

RECHTSPRAAK

JURISPRUDENCE

COUR D'APPEL DE BRUXELLES (COUR DES MARCHÉS, 18^E CH. FRANCOPHONE) 28 FÉVRIER 2019

CONCURRENCE

Droit de la concurrence européen – Aides d'Etat – Marchés publics – Compétence du juge national – Pratiques du marché

Le juge national doit protéger les droits subjectifs des tiers lésés par la violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE interdisant la mise en œuvre d'aides d'Etat illégales. Même si cette disposition s'adresse aux Etats membres exclusivement, elle est d'effet direct et le juge national doit protéger le concurrent du bénéficiaire d'une aide d'Etat illégalement octroyée qui en tire profit sur le marché.

Le juge national doit dès lors ordonner la cessation d'offres dans le cadre de marchés publics de prix anormalement bas rendus possibles par le bénéfice d'une aide d'Etat illégale. Un tel comportement constitue un acte de concurrence déloyale.

Le juge national doit statuer sur une telle demande même si la Commission européenne n'a pas encore pris de position sur une plainte déposée en parallèle devant elle contre les aides d'Etat litigieuses et n'a notamment pas adopté une décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen.

MEDEDINGING

Europees mededingingsrecht – Steunmaatregelen van Staten – Overheidsopdrachten – Bevoegdheid nationale rechter – Marktpraktijken

De nationale rechter moet de subjectieve rechten beschermen van derden die werden benadeeld door de inbreuk op artikel 108, paragraaf 3 VWEU, dat de uitvoering van onwettige staatssteun verbiedt. Zelfs als deze bepaling exclusief tot lidstaten is gericht, heeft deze rechtstreekse werking en moet de nationale rechter de concurrent beschermen tegen een begunstigde van illegaal verleende staatssteun die ervan profiteert op de markt.

De nationale rechter moet daarom de stopzetting van inschrijvingen gelasten in het kader van overheidsopdrachten met abnormaal lage prijzen die mogelijk worden gemaakt door dit voordeel van illegale staatssteun. Dergelijk gedrag vormt een daad van oneerlijke concurrentie.

De nationale rechter moet over een dergelijk verzoek beslissen, zelfs al heeft de Europese Commissie nog geen standpunt ingenomen over een klacht die parallel bij haar is ingediend tegen de betwiste staatssteun en heeft zij nog geen besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure genomen.

ASBL Village n° 1 / ASBL Union générale belge du nettoyage (UGBN)
Siég.: H. Reghif (conseiller f.f. président), Y. Demanche et C. Verbruggen (conseillers)
Pl.: Mes Th. Zuinen et R. Gherghinaru loco P. Teerlinck
Affaire: 2018/AR/1416

(...)

I. Exposé des faits utiles à l'appréciation du litige

(...)

1. L'UGBN est une ASBL qui a pour objet (cf. art. 2 de ses statuts): « 1° de grouper, tant les personnes physiques que morales exécutant des travaux de nettoyage (...) », de défendre les droits et intérêts de ces entreprises et de les représenter auprès des pouvoirs publics.

Elle indique que ses membres, qui sont des entreprises de nettoyage, occupent environ 36.000 personnes, représentant

environ 76% de l'emploi total au sein du secteur. Elle indique aussi que ses membres font partie de la Commission paritaire n° 121.

Village n° 1 Entreprises (ci-après « Village n° 1 ») est une ASBL qui (...) est une « entreprise de travail adaptée », ou « ETA », à savoir une entreprise d'économie sociale dont la spécificité est d'employer majoritairement des personnes handicapées; elle indique qu'elle a développé, pour offrir un emploi et un accompagnement adaptés aux personnes handicapées, des services dans différents secteurs, dont celui du nettoyage; elle indique occuper environ 600 travailleurs et ressortir de la convention paritaire n° 327.03.

2. A partir de 2015, Village n° 1 participe à plusieurs procédures de marchés publics de nettoyage et se voit attribuer certains marchés. Selon l'UGBN, Village n° 1 offre dans ce cadre des prix anormalement bas. L'UGBN produit à cet égard des documents relatifs aux marchés publics de nettoyage suivants: (...)

3. L'UGBN introduit la présente procédure par exploit de citation du 26 mai 2017 (*cf. infra*).

Le 14 septembre 2017, elle dépose avec la Fédération belge des entrepreneurs paysagistes auprès de la Commission européenne une plainte pour aide d'Etat, considérant que les subsides attribués par les pouvoirs publics en Wallonie, Flandre et à Bruxelles aux entreprises du secteur de l'économie sociale constituent de telles aides d'Etat qui perturbent le marché. Selon les informations fournies par les parties, cette plainte est toujours pendante et la Commission n'a pas encore pris position.

II. Antécédents de procédure et demandes formées devant la cour

4. Par exploit du 26 mai 2017, l'UGBN cite Village n° 1 en cessation devant le tribunal de commerce francophone de Bruxelles.

(...)

6. Dans le jugement du 22 mars 2018 dont appel, le tribunal dit la demande recevable et fondée, dans la mesure suivante.

(...)

7. Village n° 1 interjette appel de ce jugement en ce qu'il fait droit aux mesures de cessation postulées. Elle demande à la cour de le reformer et de dire les demandes de l'UGBN non fondées et de la condamner aux frais et dépens.

(...)

III. Discussion

(...)

III.3. Le cadre législatif et réglementaire

14. En vertu de l'article VI.104 CDE: « Est interdit, tout acte contraire aux pratiques honnêtes du marché par lequel une entreprise porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou de plusieurs autres entreprises. »

L'acte contraire aux pratiques honnêtes du marché au sens de l'article VI.104 CDE suppose trois éléments: (i) un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché, (ii) commis par une entreprise et (iii) qui porte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou de plusieurs entreprises.

L'acte contraire aux pratiques honnêtes du marché au sens strict (premier élément) peut résulter de la violation tant de toute disposition du CDE, de règles de l'éthique du com-

merce, que de toute disposition légale ou réglementaire. La référence aux actes contraires aux pratiques honnêtes du marché est un concept ouvert qui laisse une marge d'appréciation importante au juge.

15. L'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, dans sa version applicable à l'époque, prévoyait que:

Article 95:

« § 1^{er}. **Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres des soumissionnaires ayant satisfait aux conditions du droit d'accès et aux critères de sélection qualitative. Il procède à cette vérification tant sur le plan formel que sur le plan matériel.**

§ 2. *Sur le plan formel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les formalités prescrites par les articles 6, § 1^{er}, 51, § 2, 52, 54, § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 et par les documents du marché, dans la mesure où les formalités prescrites par ces articles ou ces documents revêtent un caractère essentiel.*

Par contre, lorsque l'offre ne respecte pas les autres formalités prescrites par les articles mentionnées à l'alinéa 1^{er} ou par les documents du marché, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 3. **Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.**

Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1^{er}, sections 7 à 11 et le chapitre 6, sections 2 à 4 ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle.

§ 4. **L'offre affectée d'une irrégularité substantielle est nulle.**

En cas d'irrégularité non substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre nulle. S'il ne la déclare pas nulle, l'offre est réputée régulière. » (mises en évidence ajoutées).

Article 21:

« § 1^{er}. **Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix des offres introduites. A sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure toutes indications permettant cette vérification.**

§ 2. *Si les documents du marché le prévoient, le pouvoir adjudicateur peut confier aux personnes qu'il désigne la mission d'effectuer toutes vérifications sur pièces comptables et tous contrôles sur place de l'exactitude des indica-*

tions fournies dans le cadre de la vérification des prix. Les indications fournies en application des dispositions qui précèdent ne peuvent être utilisées par le pouvoir adjudicateur à d'autres fins que celle de la vérification des prix.

§ 3. Sauf disposition contraire dans les documents du marché, ce paragraphe n'est pas applicable à la procédure négociée.

