. 2018, Transavia Airlines CV, aff. T-591/15, EU:T:2018:946*)

Par cinq arrêts rendus le 13 décembre 2018, le Tribunal rejette les recours en annulation formés par les compagnies aériennes *Ryanair* (T-165/16, T-53/16, T-111/15, T-165/15) et *Transavia* (T-591/15) contre les décisions de la Commission considérant que plusieurs contrats de services aéroportuaires et marketing avaient conféré

des aides d'État illégales et incompatibles aux deux entreprises.

Par un sixième arrêt rendu le même jour, le Tribunal annule, en ce qui concerne *Ryanair* et sa filiale *Airport Marketing Services*, la décision de la Commission selon laquelle les deux sociétés ont bénéficié d'aides d'État en ce qui concerne l'aéroport de *Zweibrücken* (T-77/16).

Dans ces six affaires, étaient en cause des contrats de services aéroportuaires et marketing conclus entre les compagnies aériennes et les exploitants des aéroports allemands d'Altenburg-Nobitz et Zweibrücken et des aéroports français de Nîmes-Garons, d'Angoulême Brie Champniers et de Pau-Pyrénées.

Les sociétés requérantes ayant soulevé des moyens similaires dans les cinq premières affaires, celles-ci seront traitées ensemble avant d'analyser les raisons de l'annulation de la sixième décision.

Rejet des arguments tirés de la violation du principe de bonne administration de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux et des droits de la défense

Selon les requérantes, la Commission aurait violé le principe de bonne administration de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux en ne leur accordant pas l'accès au dossier de l'enquête, en ne les informant pas des faits et des considérations sur lesquels elle avait l'intention de fonder sa décision et, partant, en ne leur donnant pas la possibilité de faire connaître utilement leur point de vue.

Le Tribunal, s'appuyant sur une jurisprudence constante en la matière, rejette ce moyen rappelant que dans la procédure de contrôle des aides d'État, les requérantes, en tant que bénéficiaires de l'aide, ne peuvent se prévaloir de véritables droits de la défense comparables à ceux des États membres (point 53 de l'affaire T-111/15). La Charte n'ayant pas pour objet de modifier la nature du contrôle des aides d'État mis en place par le traité ou de conférer à des tiers un droit de regard que l'article 108 TFUE ne prévoit pas, on ne saurait permettre aux bénéficiaires d'obtenir l'accès aux documents du dossier administratif de la Commission ou obliger cette dernière à communiquer préalablement aux requérantes les éléments sur lesquels elle entend fonder sa décision définitive, sous peine de remettre en cause le régime de contrôle des aides (points 55 et s. de l'affaire T-111/15).

Le Tribunal relève par ailleurs que les compagnies aériennes ont bénéficié de leurs droits procéduraux en tant que parties intéressées et rejette donc le moyen dans son ensemble.

Rejet des arguments tenant à l'imputabilité des aides françaises

Dans les quatre affaires relatives aux aéroports français (T-53/16, T-111/15, T-165/15, T-591/15), les requérantes contestaient le fait que les chambres de commerce et

d'industrie, dans leur activité de gestionnaire d'aéroport, devaient être considérées comme une autorité publique dont toutes les décisions sont nécessairement imputables à l'État.

Là encore, le Tribunal ne suit pas les arguments des compagnies aériennes et relève que les chambres de commerce et d'industrie exercent des activités commerciales, telle que la gestion d'un aéroport, non pas dans une perspective de rentabilité, mais dans le but de concourir aux missions d'intérêt général dont elles ont été investies, à savoir le développement de l'activité économique et de l'attractivité du territoire (point 100 de l'affaire T-165/15). Il en conclut que la Commission a estimé à juste titre que les chambres de commerce et d'industrie étaient des autorités publiques dont toutes les décisions, au même titre que celles de l'administration centrale de l'État ou des collectivités territoriales, étaient nécessairement imputables à l'État.

Rejet des arguments relatifs au principe de l'investisseur privé

Enfin, les requérantes invoquaient que la Commission n'avait pas correctement appliqué le critère de l'opérateur privé en économie de marché, notamment en refusant d'effectuer une analyse comparative alors que la réalisation d'une telle analyse l'aurait conduite à conclure à l'absence d'aide ?

