

## La récupération des aides illégales : le rôle du juge national dans le « *private enforcement* » du droit des aides d'Etat

Recovery of unlawful State aid: the role of national courts in the private enforcement of State aid rules

Jacques Derenne · Cédric Kaczmarek



REVUE INTERNATIONALE  
DE DROIT  
ECONOMIQUE  
ACCUMENI DI DIRITTO ECONOMICO  
TEMA · TEME · THEMATA

Published online: 6 May 2009  
© ERA 2009

**Résumé** Dans son Plan d'action de 2005, la Commission a annoncé sa volonté de promouvoir le « *private enforcement* » en matière d'aides d'Etat, gage d'une meilleure application de ces règles au niveau national. Le juge national a vu sa position renforcée dans la jurisprudence communautaire et les tiers ont bénéficié de ces principes pour jouer un rôle toujours plus important dans la procédure de récupération des aides versées illégalement. En raison de la complexité des règles et de la grande variété des voies de droit, la figure du tiers est toutefois restée marginale et fait l'objet aujourd'hui de toute l'attention de la Commission. Toutefois, des exemples récents de jurisprudence nationale illustrent la difficulté pour certains juges nationaux à assimiler des principes essentiels de droit communautaire.

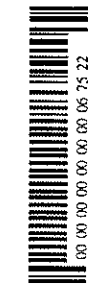
**Mots clés** Aides illégales · Récupération · Juge national

**Abstract** The 2005 Action Plan is the starting point of several initiatives of the European Commission to promote “*private enforcement*” in the field of State aid law. Third parties have been benefiting from the reinforced role played by national courts and have been seen as the guarantee for a better enforcement at national level, especially with respect to recovery of unlawful aid. However, major obstacles are remaining: complexity of the rules, variety of national procedural rules. Over the past few

La présente contribution reprend l'exposé – étoffé et mis à jour – fait le 13 novembre 2008 à l'Académie de droit européen de Trèves dans le cadre du « Douzième Forum sur les Aides d'Etat ». Jacques Derenne, Partner, avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris, Lovells LLP, Bruxelles ; chargé de cours adjoint à l'Université de Liège. Voir aussi Derenne [2]. Cédric Kaczmarek, Juriste, Lovells LLP.

J. Derenne (✉) · C. Kaczmarek  
Lovells LLP, Avenue Louise 523, 1050 Bruxelles, Belgique  
e-mail: jacques.derenne@lovells.com

C. Kaczmarek  
e-mail: cedric.kaczmarek@lovells.com



years, the Commission has been clarifying existing remedies that third parties have at their disposal. However, recent examples of national case law illustrate the difficulty for national judges to assimilate certain essential principles of Community law.

**Keywords** Unlawful aid · Private enforcement · National judge

## 1 Introduction

Le droit des aides d'Etat est un domaine du droit communautaire, où les tiers – bénéficiaires de l'aide, ainsi que leurs concurrents ou toute personne étant affectée par une aide illégale,<sup>1</sup> mais sans avoir le moindre lien de concurrence avec le bénéficiaire – ont détenu, pendant longtemps, une position relativement marginale.<sup>2</sup> La dénomination même de ce corpus de règles laisse transparaitre que celui-ci est *a priori* destiné aux Etats membres uniquement. L'article 87, paragraphe 1, CE s'applique aux mesures étatiques et limite leur capacité à accorder des telles mesures, dès lors qu'elles répondent aux critères d'une « aide d'Etat ».

La Commission européenne, autorité supranationale, a été investie par le Traité CE d'un pouvoir exclusif<sup>3</sup> visant à contrôler que les Etats membres respectent les conditions visées à l'article 87 CE, lorsqu'ils octroient des aides, sous quelque forme que ce soit. A cette fin, les Etats membres sont soumis au respect d'une procédure formelle, instituée à l'article 88, paragraphe 3, CE, qui consiste à notifier préalablement à la Commission toute mesure nationale « tendant à instituer une aide ». Ces mesures ne peuvent être mises en œuvre tant que la Commission ne les a pas préalablement déclarées compatibles avec le marché commun. Toute aide versée en violation de cette disposition doit être suspendue et récupérée par l'Etat membre concerné. La procédure de contrôle des aides d'Etat est une procédure « bilatérale », entre la Commission et l'Etat membre en cause, où les tiers n'ont, en principe, pas leur place.

Ceux-ci n'ont qu'un statut très limité de plaignant éventuel<sup>4</sup> et sont considérés par le Traité CE comme de simples sources d'informations pour la Commission, sans droits de la défense de la cadre de la procédure administrative s'instaurant entre la Commission et l'Etat membre concerné. Ainsi, en cas de « doutes sérieux » quant à la compatibilité de l'aide notifiée par un Etat membre, la Commission doit initier la procédure prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE, dite procédure formelle d'examen, et demander des informations complémentaires aux parties intéressées. Cette notion a été interprétée de façon relativement large, et ce en faveur des tiers, puisque la Cour a reconnu que, non seulement les Etats membres, mais également les bénéficiaires et tout autre tiers intéressé pouvaient intervenir dans cette procédure et

<sup>1</sup> Rappelons d'emblée qu'une aide est dite « illégale » (*unlawful*) lorsqu'elle n'est pas notifiée ou mise en vigueur sans attendre une décision de la Commission européenne, seule à pouvoir déclarer compatible avec le marché commun une aide d'Etat. La compatibilité de l'aide (validité quant au fond de l'aide) doit donc être soigneusement distinguée de sa légalité (régularité formelle de l'aide).