Lorsque le pouvoir adjudicateur constate, lors de la vérification des prix, qu'un prix paraissant anormalement bas ou élevé par rapport aux prestations à exécuter est remis, avant d'écarter pour cette raison l'offre en cause, il invite par lettre recommandée le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications nécessaires sur la composition du prix concerné dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que l'invitation ne prévoie un délai plus long. La charge de la preuve de l'envoi des justifications incombe au soumissionnaire. Les justifications concernent notamment:

1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;

2° les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;

3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;

4° le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;

5° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Le pouvoir adjudicateur vérifie les justifications fournies et interroge à nouveau le soumissionnaire si nécessaire. Lorsque le marché de travaux, de fournitures ou de services relevant de l'annexe II, A, de la loi atteint le montant fixé à l'article 32 et que le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide publique, l'offre ne peut être rejetée pour ce seul motif que si le soumissionnaire consulté n'est pas en mesure de démontrer dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur que l'aide en question a été octroyée légalement. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission européenne. » (mises en évidence ajoutées).

Article 99:

« § 1^{er}. Après avoir appliqué l'article 96, le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix conformément à l'article 21.

§ 2. Dans le cas d'un marché de travaux passé par adjudication, pour autant qu'au moins quatre offres aient été

déposées par des soumissionnaires sélectionnés, toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par ces soumissionnaires, qu'elles soient régulières ou non, est considérée comme une offre exigeant la vérification par le pouvoir adjudicateur de l'anormalité présumée de son montant total.

La moyenne des montants se calcule de la manière suivante:

1° lorsque le nombre des offres est égal ou supérieur à sept, en excluant à la fois l'offre la plus basse et les offres les plus élevées formant un quart de l'ensemble des offres déposées. Si ce nombre n'est pas divisible par quatre, le quart est arrondi à l'unité supérieure;

2° lorsque le nombre d'offres est inférieur à sept, en excluant l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée.

En présence d'une offre exigeant la vérification de son montant total, le pouvoir adjudicateur:

1° soit motive dans la décision d'attribution du marché que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal;

2° soit invite le soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires comme prévu à l'article 21, § 3, alinéas 2 à 4. Si, après examen de ces justifications, le montant total de l'offre est effectivement considéré comme anormal ou en l'absence de justifications dans le délai imparti, l'offre est irrégulière. Les documents du marché peuvent rendre le présent paragraphe applicable à l'appel d'offres et aux marchés de fournitures ou de services.

§ 3. Lorsque l'offre présentée pour un marché de travaux est écartée en vertu des paragraphes 1^{er} ou 2, le pouvoir adjudicateur informe la Commission d'agrégation des entrepreneurs dans les quinze jours de la conclusion du marché. Il communique en outre à celle-ci les noms des soumissionnaires n'ayant pas fourni les justifications nécessaires dans le délai imparti. (mises en évidence ajoutées).

16. Le TFUE contient les règles suivantes en matière d'aide d'Etat:

[reproduction du texte des articles 107 à 109 TFUE]

(...)

17. Le règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 « déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité » prévoit l'exemption suivante concernant les travailleurs handicapés:

[reproduction du texte de l'article 33 de ce règlement relatif aux « aides à l'emploi de travailleurs handicapés sous forme de subventions salariales »]

(...)

La réglementation afférente aux ETA est contenue dans le Code réglementaire wallon de l'action sociale et de la santé (ci-après le code). Les modalités du système de subventionnement prévu sont fixées aux articles 993 et s. du code.

Le principe, fixé à l'article 1001 du code, est que « *le montant de l'intervention octroyée pour chaque travailleur handicapé est déterminé en multipliant le montant de la rémunération ou du complément de rémunération par un pourcentage fixe en fonction de la perte de rendement sans que ce pourcentage puisse excéder 85%* », pourcentage qui peut encore être majoré de 1 à 4% pour un travailleur handicapé dont la perte de rendement est fixée à plus de 60%. Par ailleurs, des subventions sont aussi accordées pour le personnel cadre (art. 1004 et s.).

III.4. Appréciation par la cour

19. Les offres déposées dans le cadre d'un marché public sont supposées établies sur la base de prix normaux, à savoir de prix réalistes, impliquant au minimum la couverture des coûts (cf. not. B. GEYSSENS et S. VAN GARSSE, « Abnormale prijzen bij overheidsopdrachten: overheden tussen hamer en aambeel », *T.B.O.*, 2015, liv. 5, pp. 231 et s.).

Si un soumissionnaire dépose une offre qui contient des prix anormalement bas, cela est de nature à nuire à la concurrence entre les soumissionnaires et à l'égalité entre ceux-ci, ainsi qu'à l'intérêt général dans son ensemble, car l'attribution d'un marché public à un soumissionnaire sur la base de prix anormalement bas fait craindre des problèmes dans le courant de l'exécution du marché (marche mal exécuté, risque de faillite, etc.) (*o.c.*).

(...)

20. Dans le cadre des 6 marchés publics documentés par l'UGBN, le pouvoir adjudicataire a, à trois reprises, interrogé Village n° 1 en raison de ses prix bas, et, dans deux des trois cas, il a écarté les offres de Village n° 1, en tout ou en partie, considérant que ses prix étaient anormalement bas (cf. l'exposé des faits).

La pratique, documentée dans le chef de Village n° 1, qui consiste à déposer une offre à un prix anormalement bas au sens de la réglementation sur les marchés publics (art. 21 et 99 de l'arrêté royal passation du 15 juillet 2011 applicables à l'époque; art. 35 et 36 de l'arrêté royal passation du 18 avril 2017 applicables ensuite) et reconnu tel par le pouvoir adjudicataire après investigation auprès de l'offrant, est de nature à nuire à la concurrence entre les soumissionnaires, et constitue un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché. L'offre reposant sur des prix anormalement bas est affectée d'une irrégularité substantielle et donc nulle. Dans les cas relevés par l'UGBN, les prix bas ne pouvaient être justifiés par le seul fait que Village n° 1, de par son statut d'entreprise de travail adapté, ressortit d'une autre commission paritaire que les entreprises du secteur du nettoyage, ni par le fait qu'ayant le statut d'ASBL, elle ne cherche pas à

dégager un profit à distribuer à ses actionnaires, contrairement aux entreprises organisées sous la forme de sociétés commerciales. Dans le cas du marché INASEP, le pouvoir adjudicataire a ainsi relevé qu'une autre ETA avait fait offre en retenant 1.000 heures en plus que Village n° 1 (cf. *supra*).

Le dépôt d'une telle offre est un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché entre concurrents.

(...)

21. La réglementation applicable aux marchés publics prévoit qu'un prix soupçonné d'être anormalement bas peut ne pas l'être s'il s'explique par « *l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement* » (cf. art. 21, § 3, al. 4, 5°, de l'arrêté passation du 15 juillet 2011; art. 36, § 2, al. 4, 4°, de l'arrêté passation du 18 avril 2017. Cf., déjà dans le droit antérieur, Liège, 17 novembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 202).

Ceci implique, *a contrario*, qu'un prix ne peut être justifié par une aide publique dont il n'est pas établi qu'elle a été octroyée légalement.

22. Les articles 107 et s. du TFUE posent le principe de l'incompatibilité des aides d'Etat avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres et faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou productions.

Les aides d'Etat doivent dès lors être notifiées à la Commission, qui est (seule) compétente pour en apprécier la compatibilité avec le marché intérieur, sous le contrôle de la Cour de justice.

Une aide nouvelle mise à exécution dans un Etat membre sans respecter l'obligation de notification est qualifiée d'« aide illégale » à l'article 1^{er} du règlement n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE.

La Cour de justice et la Commission reconnaissent que les juridictions nationales sont appelées à veiller à la sauvegarde des droits des justiciables affectés par la mise en œuvre illégale d'une aide (cf. la jurisprudence de la Cour de justice et la communication de la Commission relative à l'application des règles en matière d'aides d'Etat par les juridictions nationales 2009/C 85/01, § 21): « *Les juridictions nationales sont tenues de veiller au respect de l'interdiction de mise à exécution et de protéger les droits des justiciables contre les aides d'Etat illégales* » (*ibid.*, § 70). A ce titre, les juridictions nationales peuvent notamment ordonner des mesures provisoires contre l'aide illégale (*ibid.*, § 26).