À cet égard, le Tribunal commence par rappeler l'étendue de son contrôle en la matière. Ainsi, s'il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation économique à celle de la Commission, doit-il, toutefois, non seulement vérifier 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 (point 145 de l'affaire T-111/15).

En l'espèce, il s'agissait pour la Commission de d'apprécier si, dans des circonstances similaires, un opérateur en économie de marché, d'une taille qui puisse être comparée à celle des organismes gérant le secteur public, aurait pu être amené à conclure les accords concernés.

Le Tribunal indique à cet égard que ceci ne saurait nécessairement impliquer pour la Commission l'obligation d'utiliser l'analyse comparative, dans la mesure où cette méthode ne constitue qu'un instrument analytique parmi d'autres en vue de déterminer si l'entreprise bénéficiaire a reçu un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché (point 155 de l'affaire T-111/15). Le choix de l'instrument approprié appartient à la Commission dans le cadre de son obligation de faire une analyse complète de tous les éléments pertinents de l'opération litigieuse et de son contexte.

En l'espèce, la Commission estimait que la méthode comparative n'était pas la méthode d'appréciation la plus appropriée car elle doutait, comme indiqué dans ses lignes directrices de 2014, qu'il soit possible de définir

un élément de comparaison approprié aux fins de la fixation d'un prix de marché fidèle pour les services aéroportuaires, en raison, en particulier, de la divergence des coûts et des recettes entre aéroports, de la faible comparabilité des transactions entre aéroports et compagnies aériennes, de l'existence d'un prix négatif réellement payé par les compagnies pour les services des aéroports en question. Le Tribunal en conclut que la Commission n'a donc pas commis d'erreur de droit en retenant l'analyse de rentabilité incrémentale et en s'écartant de l'analyse comparative (point 157 de l'affaire T-111/15).

Pour le reste, le Tribunal rejette les arguments des requérantes tenant aux prétendus défauts de motivation et erreurs manifestes d'appréciation dans l'analyse de rentabilité incrémentale.

Accueil du moyen tenant à la preuve d'un avantage sélectif

S'agissant de la sixième affaire rendue le même jour (affaire T-77/16), le Tribunal annule la décision de la Commission en ce qu'elle concerne Ryanair et sa filiale Airport Marketing Services, considérant, pour l'essentiel, que la Commission n'avait pas établi la sélectivité de la mesure.

Le Tribunal constate ainsi que la Commission a examiné uniquement le caractère sélectif de l'avantage qui aurait résulté de l'octroi à *Ryanair* de remises sur les redevances aéroportuaires. Or, ces remises ne constituaient qu'un élément de l'avantage identifié par la Commission lequel correspond au résultat actualisé escompté négatif (recettes moins coûts) résultant du contrat conclu par *Ryanair*. La Commission n'a donc pas examiné le caractère sélectif de cet avantage dans la décision attaquée (point 39).

S'agissant des remises sur les redevances aéroportuaires dont la sélectivité a été analysée par la Commission, le Tribunal considère, qu'en tout état de cause, les motifs retenus par la Commission ne sont pas non plus de nature à établir leur caractère sélectif (point 41). En effet, le fait que seules les compagnies aériennes au départ de Zweibrücken auraient bénéficié de remises sur les redevances aéroportuaires n'est pas, à lui seul, un critère décisif pour considérer que l'avantage économique identifié dans le cas d'espèce a un caractère sélectif (point 42). Par ailleurs, contrairement à ce que prétendait la Commission, il n'appartenait pas aux requérantes d'établir que les conditions qu'elles avaient obtenues étaient accessibles à toutes les compagnies aériennes exerçant leurs activités au départ de l'aéroport, mais il lui incombait, à elle, d'établir que de telles conditions étaient plus favorables que celles applicables aux autres compagnies aériennes utilisant l'aéroport et qu'elles étaient, de ce fait, sélectives (point 43).

Dans ces conditions, le Tribunal estime que c'est à tort que la Commission a conclu que l'avantage économique identifié dans la décision attaquée présentait un caractère sélectif et qu'il convient, dès lors, d'annuler la décision attaquée.