<sup>2</sup> Voir *Morgan de Rivery/Arnould* [7], *Morgan de Rivery/Thibault-Liger/Dereane* (8); *Niejahr/Scharf* [9].

<sup>3</sup> Arrêt du 14 février 1990, *France/Commission* (« *Boussac* ») (C-301/87, Rec. P. I-307).

<sup>4</sup> Voir article 20 du règlement n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE (JOCE L 83 du 27 mars 1999).

apporter certaines informations. En pratique, le statut de « tiers intéressés » ne leur permet toutefois pas de véritablement faire valoir leurs droits, puisque leur véritable capacité d'intervention dans la procédure dépend de la discrétion de la Commission.<sup>5</sup>

La procédure de contrôle des aides d'Etat, si on s'en tient à ce rapport « bilatéral » entre la Commission et les Etats membres, n'apporte, paradoxalement, pas de solution efficace pour le traitement des aides versées en violation de l'article 88, paragraphe 3, CE. La Commission ne dispose pas réellement de moyen pour « sanctionner »<sup>6</sup> une aide illégale. Elle ne peut ordonner la restitution qu'au terme de son examen de compatibilité de l'aide<sup>7</sup> et les Etats membres ont pendant bien longtemps trouvé un intérêt politique et économique à ne pas notifier les projets d'aides à la Commission.

L'article 88, paragraphe 3, CE vient rétablir la quadrature du cercle en conférant des pouvoirs très étendus à une troisième figure, le juge national et un droit d'action à une quatrième figure, le tiers intéressé, tous deux ayant un rôle à jouer dans la procédure de contrôle. L'article 88, paragraphe 3, dernière phrase, CE est d'effet direct<sup>8</sup> et ainsi susceptible d'être invoquée « directement » par une partie privée devant le juge national, juge communautaire de droit commun.<sup>9</sup> Autrement dit, en vertu de cette disposition, tout tiers est susceptible de défendre ses droits devant un juge national contre l'Etat membre ayant versé une aide dite « illégale » ou contre le bénéficiaire d'une telle aide, et d'en ordonner la récupération.

Au fil du temps, le juge national a acquis une position toujours plus centrale dans la procédure de contrôle des aides d'Etat, en particulier en ce qui concerne la récupération des aides illégales. Les voies de droit national confèrent une protection immédiate et plus efficace des droits subjectifs et le juge national, par l'impulsion des tiers, participent à ce que l'on pourrait qualifier un « contrôle par la base ». Ce renforcement de la position du juge s'inscrit dans la ligne du Plan d'action de la Commission en matière d'aides d'Etat, dans laquelle celle-ci a exprimé le souhait de renforcer les « actions de défense de la concurrence » : « des recours de droit privé

<sup>5</sup> La Commission a toutefois proposé récemment de battre en brèche cette situation peu enviable des tiers intéressés en lançant l'idée d'une nouvelle procédure qui donnerait notamment plus de transparence aux tiers sans toutefois les associer totalement à la procédure. Voir Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée de traitement de certaines aides d'Etat et communication de la Commission – Code de bonnes pratiques pour la conduite des procédures de contrôle des aides d'Etat (documents de consultation sur le site de la DG COMP).

<sup>6</sup> Nous le verrons, la récupération d'une aide illégale n'est pas une « sanction » à proprement dite. Voir à ce sujet arrêt du 10 avril 2003, *Scout/Commission* (T-366/00, Rec. P. IJ-1763, point 65 – pourvoi affaire C-276/03 P, rejet – non sur ce point).

<sup>7</sup> Certes les articles 10 et 11 du règlement n° 659/1999 offrent à la Commission quelques possibilités d'injonctions, mais l'injonction de récupération provisoire n'a jamais été utilisée tant ses conditions ont été rendues impossibles à appliquer par la Commission et l'injonction de suspension n'a été utilisée que dans moins d'une dizaine de cas exceptionnels. Quant à l'injonction de fournir des informations, la Commission y a recours plus fréquemment.

<sup>8</sup> Arrêt du 15 juillet 1964, *Costa/ENEL* (6/64, Rec. P. I 141) et arrêt du 19 juin 1973, *Capolongo* (7/772, Rec. P. 611, point 6).