Les juridictions nationales sont compétentes également pour apprécier la notion d'aide d'Etat, en particulier dès lors que la Commission, saisie de la plainte déposée par l'UGBN, n'a pas encore pris une décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen prévue à l'article 108, paragraphe 2, TFUE.

23. Les subventions octroyées à Village n° 1 par la Région wallonne le sont en vertu des articles 1001 et s. du Code réglementaire wallon de l'action sociale et de la santé. Ces subventions consistent en des pourcentages de rémunération des travailleurs handicapés occupés, avec un maximum de 85% pouvant encore être majoré de 4%; des subventions sont également accordées pour le personnel cadre.

Ces subventions constituent des aides d'Etat. Il s'agit en effet de subventions (i) octroyées par l'Etat au sens large (ce qui inclut l'Etat fédéral ainsi que les entités fédérées comme la Région wallonne) et impliquant des ressources de l'Etat au sens large, (ii) conférant un avantage direct à son bénéficiaire, en l'occurrence Village n° 1 et plus généralement les ETA, par rapport à la situation qui aurait prévalu dans des conditions normales de marché, (iii) sélectives, dès lors qu'elles ne sont octroyées qu'à certaines entreprises, à savoir les ETA, (iv) susceptibles d'affecter la concurrence et le commerce au sein de l'Union, cette condition étant interprétée largement, puisque le principe est celui du contrôle *a priori* (sur ces conditions, cf. P.M. SABBADINI, *Les aides d'Etat, aspects juridiques et économiques*, Larcier, 2015, pp. 35 et s.).

Le cadre réglementaire wallon excède manifestement l'exemption prévue au règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission européenne, qui ne peut, de ce fait, être considérée comme applicable automatiquement aux subventions wallonnes. Le pourcentage admis pour les subventions des travailleurs handicapés est en effet supérieur, tandis que des subventions sont également accordées pour le personnel cadre, ce qui n'est pas le cas dans le cadre du règlement européen. Même si l'obligation de notification des aides s'impose exclusivement au pouvoir public concerné – en l'espèce à la Région wallonne – et non à ses bénéficiaires, la cour constate que Village n° 1 était informée du caractère irrégulier des aides pour défaut de notification à la Commission européenne (voir *infra*), et que c'est en connaissance de cause de ce caractère qu'elle en a tiré profit pour participer à des marchés publics avec des prix avantageux, fondés sur ces aides illégales (cf. sa réponse à l'adjudicateur public, à deux reprises, que ses prix étaient justifiés par les subventions reçues).

La connaissance de Village n° 1 peut être inférée de ce que Village n° 1 est membre de l'EWETA, la fédération des entreprises de travail adapté, et que les rapports d'activité de l'EWETA depuis l'année 2012 mentionnent, de manière récurrente, sa préoccupation concernant l'analyse des subventions, l'EWETA indiquant en particulier dès son rapport pour l'année 2012 avoir commandé une étude juridique « démontrant que la Région wallonne devrait notifier ces aides à la Commission européenne et pouvoir dès lors en principe maintenir les aides (...) » (p. 13); or, précisément, si les subventions devaient être notifiées à la Commission, la conséquence est que, dans l'attente de cette notification, les aides doivent être considérées comme illégales pour le tout (cf. *supra*).

L'acte contraire aux usages honnêtes commis par Village

n° 1 n'est pas le défaut de notification des subventions à la Commission – défaut qui est imputable à la Région wallonne – mais le fait d'avoir tiré profit de ces aides illégales pour remettre des prix dans le cadre de marchés publics, faussant de ce fait la concurrence avec les autres entreprises ne bénéficiant pas de pareilles aides (en ce sens, Comm. Bruxelles, 13 février 1995, *J.T. dr. eur.*, 1995, p. 72).

Village n° 1 n'établit pas que les aides d'Etat dont elle bénéficie seraient exemptées de l'obligation de notification à la Commission au motif qu'il s'agirait d'aides existantes au sens de l'article 108 TFUE et de la définition donnée à ce terme à l'article 1^{er} du règlement n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE. En particulier, elle n'établit pas qu'il s'agirait d'aides existant avant l'entrée en vigueur du Traité de Rome (dont les art. 92 à 94 contenaient les règles relatives aux aides d'Etat, avant leur reprise dans les art. 107 à 109 TFUE) puisque, même à considérer que les subventions régionales constituent la continuation des règles nationales antérieures, celles-ci sont intervenues après l'entrée en vigueur du Traité de Rome en Belgique, tandis que les aides individuelles mises à exécution en faveur de Village n° 1 n'ont pu être allouées avant la constitution de cette ASBL, intervenue en 1963, selon les informations fournies à l'audience.

De surcroît, même dans le cas d'aides existantes au sens de l'article 108 TFUE, ces aides sont soumises à une procédure de contrôle par la Commission, comme prévu à l'article 108, paragraphe 1, TFUE.

Partant, il est également justifié de confirmer le second ordre de cessation, sous réserve de précisions à apporter à celui-ci, comme indiqué au dispositif.

(...)

Par ces motifs, la cour,

(...)

Reçoit l'appel mais le dit non fondé,

Confirme le jugement entrepris, sous réserve que le libellé des deux premiers ordres de cessation est modifié, et que le troisième ordre de cessation est déclaré sans objet;

Ordonne à Village n° 1 de cesser de déposer des offres pour des marchés publics à des prix anormalement bas au sens de la réglementation sur les marchés publics (art. 21 et 99 de l'arrêté royal passation du 15 juillet 2011 applicables à l'époque; art. 35 et 36 de l'arrêté royal passation du 18 avril 2017 applicables ensuite; ou toutes dispositions ultérieures similaires à celles-ci), sous peine d'une astreinte de 10.000 EUR pour chaque marché où un prix anormal dans l'offre est constaté par l'adjudicateur public, à partir de la signification du jugement dont appel;

Ordonne à Village n° 1 de cesser de déposer des offres pour des marchés publics à des prix établis en prenant en compte les subventions salariales octroyées par les autorités wallon-

nes sur la base des articles 1001 et s. du Code réglementaire wallon de l'action sociale et de la santé, ou toutes dispositions ultérieures similaires à celles-ci, et cela aussi longtemps que ces aides n'auront pas été notifiées à la Commission européenne et déclarées compatibles avec le marché

intérieur, sous peine d'une astreinte de 10.000 EUR par infraction à l'injonction, à compter de la signification du jugement appel;

Dit le troisième ordre de cessation sans objet, (...)

Note

La protection du tiers lésé par l'octroi illégal d'une aide d'Etat à son concurrent: une concurrence déloyale fondée indirectement sur une violation du droit européen

Jacques Derenne¹

INTRODUCTION

1. L'arrêt annoté de la cour d'appel de Bruxelles du 28 février 2019 concerne la matière des aides d'Etat et le rôle du juge national de protéger les droits subjectifs des tiers lésés par l'octroi d'une aide octroyée en violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE.

2. Cette disposition octroie des droits subjectifs aux tiers des bénéficiaires d'aides illégales², c'est-à-dire des aides octroyées en violation de l'obligation de notification préalable des projets d'aides et de celle de non mise en œuvre de ces projets en l'absence d'une approbation de la Commission européenne (sous réserve de l'application d'une exemp-

tion par catégorie ou de la règle *de minimis*).

3. L'arrêt annoté est un exemple d'une bonne application du droit européen par le juge national dans une matière parfois complexe et souvent encore trop méconnue. En l'espèce, même si la solution doit être approuvée, la cour d'appel aurait dû se référer à la jurisprudence européenne pertinente, examiner plus précisément la condition d'affectation des échanges entre Etats membres, justifier différemment l'inapplicabilité du règlement d'exemption par catégorie et se poser la question de l'application éventuelle des dispositions *de minimis*.