J. D. & M. L. ■

3. Juridictions nationales

Aide existante – Responsabilité de l’État : Le Conseil d’État estime que la responsabilité de l’État ne peut être engagée en raison de la mise en œuvre d’une aide existante pour la période antérieure à l’intervention de la décision de la Commission européenne constatant son incompatibilité avec le marché commun (CE, 25 oct. 2018, *Ryanair*, n° 408789, FR:CECHR:2018:408789.20181025)

La question de l’engagement de la responsabilité de l’État du fait de l’octroi d’aides d’État donne actuellement lieu à de nombreux développements jurisprudentiels de la part des juridictions administratives françaises. C’est ainsi que, après avoir établi que la récupération, même tardive, d’une aide illégale ne saurait engager la responsabilité de l’État (CE, 7 juin 2017, *Le Muselet Valentin*, n° 386627, FR:CECHR:2017:386627.20170607, comm. R. Vuitton, *Concurrences*, n° 4-2017, pp. 148-149; voir également, CE, 30 mai 2018, *MJA*, n° 402174, FR:CECHR:2018:402174.20180530, comm. R. Vuitton, *Concurrences*, n° 3-2018, p. 163), le Conseil d’État a été récemment amené à se prononcer sur la question de savoir si cette responsabilité pouvait être engagée à raison de la mise en œuvre d’une aide d’État, considérée comme existante, pour la période antérieure à la décision de la Commission constatant son incompatibilité avec le marché commun.

Cette affaire trouve son origine dans des arrêtés de 1956 et de 1981, établissant un régime de différenciation des redevances aéroportuaires selon la destination des vols. Après avoir été saisie d’une plainte de la compagnie aérienne à bas coûts *Ryanair*, la Commission a considéré, par une décision du 28 janvier 2009, que, s’agissant des redevances par passager, cette différence constituait un régime d’aide d’État existant incompatible avec le marché commun. Toutefois, les autorités françaises ayant pris les mesures nécessaires pour supprimer ce régime, la Commission n’avait pas proposé de mesures utiles. C’est dans ces conditions que, estimant avoir subi un préjudice du fait de cette différenciation entre le 1^{er} mai 1997 et le 31 octobre 2009, *Ryanair*, a demandé au juge administratif de lui accorder une indemnité de près de 110 millions d’euros.

Saisi au stade du pourvoi, le Conseil d’État annule l’arrêt de la Cour administrative d’appel de Paris pour défaut de motivation puis examine, au fond, le recours de *Ryanair*.

En premier lieu, d’une part, il avance que, ainsi qu’il a été jugé dans l’arrêt du 15 mars 1994, *Banco Exterior de España* (C-387/92, EU:C:1994:100), il résulte de l’article 108 TFUE qu’une “aide existante doit être considérée comme légale” et “peut continuer à être exécutée tant que la Commission n’a pas constaté son incompatibilité avec le marché commun”. Or, si ce dernier aspect ressort effectivement de la jurisprudence, et notamment du point 20

de l’arrêt *Banco Exterior de España*, la Cour n’a jamais considéré, à notre connaissance, qu’une “aide existante doit être considérée comme légale”. La légalité d’une aide dépend en effet uniquement de la question de savoir si celle-ci a fait l’objet d’une notification à la Commission, conformément à l’article 108 TFUE. Une aide “illégale” peut d’ailleurs être qualifiée d’aide “existante”, par exemple, sur le fondement de l’article 17 du règlement 2015/1589 (*JOUE* 2015, L 248, p.9), lequel reprend la substance de l’article 15 du règlement n° 659/1999 (*JOUE* 1999, L 83, p.1). Un minimum de rigueur terminologique aurait donc été bienvenu de la part du Conseil d’État. D’autre part, ce dernier relève que l’examen des aides existantes par la Commission peut conduire celle-ci à proposer à l’État membre concerné, pour l’avenir, des mesures utiles, au nombre desquelles peut figurer la suppression ou la modification de l’aide jugée incompatible avec le marché intérieur.

C’est sur le fondement de ces considérations que le Conseil d’État énonce le principe selon lequel “la responsabilité de l’État ne saurait être engagée pour méconnaissance fautive de la réglementation relative aux aides d’État à raison de la mise en œuvre d’une aide existante pour la période antérieure à l’intervention de la décision de la Commission constatant son incompatibilité avec le marché commun” (point 5).