<sup>9</sup> Arrêt du 28 juin 1978, *Simmenthal SpA/Amministrazione delle finanze* (70/77, Rec. P. 1453).

devant les juridictions nationales pourraient ainsi renforcer la discipline en matière de respect de la réglementation sur les aides d'Etat ».<sup>10</sup>

## 2 Le rôle du juge national et de la Commission : des rôles distincts mais complémentaires

L'étendue des obligations dont est investi le juge national en cas de violation de l'article 88, paragraphe 3, CE, a été progressivement définie dans une série d'arrêts de principes : *Costa/ENEL*,<sup>11</sup> *Lorenz*,<sup>12</sup> *Saumon-FNCE*<sup>13</sup> et *SFEI*.<sup>14</sup> Les rôles respectifs du juge national et de la Commission sont ainsi délimités : le juge national n'a de compétence que pour faire respecter la régularité procédurale d'une aide avec les règles du Traité CE, c'est-à-dire, tirer toutes les conséquences du non respect de l'obligation de notification et de « *standstill* » ; la Commission a le monopole pour se prononcer, sur le fond, sur la compatibilité de l'aide, avec une compétence limitée, et d'application presque impossible, sur la régularité formelle mais uniquement au provisoire (injonction de récupération provisoire). Le juge national statue de manière définitive sur cet aspect.

Le juge national est tenu de tirer toutes les conséquences de la violation, sans devoir attendre une décision finale de la Commission.<sup>15</sup> Il a l'obligation de vérifier, *prima facie*, si une mesure nationale présente le caractère d'aide d'Etat. Le cas échéant, il pourra ordonner la récupération des soutiens financiers irréguliers, selon les voies de droit national, ou adopter tout type de mesure ayant pour but de rétablir la situation antérieure à son versement, dont l'octroi de dommages et intérêts aux parties lésées. L'obligation de restitution de l'aide est une obligation inconditionnelle, même si la Cour a reconnu dans l'arrêt *SFEI*<sup>16</sup> qu'il peut exister des « *circumstances exceptionnelles* » dans lesquelles il serait inapproprié d'ordonner le remboursement de l'aide. Cette procédure est mise en œuvre au niveau national et obéit aux règles nationales de recouvrement, à condition que soient respectés les principes d'effectivité et d'équivalence.<sup>17</sup> Le juge national ne peut cependant s'autosaisir ; il ne peut mener une action en récupération que lorsqu'il est saisi d'une plainte formulée par un tiers.

<sup>10</sup> Communication de la Commission. Plan d'action dans le domaine des aides d'Etat : « Des aides d'Etat moins nombreuses et plus ciblées : une feuille de route pour la réforme des aides d'Etat 2005-2009 », COM(2005)107 final du 7 juin 2005, point 55.

<sup>11</sup> Arrêt du 15 juillet 1964, *Costa/ENEL* (6/64, Rec. P. 1141).

<sup>12</sup> Arrêt du 11 décembre 1973, *Gebriüder Lorenz GmbH/République fédérale d'Allemagne et Land de Rhénanie-Palatinat* (102/73, Rec. P. 1471).

<sup>13</sup> Arrêt du 21 novembre 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon (FNCE)/France* (C-354/90, Rec. P.I-5505).

<sup>14</sup> Arrêt du 11 juillet 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e.a./La Poste* (C-39/94, Rec. P.I-3547).

<sup>15</sup> Arrêt du 11 juillet 1996, précité, point 53.

<sup>16</sup> Arrêt du 11 juillet 1996, précité.

<sup>17</sup> Arrêt du 7 septembre 2006, *Laboratoires Boiron* (C-526/04, Rec. P.I-7529).

Cette compétence générale, permet, en particulier, au juge national d'adopter des mesures conservatoires en faveur des tiers lésés. La récupération est alors un remède laissé au juge afin de limiter les effets négatifs d'une aide illégale en attendant que la Commission se prononce sur le fond. La jurisprudence de la Cour nous enseigne que la décision positive de la Commission n'a pas pour effet de régulariser *ex post facto* l'aide illégale.<sup>18</sup>

Dans ces conditions, l'obligation de récupération a néanmoins connu quelques assouplissements comme nous allons le voir avec l'arrêt *CELF*.

## 3 Les différents types d'actions envisageables devant le juge national

Le juge national a l'obligation de garantir le plein effet de l'action de la Commission en matière de récupération des aides d'Etat illégales.<sup>19</sup> Il veille à la bonne application de l'article 88, paragraphe 3, CE et à ce que la Commission adopte ou non une décision ordonnant la récupération de l'aide illégale. Temporellement, on peut distinguer deux phases d'actions envisageables :

Les actions *ex ante*, c'est-à-dire avant même que la Commission n'ait pu se prononcer sur le fond. Nous l'avons vu, le juge a l'obligation de tirer toutes les conséquences d'une aide non notifiée. Comme toute disposition d'effet direct, l'article 88, paragraphe 3, CE prime sur tout droit national contraire. Dès lors, cette disposition peut directement être invoquée pour fonder une demande en annulation des actes ayant donné effet à l'aide illégale : disposition législative ou même constitutionnelle, ordre de paiement ou encore toute autre forme que peut prendre la mesure d'aide. A cet égard, le juge national peut adopter des mesures conservatoires vis-à-vis des actes litigieux afin de suspendre ou empêcher le versement de l'aide illégale (suspension de l'acte en question). C'est enfin sur la base de l'article 88, paragraphe 3, CE que se fonde également l'ordre de récupération prononcé par le juge national. Le droit communautaire devient la base juridique des actes de droit national donnant effet à la récupération, nonobstant toute contrainte législative ou réglementaire supplémentaire qui serait contraire à la mise en œuvre effective l'article 88, paragraphe 3, CE.