1. FAITS PERTINENTS ET PROCÉDURE

4. Il s'agit d'une action en cessation initiée par l'ASBL « Union générale belge du nettoyage » (UGBN), regroupant la plupart des entreprises de nettoyage, à l'encontre d'offres de prix faites par l'ASBL « Village n° 1 », une entreprise d'économie sociale ayant développé des activités dans le secteur du nettoyage, employant des travailleurs handicapés dont le tarif horaire est moins élevé (ces travailleurs relèvent d'une autre commission paritaire que celle des entreprises de nettoyage).

5. Par son action en cessation, l'UGBN entendait dénoncer des actes contraires aux pratiques honnêtes du marché au sens de l'article VI.104 du Code de droit économique en ce que les offres de prix faites par Village n° 1 en réponse à des appels d'offres de marchés publics étaient irrégulières car contenant des prix anormalement bas (art. 21 et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques applicable aux faits pertinents – abrogé et remplacé ensuite par l'arrêté royal du

¹ Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris, Partner, Sheppard, Mullin, Richter & Hampton LLP, chargé de cours à l'Université de Liège et professeur à la Brussels School of Competition.

² Le vocabulaire précis est important ici. Le qualificatif « illégal » (et non « illicite ») caractérise une aide irrégulière en la forme, quelle que soit sa compatibilité quant au fond. Le juge national est compétent pour connaître des aides illégales. Il n'a aucune compétence pour connaître de la compatibilité des aides, ce qui relève de la compétence exclusive de la Commission, en vertu de l'art. 107, 2. et 3., TFUE. Si le juge statue *après* que la Commission ait exercé sa compétence et déclaré que l'aide était « compatible avec le marché intérieur » (nonobstant son illégalité), le juge demeure compétent pour la période « d'illégalité » antérieure à cette décision, mais ses obligations de récupération sont limitées à l'imposition d'intérêts « d'illégalité » et non à la récupération du montant de l'aide (voy., à ce sujet J. DERENNE, « Juge national et récupération d'aide illégale: enseignements des arrêts 'CELF I & II' », *R.D.C./T.B.H.*, n° 2010-7, pp. 673 à 684; article revu en version anglaise en 2017: in « Milestones in State Aid Case Law, EStAL's First 15 Years in Perspective », *Lexxion*, 2017, pp. 342-357; voir égal., dans le même ouvrage: Th. JAEGER, *The CELF-Judgment: A Precarious Conception of the Standstill Obligation*, pp. 314-333 et A. GIRAUD, *Judgment of the Court of the European Union in Case C-1/09, CELF / SIDE*, pp. 334-356; T. JORIS, « Een bespreking van het arrest CELF II (zaak C-1/09) over passende maatregelen in geval van oprechtmatige en (vooralsnog) onverenigbare staatssteun », *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2010, pp. 238-244).

18 avril 2017, art. 35 et 36). En outre, l'UGBN demandait la cessation par Village n° 1 d'offres pour des marchés publics aussi longtemps que les aides sous forme de subventions salariales dont elle bénéficiait n'étaient pas notifiées à la Commission et déclarées par celle-ci compatibles avec le marché intérieur (indépendamment du fait de savoir si ces aides sont – ou non – utilisées pour proposer des prix anormalement bas).

6. Cette pratique a été reconnue comme telle par certains pouvoirs adjudicateurs qui, après vérification auprès de Village n° 1, ont écarté les offres comme étant irrégulières.

7. Il est également établi que Village n° 1, en tant qu'entreprise de travail adaptée (ETA), employant majoritairement des personnes handicapées, bénéficie des aides à l'emploi prévues par le Code réglementaire wallon de l'action sociale et de la santé. Il peut s'agir de subventions portant sur un maximum de 85% de la rémunération pour tenir compte de la perte de rendement – ces 85% pouvant encore être augmentés de 1 à 4% pour un travailleur handicapé dont la perte de rendement est de plus de 60%. Le personnel cadre peut également être subventionné.

8. Par ailleurs, la réglementation applicable aux marchés publics prévoit qu'un prix soupçonné de constituer un prix anormalement bas peut échapper à cette interdiction s'il se justifie par « *l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement* » (art. 21, § 3, al. 4, 5°, de l'arrêté royal précité du 15 juillet 2011 et art. 36, § 2, al. 4, 4°, de l'arrêté royal précité du 18 avril 2017).

9. En droit européen, le règlement général d'exemption par catégorie en matière d'aides d'Etat³ (« RGEC ») prévoit des conditions spécifiques pour l'exemption par catégorie (dispense de notification préalable et exemption automatique) des aides à l'emploi de travailleurs handicapés (art. 33 RGEC prévoyant notamment une intensité maximale d'aide n'excédant pas 75% des coûts admissibles).

10. Enfin, la cour d'appel relève que l'UGBN a introduit en parallèle une plainte contre la Belgique devant la Commission européenne afin de dénoncer les aides d'Etat constituées par les subventions aux entreprises du secteur de l'économie sociale perturbant le marché en cause sur lequel les entreprises membres de l'UGBN opèrent. La Commission n'avait pris aucune position sur cette plainte au moment où la cour d'appel a statué.

2. ARRÊT DE LA COUR D'APPEL ET COMMENTAIRES

2.1. Le principe: accepter une aide illégale et se comporter sur le marché en s'en prévalant constitue un acte de concurrence déloyale

11. La situation dans laquelle se trouve la cour d'appel n'est pas sans rappeler celle de la présidente du tribunal de commerce de Bruxelles dans l'affaire *Breda Fucine Meridionali / Manoir Industries* en 1995 (et la cour d'appel fait, à juste titre, référence à cette affaire⁴). Il s'agissait du comportement déloyal d'un opérateur de marché utilisant une aide d'Etat pour remettre une offre dans le cadre d'un marché public à des conditions plus favorables que la concurrence (*Breda et Manoir industries* soumissionnaient pour un marché de fourniture de rails de la SNCB).

12. Il suffit à cet égard de citer la lettre du 17 janvier 1995 de la Commission à la Belgique qui menaçait de poursuivre la Belgique si la SNCB devait attribuer ce marché à Breda dans de telles conditions: « (...) *Il ressort de cet examen que l'entité adjudicatrice [SNCB] ne peut prévoir, compte tenu des circonstances de l'espèce, l'attribution du marché à l'entreprise Breda Fucine Meridionali (BFM) dont l'offre paraît partiellement financée par une aide d'Etat non auto-*

risée par la Commission. (...) On peut donc présumer que cette offre est anormalement basse par rapport aux autres. Prendre cette offre en compte au même titre que celle des autres soumissionnaires reviendrait à rompre l'égalité de traitement entre différents participants qui se trouvent dans une même situation et doivent donc être traités de la même manière. En raison des motifs exposés ci-dessus, il apparaît donc que le marché précité ne saurait être attribué à l'entreprise BFM dont l'offre est partiellement financée par une aide d'Etat non autorisée par la Commission. La Commission (...), après avoir pris connaissance des mesures adoptées par le Royaume de Belgique, se réserve la possibilité d'émettre, s'il y a lieu, une mise en demeure conformément à l'article 169 du Traité CE. »⁵.

13. Manoir Industries avait déposé en parallèle une action en cessation visant à faire interdire à Breda la soumission d'une telle offre soutenue par une telle aide d'Etat illégale en Italie.

14. La présidente du tribunal de commerce avait accédé à cette demande (jugement par défaut de décembre 1994 entrepris sur opposition par Breda donnant lieu à cette

³. Règlement n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité (règlement général d'exemption par catégorie) (*J.O.U.E.*, L. 187 du 26 juin 2014, pp. 1 à 78).

⁴. Ordonnance du 13 février 1995, *J.T. dr. eur.*, 1995, p. 72.

⁵. Lettre citée par l'arrêt du Conseil d'Etat n° 55.426 du 27 septembre 1995, *Breda / SNCB*, p. 4.

ordonnance du 13 février 1995) et jugé que l'offre de Breda dans ces conditions était constitutive d'un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale interdit par l'article 93 de la loi sur les pratiques du commerce alors en vigueur.