D’emblée, ce principe étonne par son caractère général. Il est en effet possible de douter qu’il puisse être valable pour tout type d’aide existante, indépendamment des circonstances factuelles ayant conduit à qualifier ainsi l’aide en cause. Cette question est d’ailleurs actuellement pendante devant la Cour dans l’affaire *Fallimento Traghetti del Mediterraneo* (C-387/17). À cet égard, l’Avocat général Nils Wahl a indiqué, dans ses conclusions du 13 septembre 2018, qu’il estimait que “les dispositions du traité FUE en matière d’État s’opposent à ce que l’expiration du délai de prescription en matière de récupération de l’aide visé à l’article 15 du règlement n° 659/1999 fasse obstacle à l’engagement devant le juge national de la responsabilité de l’État pour violation de l’obligation de notification préalable prévue à l’article 108, paragraphe 3, TFUE”. Selon lui, “le fait qu’une aide puisse devenir une aide existante en vertu de l’article 15, paragraphe 3, du règlement n° 659/1999 ne remédie pas à l’illégalité commise par l’État du fait de l’absence de notification” et ne supprime pas le “fondement juridique d’un recours introduit contre l’État membre concerné par des particuliers et des concurrents affectés par l’octroi de l’aide illégale” (points 92 et 93). Cette analyse, qui n’apparaît pas dénuée de fondement, heurte frontalement le principe, trop général, dégagé par le Conseil d’État.

Néanmoins, en l’espèce, si la Commission a conclu au caractère existant du régime en cause, c’est en se fondant, non pas sur l’article 15 du règlement n° 659/1999, mais sur l’article 1^{er}, sous b, sous i), de ce dernier, et en considérant que le principe de la différenciation des redevances aéroportuaires avait été adopté avant l’entrée en vigueur en France du traité CEE et qu’il n’avait pas été modifié de manière substantielle. En effet, en vertu de cette disposition [reprise à l’article 1^{er}, sous b, sous i), du règlement

2015/1589], constitue une “*aide existante*”, toute aide existant avant l’entrée en vigueur du traité dans cet État membre, c’est-à-dire les régimes d’aides et les aides individuelles mis à exécution avant, et toujours applicables après, ladite entrée en vigueur. Dans cette hypothèse, la question de l’illégalité de l’aide en cause ne se pose pas, dès lors que, lors de sa mise en œuvre, elle n’était pas soumise à l’obligation de notification préalable.

Aussi, la conclusion selon laquelle *Ryanair* n’est pas fondée à rechercher la responsabilité de l’État pour la période antérieure à la décision du 28 janvier 2009, à raison du caractère d’aide d’État de la différenciation tarifaire de la redevance par passager en fonction de la destination du vol (point 6), peut, dans ces circonstances, sembler justifiée.

En second lieu, le Conseil d’État écarte logiquement l’argument pris de ce que l’article 21 du règlement n° 659/1999, qui prévoit que les États membres communiquent à la Commission des rapports annuels sur tous les régimes d’aides existants, n’a pas été respecté. En effet, à supposer même que tel soit le cas, cette disposition “*intéresse les rapports entre les autorités françaises et la Commission et ne peut, en tout état de cause être regardée comme étant la cause directe du préjudice allégué*” (point 7).

En troisième lieu, dès lors que, par sa décision, la Commission a constaté que les mesures nécessaires à la suppression de la différenciation en cause étaient en cours de préparation et a clôturé l’enquête sans prescrire aucune mesure supplémentaire, le Conseil d’État estime que la responsabilité étatique ne saurait être recherchée pour le maintien, après cette décision, de ladite différenciation. Cette position est partiellement justifiée dès lors que la différenciation des redevances par passagers a été supprimée au premier semestre 2008, à l’exception des aéroports de Paris où l’alignement n’a été effectif qu’à compter du 1^{er} avril 2009. Il aurait cependant pu être considéré que l’indemnisation aurait pu réparer le préjudice prétendument subi en raison du maintien de la différenciation en cause dans ces aéroports entre le 28 janvier et le 1^{er} avril 2009. Cette possibilité n’est cependant pas examinée, le Conseil d’État se bornant à relever que la décision de la Commission n’a pas prescrit de mesures utiles. Il n’est toutefois pas certain que cette circonstance suffise à exclure l’engagement de la responsabilité de l’État pour la période postérieure à cette décision.