Les autres séries d'actions envisageables devant le juge national sont celles que l'on pourrait qualifier d'*ex post*, c'est-à-dire celles introduites à la suite d'une décision négative de la Commission ordonnant la récupération de l'aide illégale (ou, le cas échéant, lors du contrôle de l'application d'un règlement d'exemption). Les décisions de la Commission adoptées à la suite de la procédure de l'article 88, paragraphe 2, CE priment de façon inconditionnelle sur le droit national,<sup>20</sup> ainsi le juge national a l'obligation d'assurer le plein effet de ces actes dans l'ordre juridique national. Le juge national veille, de façon indépendante, à ce que l'ordre de récupération soit ainsi

<sup>18</sup> Arrêt *FNCE*, précité.

<sup>19</sup> Sur le fait que la compétence du juge national serait en ce sens plutôt « subordonnée » à l'action de la Commission et non pas si absolue que cela, voir *Keppenne/Gross* (6).

<sup>20</sup> Voir à ce titre la décision de la Cour de Cassation italienne, 2002, *Torre/azione Caffè Mattiotti*, dans laquelle il a été jugé que les décisions de la Commission jouissaient d'une primauté inconditionnelle sur le droit national.

mis en œuvre effectivement, immédiatement et sans délai.<sup>21</sup> En effet, la procédure de récupération des aides illégales est mise en œuvre au niveau national par les autorités publiques dispensatrices de l'aide illégale, et ce, selon le principe de l'autonomie procédurale. Paradoxalement, les règles relatives à la récupération s'en remettent à l'auteur d'une illégalité pour rétablir, de lui-même, la situation qui précède le moment où celle-ci a été commise. Le juge national a ainsi une mission de contrôle des autorités publiques en charge de la récupération, et est tenu de rendre accessible son prétoire à toute action tendant à contester la manière dont celle-ci est mis en œuvre. Les voies de droit sont celles offertes par l'ordre juridique national, et ce, dans le respect des principes d'effectivité et d'équivalence.<sup>22</sup>

Ces deux fonctions exercées par le juge national sont réconciliées dans l'affaire CELF. Cette affaire, qui a donné lieu à une véritable saga judiciaire, relève désormais du cas d'école et a donné à une naissance à une jurisprudence nuanciant les pouvoirs du juge national, dans l'éventualité d'une aide illégale déclarée par la suite compatible.

Pour comprendre les tenants et aboutissants de cette affaire, rappelons-en les faits, qui s'avèrent quelque peu complexes. De 1980 à 2002, le Centre d'exportation du livre français (CELF) a bénéficié de subventions d'exploitation accordées par l'État français pour compenser le surcoût de traitement des petites commandes passées par les libraires établies à l'étranger. Ces mesures ont fait l'objet de trois décisions négatives de la Commission (18 mai 1993, 10 juin 1998 et 20 avril 2004), toutes trois annulées par le Tribunal dans trois arrêts, respectivement du 18 septembre 1995,<sup>23</sup> 28 février 2002<sup>24</sup> et 15 avril 2008<sup>25</sup>.

Parallèlement aux procédures communautaires, des recours en annulation ont été introduits devant le juge national. À la suite de l'arrêt du Tribunal du 18 septembre 1995, la SIDE, concurrent du bénéficiaire, a demandé au ministre de la Culture et de la Communication qu'il fût mis fin au versement de l'aide octroyée au CELF et que le montant des aides déjà versées fût restitué. Cette demande a été rejetée par décision du 9 octobre 1996, qui a fait l'objet d'un recours en annulation devant le tribunal administratif de Paris, lequel a, par jugement du 26 avril 2001, annulé la décision attaquée. Le ministre de la Culture et de la Communication ainsi que le CELF ont interjeté appel de ce jugement devant la cour administrative d'appel de Paris. Par arrêt du 5 octobre 2004, celle-ci a confirmé le jugement du tribunal administratif et a enjoint à l'État français de procéder à la mise en recouvrement des sommes versées au CELF. Le CELF et le ministre de la Culture et de la Communication ont alors saisi le Conseil d'État d'un pourvoi visant à l'annulation de cet arrêt ainsi que du jugement du tribunal administratif de Paris. C'est lors de l'examen de ce pourvoi que le Conseil

<sup>21</sup> Article 14 du règlement n° 659/1999 du Conseil, précité.

<sup>22</sup> Arrêt du 5 octobre 2006, *Commission/France* (« Scott ») (C-232/05, Rec. P. I-10071).

<sup>23</sup> Arrêt du 18 septembre 1995, *SIDE/Commission* (T-49/93, Rec. P. II-2501).

<sup>24</sup> Arrêt du 28 février 2002, *SIDE/Commission* (T-155/98, Rec. P. II-1179).