15. Cette jurisprudence nationale est fondée sur le type d'action assez spécifique que représente l'action en cessation en droit belge. Elle a été renforcée par un arrêt majeur de la jurisprudence européenne en matière d'aides d'Etat, l'arrêt *SFEI* de la Cour de justice de l'Union européenne du 11 juillet 1996⁶, s'agissant cette fois d'une action en responsabilité intentée par un concurrent lésé à l'encontre du bénéficiaire d'aide d'Etat illégale alléguée (action de DHL, FedEx contre La Poste française et Chronopost devant le tribunal de commerce de Paris conduisant celui-ci à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice). Il ne s'agit plus seulement de faire cesser un comportement (ce à quoi se limite l'action en cessation) mais également d'obtenir des dommages et intérêts pour un comportement déloyal d'un opérateur économique en relation avec les règles sur les aides d'Etat (qui pourtant ne s'adressent qu'aux Etats membres). On sait qu'en droit belge, à la suite d'une action en cessation victorieuse, il convient de revenir devant le tribunal de l'entreprise pour réclamer des dommages et intérêts.

16. On se limitera ici à citer les attendus pertinents de cet arrêt *SFEI* qui constitue la base juridique fondamentale pour une telle action en dommages et intérêts contre un bénéficiaire d'une aide d'Etat illégale en vertu de l'interprétation faite par la Cour de justice de l'article 108, paragraphe 3, TFUE: « Par ses troisième et quatrième questions, la juridiction nationale demande en substance si le bénéficiaire d'une aide qui ne vérifie pas si celle-ci a été notifiée à la Commission conformément à l'article [108], paragraphe 3, du traité est susceptible d'engager sa responsabilité sur la base du droit communautaire. Il convient de constater que le mécanisme de contrôle et d'examen des aides d'Etat organisé par l'article [108] du traité n'impose pas d'obligation spécifique au bénéficiaire de l'aide. D'une part, l'obligation de notification et l'interdiction préalable de mise en œuvre

des projets d'aide prévues par l'article [108], paragraphe 3, s'adressent à l'Etat membre. D'autre part, celui-ci est également le destinataire de la décision par laquelle la Commission constate l'incompatibilité d'une aide et l'invite à la supprimer dans le délai qu'elle détermine. Dans ces conditions, le droit communautaire n'offre pas une base suffisante pour engager la responsabilité du bénéficiaire qui n'aurait pas vérifié si l'aide qu'il a reçue a été dûment notifiée à la Commission. Ceci ne préjudicie toutefois pas à l'éventuelle application du droit national de la responsabilité extracontractuelle. Si, d'après celui-ci, l'acceptation par un opérateur économique d'un soutien illicite de nature à occasionner un préjudice à d'autres opérateurs économiques est susceptible, dans certaines circonstances, d'engager sa responsabilité, le principe de non-discrimination peut conduire le juge national à retenir la responsabilité du bénéficiaire d'une aide d'Etat versée en violation de l'article [108], paragraphe 3, du traité. » (pts. 72 à 75 de l'arrêt *SFEI* précité).

17. Dans l'arrêté annoté, la cour d'appel se fonde sur ce raisonnement en substance mais ne se réfère pourtant pas à cet arrêt fondamental. Certes, on peut remarquer que la Cour de justice, dans son arrêt *SFEI*, se réfère « à l'éventuelle application du droit national de la responsabilité extracontractuelle », alors que l'action en cessation en droit belge s'est progressivement éloignée de l'application stricte du droit de la responsabilité aquilienne pour constituer un contentieux fondé sur la seule potentialité d'atteinte aux intérêts professionnels du demandeur.

2.2. La référence aux règles sur les aides d'Etat pour constater l'acte de concurrence déloyale

18. La cour d'appel se contente plutôt de se reporter à la communication de 2009 de la Commission sur l'application des règles en matière d'aides d'Etat par les juridictions nationales⁷ et notamment à ses points 21, 26 et 70 (sans les citer *in extenso*):

– « Les juridictions nationales sont tenues de veiller au

⁶ Arrêt du 11 juillet 1996, C-39/94, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e.a. / La Poste e.a.*, EU:C:1996:285.

⁷ *J.O.C.E.*, C. 85, 9 avril 2009, pp. 1-22. La Commission a également adopté (en 2007) une autre communication sur la récupération des aides illégales et incompatibles avec le marché intérieur. Cette dernière communication vient d'être remplacée par une nouvelle communication publiée au *J.O.U.E.*, C. 247, 23 juillet 2019, p. 1. Ces deux communications ont suivi notamment une étude commanditée par la Commission en 2006 (mise à jour en 2009) sur le rôle des juridictions nationales dans l'application des règles sur les aides d'Etat: voy. « Study on the Enforcement of State Aid Law at National Level », March 2006, Th. JESTAEDT, J. DERENNE, T. OTTERVANGER, EUROPEAN COMMISSION, – Part I, *Application of EC State aid rules by national courts*, www.ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/study_part_1.pdf. – Part II, *Recovery of unlawful State aid: enforcement of negative Commission decisions by the Member States* – www.ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/study_part_2.pdf. *Update of the 2006 Study on the Enforcement of State Aid Law at National Level*, 2009, J. DERENNE, www.ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/enforcement_study_2009.pdf. Voy. égal. « Enforcement of EU State aid rules at national level – 2010 – Reports from the 27 Member States », in J. DERENNE, A. MÜLLER-RAPPARD, C. KACZMAREK (éds.), Berlin, Lexxion, 2010, pp. 363 et J. GOYDER et M. DONS, « Damages Claims Based on State Aid Law Infringements », *European State aid Law Quarterly*, 2017/3, pp. 418 à 430. Tout récemment, en juillet 2019, la Commission a publié une nouvelle étude: *Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts, 2019*, Spark Legal Network, the European University Institute, Ecorys et Caselex. – Texte: www.ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0219428enn.pdf – Online database: www.state-aid-caselex-accept.mybit.nl/.

respect de l'interdiction de mise à exécution et de protéger les droits des justiciables contre les aides d'Etat illégales. »;

- « Les actions intentées devant les juridictions nationales constituent donc une voie de recours importante pour les entreprises concurrentes et les autres tiers affectés par une aide d'Etat illégale. Les juridictions nationales peuvent notamment prendre les mesures suivantes:
 - a) empêcher le versement de l'aide illégale;
 - b) récupérer l'aide illégale (qu'elle soit compatible ou non);
 - c) ordonner le versement d'intérêts au titre de la période d'illégalité;
 - d) accorder des dommages et intérêts aux entreprises concurrentes et aux autres tiers; et
 - e) ordonner des mesures provisoires contre l'aide illégale. »

19. La cour d'appel rappelle ensuite la définition d'une aide « illégale » (aide nouvelle mise à exécution sans respecter l'obligation de notification) mais elle le fait en faisant référence à la définition de l'article 1^{er} du règlement n° 659/199 du Conseil du 22 mars 1999 (règlement de procédure en matière d'aides d'Etat). Or, ce règlement a été modifié en 2013, puis consolidé et remplacé par le nouveau règlement de procédure de 2015⁸. Le règlement de 1999 ne s'appliquait pourtant pas à l'affaire en cause, les offres litigieuses étant toutes, sauf une, faites après l'entrée en vigueur du règlement n° 2015/189 (et en tout état de cause, une nouvelle règle procédurale est d'application immédiate). Bien que regrettable, cette erreur de citation n'a aucune importance car, sur ce point, le texte du règlement de 2015 est identique à celui de 1999.