En dernier lieu, le Conseil d’État constate – sans que cela ne mérite une attention particulière dans le cadre de la présente chronique – que les arrêtés de 1956 et de 1981 ne méconnaissent ni le principe de la libre prestation de services ni les dispositions de droit dérivé en matière d’exploitation de services aériens [règlement n° 2408/92 (*JOCE* 1992, L 240, p. 8), abrogé par le règlement n° 1008/2008 (*JOUE* 2008, L 293, p. 3)].

En conclusion, le Conseil d’État confirme le rejet de la demande indemnitaire de *Ryanair*. Si cette solution semblait s’imposer au regard des circonstances propres au cas d’espèce, il est possible de s’interroger sur le caractère très général du principe selon lequel la responsabilité de l’État ne peut être engagée en raison de la mise en œuvre d’une aide existante pour la période antérieure à l’intervention de la décision de la Commission constatant son incompatibilité avec le marché commun. Et il ne saurait être exclu que, lorsqu’elle tranchera l’affaire *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, la Cour restreigne la portée de ce principe.

R. V. ■

À NOTER

Trois commentaires ont été reportés au prochain numéro pour cause d’un nombre déjà très élevé d’affaires à traiter dans le présent numéro à la suite de nombreuses décisions prises par la Cour et le Tribunal en décembre 2018.

Pourvoi – Annulation d’une première décision de la Commission confirmée sur pourvoi – Rejet d’un recours contre la seconde décision de la Commission – Aide incompatible : La Cour de justice rejette un pourvoi portant sur la requalification en capital des provisions comptables en franchise d’impôt pour le renouvellement du réseau d’alimentation générale (*CJUE, 13 décembre 2018, EDF, aff. C221/18 P, EU:C:2018:1009*)

La Cour de justice rejette un pourvoi formé par Électricité de France (EDF) à l’encontre de l’arrêt du Tribunal du 16 janvier 2018, EDF/Commission (T-747/15) qui rejetait son recours contre la décision de la Commission du 22 juillet 2015 portant sur la requalification en capital des provisions comptables en franchise d’impôt pour le renouvellement du réseau d’alimentation générale (voir nos commentaires dans *Concurrences*, n° 2-2018, pp. 133-142). Cette ordonnance de 2018 marque la fin de cette saga “EDF” depuis la décision initiale de la Commission du 16 décembre 2003 (aide remboursée en février 2004), annulée par l’arrêt du 15 décembre 2009 (T-156/04 – aide reversée à EDF), confirmé par l’arrêt du 5 juin 2012 (C-124/10 P), donnant lieu à une nouvelle décision négative de la Commission en juillet 2015 qui devient donc définitive à la suite du rejet de ce pourvoi.

J. D. ■

Sélectivité – Exonération d’impôts – Cadre de référence : La Cour de justice applique sa jurisprudence fondée sur le test dit du “cadre de référence” dans le cadre de la condition de sélectivité en matière fiscale (CJUE, 19 décembre 2018, *Finanzamt B c./ A-Brauerei*, aff. C374/17, EU:C:2018:1024)

Il s’agit d’un nouvel arrêt traitant de la question de la condition de sélectivité en matière fiscale (exonération d’impôts en Allemagne du transfert de la propriété d’un immeuble intervenu en raison d’opérations de transformation effectuées au sein de certains groupes de sociétés). Les conclusions intéressantes de l’Avocat général Henrik Saugmandsgaard Øe ne sont pas suivies par la Cour qui applique sa jurisprudence fondée sur le test dit du “cadre de référence” pour conclure à l’existence d’une mesure instaurant une différenciation constitutive *a priori* de sélectivité mais finalement justifiée par la nature et l’économie du système fiscal en cause (c’est une application assez rare de cette dernière condition souvent qualifiée de *probatio diabolica*). Cette affaire requiert une attention particulière en liaison notamment avec l’arrêt qui suit du Tribunal.