<sup>25</sup> Arrêt du 18 avril 2008, *SIDE/Commission* (T-348/04, non publié au recueil) – ce dernier après l'arrêt CELF de la Cour de février 2008 décrit plus loin.

d'État a posé les questions préjudicielles ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour rendu le 12 février 2008.<sup>26</sup>

La Cour, dans sa réponse à la question préjudicielle posée par le Conseil d'État, adopte une interprétation téléologique de l'article 88, paragraphe 3, CE en rappelant les principes généraux de la récupération. Cet arrêt marque une évolution substantielle en ce qui concerne l'étendue de l'obligation de récupération, jusqu'alors inconditionnelle et restreinte à la récupération du montant nominal de l'aide (plus intérêts). La Cour assouplit cette obligation en jugeant, d'une part, que le droit communautaire n'impose pas une récupération complète de l'aide illégale dans la situation où celle-ci est *in fine* déclarée compatible par la Commission, et, d'autre part, que le juge national doit, en vertu du droit communautaire, exiger le paiement d'intérêts correspondant à la période d'illégalité, pour sanctionner l'avantage anticipé résultant de la jouissance de l'aide illégale avant qu'elle ne soit déclarée compatible avec le marché commun (en vertu du droit national, il *peut* exiger la restitution totale de l'aide avec intérêts).

Cette interprétation permet à l'article 88, paragraphe 3, CE de garder tout son sens dans une telle situation, puisqu'une décision de compatibilité n'a pas pour effet de régulariser l'illégalité de l'aide. La jurisprudence CELF justifie l'existence de cette disposition, même dans le cas d'une aide compatible, et rend son application moins formelle. L'approche initiée par la Cour est favorable à une définition de la notion d'illégalité qui se veut davantage économique. La jurisprudence CELF impose au juge national de quantifier les effets négatifs de l'aide durant toute la période où celle-ci a été versée illégalement, par le calcul d'intérêts d'illégalité. Le paiement par le bénéficiaire de tels intérêts permet ainsi de rétablir la situation préalable au versement de l'aide, et ce jusqu'à la période où celle-ci est *in fine* déclarée compatible.

La jurisprudence CELF laisse au juge national le choix des moyens nécessaires à la récupération et cette marge d'appréciation peut être préjudiciable pour le bénéficiaire d'une aide, certes illégale, mais compatible. Il en résulte, en effet, à défaut d'une véritable harmonisation des voies de droit, qu'il existe un risque que les bénéficiaires soient traités différemment selon les États membres en ce qui concerne la récupération. De même, un éventuel nouvel octroi de l'aide après récupération, dépend du choix discrétionnaire des autorités dispensatrices, puisque la jurisprudence n'oblige pas l'État membre à reverser l'aide *in fine* déclarée compatible. Finalement,

<sup>26</sup> Le nouvel arrêt de renvoi du Conseil d'État du 21 novembre 2008 prend acte de l'arrêt de la Cour pour juger l'affaire au fond (demande d'annulation de l'arrêt ordonnant le recouvrement de l'aide illégale versée au CELF) tout en soulignant les difficultés de cette application en pratique. Après l'arrêt préjudiciel, le Conseil d'État est bien obligé de tenir compte d'une nouvelle circonstance exceptionnelle venant brouiller la logique de la jurisprudence de la Cour : par un arrêt du 15 avril 2008 (définitif), le Tribunal a annulé, pour la troisième fois, la décision de la Commission déclarant compatible l'aide litigieuse. En l'absence d'une décision positive qui justifiait la dérogation à l'obligation de récupération, le Conseil d'État s'estime dénué quant aux modalités de recouvrement de l'aide illégale, devenue par voie de conséquence incompatible. Il sera intéressant de voir quelle réponse la Cour de justice donnera à la question posée par le Conseil d'État. On comprend mal pourquoi le Conseil d'État ne pourrait raisonnablement ordonner la récupération de la totalité de l'aide et pourquoi il estime devoir « attendre » une décision de la Commission déclarant l'aide compatible (la solution de l'arrêt CELF s'appliquera et l'ordre de recouvrement des intérêts est déjà donné...) ou incompatible (l'aide sera restituée avec les intérêts déjà ordonnés). Encore une fois, dans l'arrêt *SFEI*, la Cour de justice a dit au juge de « ne pas attendre ». Voir *Derenne* (4).

il existe également un risque que la récupération des intérêts d'illégalité aboutissent à une réduction du volume de l'aide initialement octroyée, et que, lorsque l'aide est, par exemple, une aide à la restructuration, le montant de l'aide ne soit finalement pas suffisant pour supporter la viabilité à long terme qui est une des conditions de compatibilité de ce type d'aide.<sup>27</sup>

#### 4 Qui peut initier une action devant le juge national ?

##### 4.1 Action d'un concurrent/tierce partie

Les principes généraux, exposés ci-dessus, font du prétoire du juge national, un lieu auquel une grande variété d'acteurs peuvent avoir accès pour défendre les droits que leur confère l'article 88, paragraphe 3, CE.

La notion de « tiers » doit être entendue de façon large, puisque dans l'arrêt du 13 janvier 2005, *Streitgegenwert*,<sup>28</sup> la Cour a jugé que la protection juridictionnelle conférée par l'article 88, paragraphe 3, CE ne se limite pas uniquement aux concurrents directs de l'entreprise bénéficiaire, mais également à l'ensemble des entreprises affectées par l'octroi illégal de l'aide. Le *locus standi* des tiers n'est pas limité aux entreprises se trouvant en relation de concurrence avec le bénéficiaire d'une aide illégale. En réalité, cette jurisprudence a été relativement mal comprise par certains juges nationaux et a fait l'objet de quelques hésitations jurisprudentielles (pour utiliser un euphémisme).