20. Ensuite, la cour d'appel juge qu'elle est bien compétente pour apprécier la notion d'aide d'Etat, même si la Commission européenne est saisie en parallèle d'une plainte (celle déposée par l'UGBN) et que celle-ci n'a pas adopté une décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen. Là encore, la prise de position est parfaitement correcte même si la cour d'appel ne la justifie pas par référence à la jurisprudence pertinente pour conforter sa position. En effet, c'est encore l'arrêt *SFEI* de 1996 qu'il convenait de citer ici, avec la nuance apportée en 2013, par l'arrêt *Deutsche Lufthansa* pour le cas de l'ouverture de procédure formelle d'examen (ce qui n'était pas le cas en l'espèce):

- « (...), l'ouverture par la Commission d'une procédure d'examen préliminaire au titre de l'article [108], paragraphe 3, ou de la procédure d'examen contradictoire prévue à l'article [108], paragraphe 2, [la procédure formelle d'examen] ne saurait décharger les juri-

dictions nationales de leur obligation de sauvegarder les droits des justiciables en cas de violation de l'obligation de notification préalable. Toute autre interprétation conduirait à favoriser l'inobservation par les Etats membres de l'interdiction de mise à exécution des projets d'aide. Etant donné que la Commission ne peut ordonner que la suspension de versements supplémentaires tant qu'elle n'a pas adopté sa décision définitive sur le fond, l'effet utile de l'article [108], paragraphe 3, du traité serait amoindri si la saisine de la Commission devait empêcher les juridictions nationales de tirer toutes les conséquences de la violation de cette disposition »⁹;

- « Dans l'hypothèse où la Commission n'a pas encore ouvert la procédure formelle d'examen et ne s'est donc pas encore prononcée sur la question de savoir si les mesures examinées sont susceptibles de constituer des aides d'Etat, les juridictions nationales, lorsqu'elles sont saisies d'une demande visant à tirer les conséquences d'une éventuelle violation de l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE, peuvent être amenées à interpréter et à appliquer la notion d'aide en vue de déterminer si ces dernières auraient dû être notifiées à la Commission (voir, en ce sens, arrêt *SFEI e.a.*, précité, pts. 49 et 53 ainsi que pt. 1 du dispositif). Il leur appartient ainsi de vérifier, notamment, si la mesure en cause constitue un avantage et si elle est sélective, c'est-à-dire si elle favorise certaines entreprises ou certains producteurs au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE (arrêt *Transalpine Ölleitung in Österreich*, précité, pt. 39). En effet, l'obligation de notification et l'interdiction de mise à exécution prévues à l'article 108, paragraphe 3, TFUE, portent sur les projets susceptibles d'être qualifiés d'aides d'Etat au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. Partant, avant de tirer les conséquences d'une éventuelle violation de l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE, les juridictions nationales doivent au préalable statuer sur la question de savoir si les mesures en cause constituent ou non des aides d'Etat. (...) Lorsque, en application de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, la Commission a ouvert la procédure formelle d'examen prévue au paragraphe 2 dudit article à l'égard d'une mesure non notifiée en cours d'exécution, une juridiction nationale, saisie d'une demande tendant à la cessation de l'exécution de cette mesure et à la récupération des sommes déjà versées, est tenue d'adopter toutes les mesures nécessaires en vue de tirer les conséquences d'une éventuelle violation de l'obligation de suspension de l'exécution de ladite mesure. A cette fin, la juridiction nationale peut décider de suspendre l'exécution de la mesure en

⁸ Règlement n° 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (*J.O.U.E.*, L. 248, 24 septembre 2015, pp. 9 à 29).

⁹ Pts. 44 et 45 de l'arrêt *SFEI* précité.

cause et d'enjoindre la récupération des montants déjà versés. Elle peut aussi décider d'ordonner des mesures provisoires afin de sauvegarder, d'une part, les intérêts des parties concernées et, d'autre part, l'effet utile de la décision de la Commission d'ouvrir la procédure formelle d'examen. Lorsque la juridiction nationale éprouve des doutes sur le point de savoir si la mesure en cause constitue une aide d'Etat au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE ou quant à la validité ou à l'interprétation de la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen, elle peut, d'une part, demander à la Commission des éclaircissements et, d'autre part, elle peut ou doit, conformément à l'article 267, deuxième et troisième alinéas, TFUE, poser une question préjudicielle à la Cour. »¹⁰.

21. Ces indications ou références auraient dû se retrouver dans l'arrêt de la cour d'appel pour renforcer son raisonnement.

2.3. La qualification des mesures étatiques concernées comme aides d'Etat illégales

22. Sur ces fondements corrects, il restait bien sûr à la cour d'appel d'établir que les subventions aux ETA par la réglementation wallonne en cause constituaient bien des aides d'Etat au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE et qu'elles avaient été octroyées illégalement (par l'Etat belge au travers de la Région wallonne), à savoir en violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE. Une telle qualification place alors le bénéficiaire de telles aides illégales dans la position d'un opérateur commettant un acte de concurrence déloyale comme expliqué plus haut.

23. La cour d'appel applique sans difficulté les conditions cumulatives de la notion d'aide d'Etat:

- subventions octroyées par une autorité étatique impliquant un transfert de ressources d'Etat;
- conférant un avantage à son bénéficiaire (Village n° 1 et les ETA), « *par rapport à la situation qui aurait prévalu dans des conditions normales de marché* » (pt. 23 de l'arrêt);
- sélectives (seulement les ETA); et
- « *susceptibles d'affecter la concurrence et le commerce au sein de l'Union* » (pt. 23 de l'arrêt).

24. On relèvera ici l'erreur de vocabulaire: la concurrence est « *faussée* » et non pas « *affectée* », seuls les échanges entre Etats membres étant « *affectés* ». Il aurait fallu dire « *susceptible de fausser la concurrence et d'affecter les échanges entre Etats membres* ». Ces deux dernières conditions s'apprécient toutefois conjointement étant donné qu'elles sont généralement considérées comme indissociablement liées¹¹. Dès lors que l'existence d'un avantage est établi, elles seront considérées comme remplies mais il convient de motiver suffisamment cette conclusion¹².

25. Si la concurrence est évidemment faussée (au moins potentiellement) par l'octroi des subventions en cause, encore eût-il été utile de motiver plus amplement le fait que la condition d'affectation des échanges entre Etats membres était remplie. La cour d'appel aurait pu se poser la question de savoir si la nature locale des prestations en cause (services de nettoyage dans des établissements publics) aurait pu leur faire échapper à cette dernière condition. On constate en effet une tendance de la Commission et, plus récemment, de la jurisprudence récente du Tribunal de l'Union européenne¹³, à tempérer l'interprétation extrêmement large de la Cour de justice, fondée sur l'élément « *potentiel* » de l'affectation des échanges entre Etats membres. Sans rentrer dans trop de détails à ce sujet, on peut faire référence ici aux points 195 à 197 de la communication de la Commission sur la notion d'aide d'Etat, à laquelle la cour d'appel ne fait jamais référence alors qu'elle a été adoptée pour servir de guide pédagogique aux juridictions nationales pour leur application des règles sur les aides d'Etat¹⁴. Il semble bien qu'au vu des éléments du dossier, il est assez clair que les subventions aux ETA soient susceptibles d'affecter les échanges entre Etats membres, même si les services en cause sont effectués par des prestataires locaux, dès lors que certains appels d'offres pourraient être soumis à un appel d'offres européen et que les subventions en cause pourraient rendre plus difficile pour les opérateurs d'autres Etats membres d'entrer sur le marché en maintenant ou en augmentant l'offre locale¹⁵. La cour d'appel aurait dû ajouter ce type de motivation.

26. Après avoir qualifié la mesure en cause d'aide d'Etat, la cour d'appel affirme brièvement qu'elle ne saurait être couverte par l'exemption par catégorie prévue par le RGEC précité dès lors que le pourcentage de subvention admis pour les travailleurs handicapés excède celui du RGEC et que le personnel cadre est également subventionné, ce qui n'est pas

¹⁰. Arrêt du 21 novembre 2013, C-284/12, *Deutsche Lufthansa AG / Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH*, EU:C:2013:755, pts. 34, 35 et 45.

¹¹. Arrêt du 15 juin 2000, T-298/97, T-312/97 e.a., *Alzetta*, EU:T:2000:151, pt. 81.