J. D. ■

Régime fiscal – Domicile – Prise de participation : Le Tribunal applique la position de la Cour concernant le régime fiscal espagnol permettant aux entreprises fiscalement domiciliées en Espagne d’amortir la survaleur résultant de prises de participations dans des entreprises fiscalement domiciliées à l’étranger (Trib. UE, 15 novembre 2018, *Deutsche Telekom AG e.a. c./ Commission*, T-207/10, EU:T:2018:786)

Le Tribunal s’exprime sur le régime fiscal espagnol permettant aux entreprises fiscalement domiciliées en Espagne d’amortir la survaleur résultant de prises de participations dans des entreprises fiscalement domiciliées à l’étranger. Il s’agit là de la suite de l’affaire dite Autogrill (arrêts du 7 novembre 2014, T-219/10, *Autogrill España* et T399/11, *Banco Santander*) ou *World Duty Free* (arrêt du 21 décembre 2016, C-20/15 P et C-21/15 P). La Cour avait annulé l’arrêt du Tribunal de 2014 et renvoyé l’affaire à celui-ci. Le Tribunal ne prend plus de risques et applique la position de la Cour en rejetant les recours contre la décision de la Commission. Cette affaire (qui joint les renvois de la Cour aux affaires similaires qui étaient pendantes devant le Tribunal) fera l’objet d’une attention spécifique à la suite de notre commentaire sur l’arrêt de la Cour de décembre 2016 (voir *Concurrences*, n° 1-2017, pp. 153-163).

J. D. ■

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Jean Pisani Ferry, Ian Forrester, Eleanor Fox, Douglas H. Ginsburg, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Arnaud Montebourg, Mario Monti, Gilbert Parleani, Jacques Steenbergen, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Lord David Currie, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, Isabelle de Silva, François Fillon, John Fingleton, Renata B. Hesse, François Hollande, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Johannes Laitenberger, Emmanuel Macron, Robert Mahnke, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Marie-Laure Sauty de Chalon, Tommaso Valletti, Christine Varney...

Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninos, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peeperkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Actualité des enquêtes de concurrence, Contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

International

Belgium, Brésil, Canada, China, Germany, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Nicolas Petit, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

PRATIQUES UNILATÉRALES

Laurent Binet, Frédéric Marty, Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré, Didier Ferrier, Anne-Cécile Martin

CONCENTRATIONS

Jean-François Bellis, Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Sergio Sorinas, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Orion Berg, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume

MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

ACTIONS PUBLIQUES

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

DROITS EUROPÉENS ET ÉTRANGERS

Walid Chaiehloudj, Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda, François Souty, Stéphanie Yon-Courtin

Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

Revue

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

> Abonnement Concurrences +

Devis sur demande
Quote upon request

Revue et Bulletin : Versions imprimée (Revue) et électroniques (Revue et Bulletin) (avec accès multipostes pendant 1 an aux archives)
Review and Bulletin: Print (Review) and electronic versions (Review and Bulletin)
(unlimited users access for 1 year to archives)

Conférences : Accès aux documents et supports (Concurrences et universités partenaires)
Conferences: Access to all documents and recording (Concurrences and partner universities)

Livres : Accès à tous les e-Books
Books: Access to all e-Books

> Abonnements Basic

HT
Without tax

TTC
Tax included

e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

- | | | | |
|--------------------------|---|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> | Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
<i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 785,00 € | 942,00 € |
|--------------------------|---|----------|----------|

Revue Concurrences | Review Concurrences

- | | | | |
|--------------------------|---|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> | Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
<i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 565,00 € | 678,00 € |
| <input type="checkbox"/> | Version imprimée (4 N° pendant un an, pas d'accès aux archives)
<i>Print version (4 issues for 1 year, no access to archives)</i> | 615,00 € | 627,91 € |

Renseignements | Subscriber details

Prénom - Nom | *First name - Name*

Courriel | *e-mail*

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | Send your order to:

Institut de droit de la concurrence
68 rue Amelot - 75011 Paris - France | webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la Revue et/ou du Bulletin ont lieu dès réception du paiement complet. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of the Review and on-line access to the Review and/or the Bulletin require full prepayment. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Revue hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping Review outside France