A cet égard, certaines juridictions allemandes, en totale contradiction avec la jurisprudence *Streitgegenwert*, ont interprété le droit allemand comme n'offrant pas de base juridique aux tiers pour intenter des recours en récupération d'aides illégales.<sup>29</sup>

On peut distinguer deux types d'actions susceptibles d'être introduites par les tiers ou concurrents.

D'une part, celles dirigées contre l'Etat membre ayant octroyé l'aide en violation de l'article 88, paragraphe 3, CE et, par conséquent, contre l'auteur de l'illégalité de l'aide. Tous les actes entourant l'existence de l'aide sont illégaux et les tiers pourront ainsi réclamer devant le juge que l'Etat membre ordonne la suspension du versement de l'aide et procède à sa récupération effective. A cet égard, les plaignants peuvent demander au juge d'adopter des mesures provisoires afin que leurs intérêts soient sauvegardés en attendant que le juge tranche l'affaire au fond. Le droit des aides d'Etat est souvent utilisé par les contribuables au niveau national se prévalant de l'article 88, paragraphe 3, CE pour contester le paiement d'une taxe qui ferait partie intégrante d'une aide prétendument illégale.

D'autre part, le plaignant peut diriger son action contre le bénéficiaire de l'aide dans une action en remboursement de celle-ci ou dans une action en responsabilité.

<sup>27</sup>Voir sur ce point, *Karpenne/Gross* (6) et *Rightini* [10].

<sup>28</sup> Arrêt du 13 janvier 2005, *Streitgegenwert* *Westelijk Noord-Brabant/Staatssecretaris van Financiën* (C-174/02, Rec. P. I-85, points 17 à 21).

<sup>29</sup>Voir *Oberlandesgericht München*, 15 mai 2003, 29 U 1703/03 ; *Landgericht Bad Kreuznach*, 16 mai 2007, 2 O 441/06 ; *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht*, 20 mai 2008, 6 U 54/06. Voir également plus récemment, *Oberlandesgericht Koblenz*, 25 février 2009, 4 U 759/07.

En effet, celui-ci ne peut se prévaloir d'une quelconque confiance légitime pour refuser la restitution d'une aide illégale étant donné qu'il est censé devoir agir en « *opérateur économique diligent* » et donc s'assurer, de lui-même, que l'aide qu'il reçoit a été octroyée en conformité avec le droit communautaire. De là, la Cour de justice a jugé que le droit communautaire n'imposait aucune obligation au bénéficiaire mais que, le cas échéant, il pouvait résulter du droit national une responsabilité du bénéficiaire pour ne pas avoir procédé à cette vérification.<sup>30</sup>

La récupération d'une aide illégale n'est pas, en principe, à voir comme étant une « *sanciton* », la récupération constitue un moyen de rétablir une situation existant préalablement à la mise en œuvre d'une aide illégale.<sup>31</sup> Néanmoins, tant l'adoption des actes nationaux octroyant ou permettant l'octroi d'une aide illégale, que le défaut d'une mise en œuvre effective et immédiate de la récupération, représentent une violation d'une disposition du droit communautaire susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat au sens de la jurisprudence *Francoovich*<sup>32</sup> et *Brasserie du Pêcheur*.<sup>33</sup> Une partie tierce capable de démontrer un préjudice réel et un lien de causalité entre l'existence de ce préjudice et la violation avérée est en mesure, en vertu de l'article 88, paragraphe 3, CE, d'engager la responsabilité de l'Etat, en tant qu'autorité dispensatrice ou récupératrice. Les trois conditions de la jurisprudence *Francoovich* sont en effet remplies :

- la règle violée (article 88, paragraphe 3, CE) confère des droits aux particuliers ;
- la violation est « *suffisamment caractérisée* » : selon la jurisprudence pertinente, tel est le cas lorsque l'autorité n'a aucune discrétion pour l'application de la règle violée (il s'agit en fait d'une infraction matérielle puisqu'il suffit de notifier et d'attendre la décision de la Commission pour se conformer à la règle en cause) ;
- il existe un lien de causalité entre le préjudice et la violation.

Même si, en principe, les voies de droits sont ouvertes aux tiers, selon les principes d'effectivité et d'équivalence, la démonstration de l'existence d'un préjudice n'est, en pratique, pas chose aisée, puisqu'elle relève de l'appréciation économique des effets de l'illégalité de l'aide. En effet, les règles relatives aux aides d'Etat font partie intégrante des règles de concurrence, et cette dimension se retrouve dans la notion même d'aide d'Etat, puisque parmi les critères énumérés à l'article 87, paragraphe 1, CE, on retrouve le critère de distorsion de concurrence. La mise en œuvre précède d'une aide, ou simplement sa mise en œuvre sans autorisation préalable, est susceptible de porter préjudice aux concurrents des bénéficiaires, ou à tout autre opérateur. La Cour a reconnu que ce préjudice pouvait être appréciable par l'évaluation de la perte éventuelle de parts de marché ou de tout autre avantage concurrentiel par

<sup>30</sup> Arrêt du 20 mars 1997, *Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland GmbH* (C-24/95, Rec. P. I-1591, point 43) et arrêt *SFEI*, précité, point 75.