¹². Arrêt du 30 avril 2009, C-494/06 P, *Commission / République italienne et Wam*, EU:C:2009:272, pt. 62.

¹³. Arrêt du 14 mai 2019, T-728/17, *Marinvest d.o.o. et Porting d.o.o. / Commission*, EU:T:2019:325.

¹⁴. *J.O.U.E.*, C. 262, 19 juillet 2016, pp. 1 à 50. S'agissant de l'application des conditions de distorsion de concurrence et d'affectation des échanges entre Etats membres, voy. J. DERENNE et V. VERODEN, « Distortion of Competition and Effect on Trade Between Member States, Chapter 5 », in Ph. WERNER et V. VERODEN (co-éds.), *EU State Aid Control: Law and Economics*, Wolters Kluwer, 2017, pp. 168-189. Voy. égal. le chapitre consacré à ces conditions dans Chr. SIATERLI, N. PESARESI, L. FLYNN et K. VAN DE CASTEELE, *EU Competition Law – Volume IV – State Aid*, Book One, Second Edition, 2016, Leuven, Claeys & Casteels, p. 492.

¹⁵. Arrêt du 24 juillet 2003, C-280/00, *Altmark Trans*, EU:C:2003:415, pt. 78.

prévu par le RGEC. Cette analyse est tout à fait correcte. La cour d'appel constate que le régime d'aides prévu par la réglementation wallonne n'est pas couvert par le RGEC et n'a pas été notifié¹⁶. La cour ne donne aucune indication sur le montant exact des aides dont a pu bénéficier Village n° 1 et si ces aides étaient d'une intensité effectivement supérieure à celle autorisée par le RGEC. Certes, la cour d'appel ne semble pas avoir reçu d'indications précises à ce sujet mais elle aurait pu les demander à Village n° 1 afin de justifier la composition de ses prix¹⁷. Cet élément n'était toutefois pas indispensable à la cour d'appel pour écarter l'application du RGEC: les subventions individuelles accordées à Village n° 1 (quelle que soit leur intensité effective) ne sont pas fondées légalement en droit belge puisqu'elles dépendent d'un texte wallon (le Code réglementaire précité) inapplicable car contraire au droit européen. Elles ne peuvent échapper à cette illégalité sous prétexte qu'elles seraient (éventuellement) conformes, individuellement, aux conditions du RGEC.

De manière peu habile, Village n° 1 justifiait ses prix anormalement bas non seulement par son appartenance à la commission paritaire 327.03 mais aussi par le bénéfice des subventions liées à son statut d'ETA.

27. La cour d'appel se fonde sur les déclarations des pouvoirs adjudicateurs selon lesquelles les offres de Village n° 1 résultaient de prix anormalement bas au sens de la réglementation sur les marchés publics et ajoute que ses prix ne pouvaient être justifiés par son seul statut d'ETA ressortissant de la commission paritaire 327.03, ni par son statut d'ASBL, tout en relevant qu'une autre ETA avait fait une offre nettement supérieure (en termes d'heures de travail – voy. pt. 20 de l'arrêt). Le bénéfice d'une aide d'Etat illégale était-il donc bien la cause nécessaire des actes de concurrence déloyale (ou à tout le moins de tous ceux dénoncés)?

28. Nonobstant le raisonnement théorique correct adopté par la cour d'appel pour se prévaloir d'aides d'Etat illégales pour qualifier d'acte de concurrence déloyale le comportement consistant à tirer profit de telles aides sur le marché par rapport à ses concurrents, on ne peut s'empêcher, au vu des faits décrits par la cour d'appel, de se poser cette question.

29. Or, il semble que ce soit le nombre d'heures de travail proposées dans les offres litigieuses qui ait plutôt joué un rôle fondamental dans leur qualification de prix anormalement bas. Dans la description des offres, on peut noter un différentiel de prix global d'environ 30% à 40% pour certaines de celles-ci par rapport à la concurrence. On est en droit de se demander quelle est la part des subventions dans ce

différentiel alors que pour ces offres la différence de coût salarial semblait être de 20% sur la base du taux horaire? Est-ce bien là le résultat d'une subvention couvrant jusqu'à 85% du coût salarial de l'ETA?

30. On ne peut répondre à cette question vu le manque d'informations dans l'arrêt annoté sur le pourcentage de subvention effectivement appliqué. Mais, la question aurait mérité d'être examinée par la cour d'appel à la suite de demandes d'informations adressées à Village n° 1. Même si l'on prend en compte le second chef de la demande de cessation (ne plus remettre des offres intégrant des rémunérations subventionnées par le régime wallon non notifié et non approuvé), on peut supposer que la cour d'appel considère que le comportement déloyal peut être déduit du seul fait que les offres sont soumises en utilisant des subventions qui, quel que soit leur montant, seraient dépourvues de base légale: l'absence de notification du régime d'aide des ETA à la Commission européenne et leur approbation. Il ne serait pas nécessaire de prouver un « lien causal » entre la subvention et l'offre anormalement basse. Mais, en l'espèce, ne doit-on pas faire une différence entre le régime d'aide (qui lui est illégal car non notifié) et l'aide individuelle (la subvention des rémunérations accordée effectivement à Village n° 1, qui pourrait éventuellement être couverte par le règlement d'exemption). C'est ici qu'on doit revenir à l'arrêt *SFEI* précité où la Cour de justice se réfère à « l'acceptation (...) d'un soutien illicite de nature à occasionner un préjudice (...) ». Si l'aide individuelle est inférieure au montant autorisé par le règlement d'exemption, en quoi consisterait le préjudice pour le concurrent? Reste la question de la base légale d'une telle mesure en droit belge.

31. Si l'on fait abstraction de cet élément (non négligeable), le raisonnement de la cour d'appel doit être approuvé: le régime d'aides à l'emploi des travailleurs handicapés (notamment l'art. 1001 du Code réglementaire wallon de l'action sociale et de la santé) n'a pas été notifié par la Belgique à la Commission au titre d'un projet d'aide d'Etat et il constitue une aide « illégale » car il a été mis en œuvre sans respecter les conditions d'exemption de l'article 33 RGEC (intensité maximale de 75% pour les subventions des travailleurs handicapés et non subventionnement du personnel cadre). Il ne peut dès lors avoir servi de fondement légal à l'octroi de subventions à Village n° 1 (même si ces subventions devaient, le cas échéant, être conformes, prises isolément, aux conditions d'exemption).

32. On fera deux commentaires encore à propos de l'application du RGEC en évoquant deux arrêts de la Cour de justice en relation avec l'application du règlement

^{16.} La cour d'appel se réfère aux rapports de la fédération des ETA qui font référence à une étude juridique de 2012 concluant au fait que le régime wallon d'aides aurait dû être notifié. L'examen de la banque de données de la Commission européenne confirme le défaut de notification. Il n'existe par ailleurs aucune information communiquée par la Belgique au titre du RGEC sur ce régime d'aide wallon (voy. www.webgate.ec.europa.eu/competition/transparency/public?lang=fr). Il est donc bien illégal.

^{17.} Voy., en ce sens, Bruxelles, 29 octobre 2009, *Ann. prat. comm.*, 2009, pp. 460 et s.

d'exemption par les juges nationaux. Dans son arrêt *Dilly's Wellnesshotel*¹⁸, la Cour a jugé que l'absence, dans un régime national d'aides, d'une référence expresse au règlement d'exemption et aux dispositions spécifiques de celui-ci entraînait automatiquement l'illégalité de ces aides. Le RGEC n'a pas repris cette disposition très restrictive du règlement de 2008 et on doit, semble-t-il, considérer que cet arrêt n'a pas établi un principe qui irait au-delà du texte explicite actuel du RGEC. Dans son arrêt *Eesti Pagar*¹⁹, la Cour de justice a jugé (le 5 mars 2019), à propos du règlement de 2008 encore (mais les principes sont clairement applicables au RGEC de 2014 cette fois-ci) que, dès lors que la Commission a, en substance, exercé *ex ante*, par l'adoption du règlement d'exemption, les compétences que lui confère l'article 107, paragraphe 3, TFUE pour toutes les aides remplissant les critères prévus par ce règlement, le juge national (comme l'autorité nationale administrative) doit se limiter à vérifier le respect des conditions d'exemption sans aucun pouvoir d'appréciation; il n'a pas de pouvoir décisionnel quant à l'étendue de l'exemption de notification et doit respecter le règlement comme les bénéficiaires, au risque de créer une aide illégale.