<sup>31</sup> Arrêt *Scott SA/Commission*, précité.

<sup>32</sup> Arrêt du 11 novembre 1991, *Andrea Francoovich et Danila Bonifaci et autres/République italienne* (affaires jointes C-6/90 et C-9/90, Rec. P. I-5357).

<sup>33</sup> Arrêt du 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA/Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte : Factorame Ltd et autres* (affaires jointes C-46/93 et C-48/93, Rec. P. I-1029).

rapport au bénéficiaire illégal, tel que, par exemple, la perte d'un contrat octroyé dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres.

Par ailleurs, au-delà de la responsabilité de l'Etat, on observe également une tendance à la responsabilisation du bénéficiaire qui est tenu de se comporter en opérateur économique diligent, et susceptible d'être tenu responsable selon les voies de la concurrence déloyale offertes en droit national.

Cette piste a été explorée à plusieurs reprises, mais reste encore au stade embryonnaire. Une des premières affaires majeures, dans laquelle la responsabilité du bénéficiaire d'une aide illégale a été invoquée devant le juge national par l'un de ses concurrents, n'est autre que l'affaire *SFEI*. Initié devant le tribunal de commerce de Paris par le SFEI et certains de ses membres (DHL, Fedex, etc.) contre la SFMI-Chronopost pour avoir été bénéficiaire d'une aide prétendument illégale, le litige a été, par la suite, porté devant la CJCE sur question préjudicielle. La Cour a jugé sur ce point que :

« *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 88, paragraphe 3, du traité ».*<sup>34</sup>

L'affaire *Breda*<sup>35</sup> de 1995, introduite devant la présidente du tribunal de commerce de Bruxelles, est également exemplaire des pistes explorées dans le champ de la concurrence déloyale. En l'espèce, il était question d'une société italienne (*Breda*) bénéficiant d'aides illégales octroyées par le gouvernement italien. Ces aides avaient permis à la société de se placer dans des conditions plus avantageuses que ses concurrents pour répondre à un appel d'offres initié par la société nationale des chemins de fer belges pour la fourniture de rails. Un des concurrents écartés avait intenté une action en cessation de versement/réception des aides suivant les voies de droit relatives à la concurrence déloyale (en droit belge, il s'agit d'une action en cessation au fond mais dans les formes du référé). La demande avait été déclarée fondée par la présidente du tribunal de commerce de Bruxelles et celle-ci avait ordonné au bénéficiaire de l'aide illégale de cesser cette pratique déloyale et de retirer son offre. Aucun dommage et intérêt n'avait été octroyé en réparation du préjudice subi car, en droit belge, la partie lésée devait tenter une seconde action au fond devant le tribunal de commerce cette fois. Mais le fondement de cette affaire *Breda* se trouve bel et bien dans l'article 1382 du code civil (faute aquilienne) qui est à la base de l'action en concurrence déloyale.

Dans d'autres affaires, les tiers peuvent demander au juge national la cessation de l'aide illégale, par le biais de l'annulation des actes permettant l'octroi de celle-ci.

<sup>34</sup> Arrêt *SFEI*, précité, points 74 et 75.

<sup>35</sup> J.T.D.E. 1995, p. 72.

L'affaire *Ryanair* de 2003 en France est significative du large champ d'actes concernés par ce type de recours. Cette affaire avait été portée par un concurrent de la compagnie *low cost* devant la Cour administrative d'appel de Nancy, laquelle a confirmé l'annulation de la délibération de la Chambre de commerce et d'industrie de Strasbourg qui avait octroyé les avantages litigieux à Ryanair pour le lancement de nouvelles routes aériennes à partir de l'aéroport de Strasbourg. Cette délibération était nulle et non avenue, en ce qu'elle permettait l'octroi d'une aide illégale car non notifiée.<sup>36</sup>

#### 4.2. Actions des bénéficiaires – actions des autorités de l'Etat contre le bénéficiaire

Le principe d'une récupération effective et immédiate ne limite pas uniquement l'ouverture du prétoire du juge aux parties tierces.

Les bénéficiaires d'une aide illégale sont bien souvent les plus exposés aux conséquences de la récupération. Ils peuvent ainsi contester l'étendue du recouvrement ordonné par la Commission, puisque leur position particulière leur permet d'apprécier le caractère approprié de la récupération. Cependant, nous l'avons vu, la récupération se déroule selon les procédures nationales et les bénéficiaires ne peuvent que contester la légalité des actes nationaux (injonction de récupération) par les biais desquels l'aide est restituée. Le juge national n'a pas la compétence pour se prononcer sur la validité de la décision de la Commission. L'exercice peut s'avérer difficile pour le juge national étant donné que le bénéficiaire peut logiquement trouver un intérêt à utiliser ce type d'action à des fins dilatoires, le bénéficiaire cherchant à s'opposer à la récupération de l'aide dont il bénéficie.