33. La cour rejette, à juste titre, à la fin de son arrêt, toute qualification d'aide existante en l'espèce. Mais, elle termine cet examen par l'affirmation: « *De surcroît, même dans le cas d'aides existantes au sens de l'article 108 TFUE, ces aides sont soumises à une procédure de contrôle par la Commission, comme prévu à l'article 108, paragraphe 1, TFUE* » (pt. 23 *in fine* de l'arrêt). On ne voit pas bien ce que la cour d'appel entend par là: si l'aide avait été existante (*quod non*), la demande de l'UGBN aurait révélé de la compétence exclusive de la Commission et non de celle du juge national, qui ne peut connaître que des « aides illégales », c'est-à-dire « nouvelles » (non notifiées et non approuvées

par la Commission). Le juge des cessations doit se déclarer incompétent pour toute demande visant des aides « existantes »²⁰.

34. Enfin, on relèvera un tout dernier point que la cour d'appel n'a pas évoqué alors qu'il eût été opportun de l'examiner, même d'office puisque les règles sur les aides d'Etat sont d'ordre public. Il s'agit du caractère éventuellement *de minimis* de l'aide d'Etat en cause²¹.

35. En l'espèce, la cour d'appel ne semble pas avoir eu à sa disposition d'éléments chiffrés détaillés ayant permis d'évaluer le montant exact de l'aide dont a bénéficié Village n° 1 pour offrir des prix anormalement bas dans le cadre des procédures d'appels d'offres litigieuses. L'aide litigieuse pouvait en effet être dispensée de l'obligation de notification préalable pour une autre raison que l'exemption par catégorie: son caractère *de minimis* qui est défini comme celui d'une aide « transparente » (pour laquelle il est possible de calculer précisément et préalablement l'équivalent-subvention brut, sans qu'il soit nécessaire d'effectuer une analyse du risque) avec un montant plafonné à 200.000 EUR sur 3 ans²². La cour d'appel n'examine pas cette question. Or, on peut considérer que, même si le régime d'aide wallon en cause était bien illégal car non couvert par le RGEC, il ne saurait être exclu que son application *in concreto* dans certains cas constitue une aide *de minimis* selon le niveau exact des subventions octroyées. En l'espèce, on peut supposer que les subventions de rémunérations dont a bénéficié Village n° 1 ont excédé 200.000 EUR sur 3 exercices fiscaux (notamment vu le nombre de travailleurs concernés) mais rien ne permet de l'affirmer. La cour d'appel aurait également dû traiter de ce point explicitement et inviter Village n° 1 à lui communiquer les données nécessaires à cette vérification. L'application du droit de la concurrence étant

¹⁸. Arrêt du 21 juillet 2016, C-493/14, *Dilly's Wellnesshotel GmbH / Finanzamt Linz*, EU:C:2016:577. Le règlement d'exemption en cause dans cette affaire était le règlement de 2008 précédant celui de 2014 actuellement en vigueur, qui ne reprend plus cette disposition (art. 3, 1., du règlement n° 800/2008 de la Commission du 6 août 2008) prévoyant comme condition d'exemption la référence expresse à ce règlement, par la citation de son titre et l'indication de sa référence de publication au *Journal officiel de l'Union européenne*. Selon la Cour, l'obligation de notification constitue un des éléments fondamentaux du système de contrôle des aides d'Etat et l'exemption demeure une exception à cette règle fondamentale. Les conditions d'exemption revêtent dès lors un caractère impératif et l'absence de référence en cause conduit à l'illégalité du régime d'aides pour lequel l'exemption par catégorie ne peut s'appliquer. Le 14 novembre 2019, la Cour de justice a rendu un nouvel arrêt dans le cadre de cette affaire (C-585/17, *Finanzamt Linz, Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr*, en présence de: *Dilly's Wellnesshotel GmbH*, EU:C:2019:969) dans lequel elle dit pour droit que, selon les dispositions transitoires du nouveau RGEC de 2014, celui-ci s'applique immédiatement aux aides individuelles octroyées avant son entrée en vigueur, pour autant qu'elles remplissent toutes les conditions que ce règlement prévoit (qui n'est plus aussi restrictif sur la formalité précitée de référence expresse).

¹⁹. Arrêt du 5 mars 2019, C-349/17, *Eesti Pagar*, EU:C:2019:172. Dans cet arrêt, la Cour de justice juge également que les autorités nationales sont obligées de récupérer de leur propre initiative une aide illégale et qu'il n'existe aucune protection de la confiance légitime des bénéficiaires du fait d'éventuelles assurances données par ces autorités nationales, une confiance légitime ne pouvant provenir que des autorités européennes; elle juge aussi que la prescription de 10 ans du règlement d'exemption ne s'applique qu'à la prescription contre les pouvoirs de la Commission et à l'égard d'une récupération décidée par une autorité nationale sans application d'une décision de la Commission; dans ce cas, les règles de prescription nationale s'appliquent (sans empêcher par ailleurs une récupération par la Commission dans les 10 ans).

²⁰. Voy., p. ex., Prés. Trib. comm. Charleroi, 30 décembre 2011, RG n° A/10/01837, *Les journaux francophones belges e.a. / RTBF, inédit* (déclaration d'incompétence dans la mesure où l'aide alléguée est existante: voir décision de la Commission du 7 mai 2014, SA.32635 (2012/E) – Financement de la RTBF – Belgique, confirmant cette qualification d'aide existante).

²¹. Règlement n° 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis* (J.O.U.E., L. 352, 24 décembre 2013, p. 1).

²². En principe, l'application du règlement *de minimis* ne pouvait être exclue au seul motif que les mesures en cause ne seraient pas transparentes. En l'espèce, un pourcentage de subvention des rémunérations permet de déterminer l'équivalent-subvention brut d'une aide (art. 4 du règlement *de minimis*).

d'ordre public²³, il incombe au juge national de soulever tous les éléments d'application éventuelle de ce droit, si néces-

saire en obtenant des parties les informations requises par cet examen.

CONCLUSION

36. Si l'on omet les remarques décrites plus haut s'agissant de l'affectation des échanges entre Etats membres, de l'inapplicabilité du règlement d'exemption, du caractère *de minimis* éventuel et de la notion d'aide existante, l'arrêt annoté doit être approuvé pour les principes généraux appliqués, témoignant du bon réflexe du juge national dans une situation telle que celle de l'espèce.

37. Le juge national doit protéger les droits subjectifs des tiers lésés par la violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE. Même si cette disposition s'adresse aux Etats membres exclusivement, elle est d'effet direct et le juge national doit protéger le concurrent d'un bénéficiaire d'aide illégalement octroyée. Cette protection peut prendre la forme d'un

ordre de cessation en vertu de l'article XVII.1 du Code de droit économique car le bénéficiaire d'une aide illégale commet un acte de concurrence déloyale en se comportant sur le marché en tirant profit de cette illégalité. L'arrêt annoté fait une bonne application des principes dans ce cadre. On peut également relever sa bonne réaction par rapport à la plainte parallèle devant la Commission européenne qui ne remettait aucunement en cause la pleine compétence du juge pour statuer immédiatement dès lors que la Commission n'avait pas adopté de décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen (et, dans ce cas, le juge doit statuer mais est lié par la qualification d'aide ou non donnée, même provisoirement, par la Commission dans le cadre de son examen de compatibilité).

^{23.} Arrêt du 1^{er} juin 1999, C-126/97, *Eco Swiss China / Benetton International*, EU:C:1999:269, pts. 36 et s.