Il ressort de la jurisprudence que la Cour oblige le juge national à veiller à ce que les voies de droit soient ouvertes en conformité avec les principes d'effectivité et d'équivalence, tout en s'assurant qu'elles ne soient pas utilisées à des fins abusives. La Cour, dans l'affaire *Boiron*,<sup>37</sup> se prononçant sur les règles relatives au niveau de preuve, a dit pour droit que les règles de droit national ne peuvent rendre impossible ou excessivement difficile la défense effective des droits conférés par le droit communautaire.

La Cour a jugé que lorsqu'une règle de procédure nationale empêche la récupération immédiate et/ou effective, le juge national est tenu de laisser cette disposition inappliquée. L'affaire *Scott*<sup>38</sup> est sur ce point significative puisque la Cour a jugé que le juge national devait laisser inappliquée la règle de droit national selon laquelle les recours contre les ordres de recouvrement avaient un effet suspensif automatique dans certains cas.

<sup>36</sup> TA Strasbourg, 24 juillet 2003, *Société Brit Air/Chambre de Commerce et d'Industrie de Strasbourg et Société Ryanair*, n° 02-046541 ; CAA Nancy, 18 décembre 2003, *Chambre de Commerce et d'Industrie de Strasbourg*, n° 03NC00864 (confirmé par le Conseil d'Etat, 27 février 2006, *Compagnie Ryanair Ltd.*, n° 264406). Pour une affaire similaire TA Pau, 3 mai 2005, *Air Méditerranée/Chambre de Commerce et d'Industrie de Pau-Béarn et Ryanair*, n° 0301635.

<sup>37</sup> Arrêt du 7 septembre 2006, *Laboratoires Boiron* (C-526/04, Rec. P.I-7529).

<sup>38</sup> Arrêt du 5 octobre 2006, *Commission/France* (« *Scott* ») (C-232/05, Rec. P.I-10071).

Le juge national doit adopter des mesures conservatoires<sup>39</sup> pour protéger les intérêts des bénéficiaires si le juge national considère qu'il a intérêt à les sauvegarder. De telles mesures provisoires peuvent être adoptées par le juge national lorsque celui-ci a des doutes sérieux quant à la compatibilité de la décision de la Commission ordonnant la récupération de l'aide. Il devra néanmoins se conformer aux critères établis par la jurisprudence *Zuckerfabrik*<sup>40</sup> et *Atlanta*<sup>41</sup> qui exigent que la validité de l'acte litigieux ne soit pas mise en cause devant la Cour de justice et qu'il y ait urgence, dans la mesure où la non suspension causerait un préjudice grave et irréparable au requérant. Le juge national est également tenu de prendre en compte l'intérêt de la Communauté lorsqu'il octroie de telles mesures.

Il est constant que la méconnaissance par un Etat membre de ses obligations communautaires est de nature à engager sa propre responsabilité, y compris à l'égard des bénéficiaires d'une aide illégale. Dans les circonstances d'une violation caractérisée du droit communautaire par l'Etat, celui-ci est soumis à une obligation de réparation des préjudices subis. La charge de la preuve pèse sur le bénéficiaire puisque c'est à celui-ci de démontrer qu'il existe un lien de causalité entre l'octroi de l'aide par les autorités publiques et un préjudice prétendument subi. L'existence du préjudice est difficile à démontrer puisqu'il est établi dans la jurisprudence que le bénéficiaire d'une aide est censé se comporter en « *opérateur économique diligent* ». Sa responsabilité consiste à vérifier que l'aide perçue a été versée dans le respect des règles applicables aux aides d'Etat (se comporter autrement serait commettre un acte de concurrence déloyale : l'obligation ne provient pas du droit communautaire comme on l'a vu plus haut).

Sur le plan national, les principes de responsabilité (de droit communautaire et/ou de droit national pour l'Etat et de droit national pour le bénéficiaire) ont été interprétés comme impliquant une responsabilité partagée entre l'Etat, auteur de l'octroi illégal de l'aide, et les bénéficiaires.

En France, l'affaire du plan « *Borotra* » illustre cette recherche d'équilibre.<sup>42</sup> Ce régime d'aide au secteur de l'habillement, du textile et des chaussures, prenant la forme de réduction de cotisations sociales en cas de maintien de l'emploi, avait été mis en œuvre de façon illégale, puisque, bien que notifié, des aides individuelles avaient été octroyées sans attendre la décision finale de la Commission, qui *in fine* allait s'avérer négative (ordre de récupération des aides illégales et incompatibles par

<sup>39</sup> Arrêt du 5 octobre 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich* (C-368/04, Rec. P.1-9957, point 46) ; arrêt du 21 novembre 1991, *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires et autres/France* (C-354/90, Rec. P.1-5505, point 12) et affaire *SFEI* et autres (précitée, point 52).

<sup>40</sup> Arrêts du 21 février 1991, *Zuckerfabrik Siederhühmarshausen and Zuckerfabrik Soest/Hauptzollamt Izehoe et Hauptzollamt Paderborne* (C-143/88 et C-92/89, Rec. P.1-415, point 33).

<sup>41</sup> Arrêt du 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchtandelsgesellschaft mbH et autres contre Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* (C-465/93, Rec. P.1-03761, point 51).

<sup>42</sup> Voir sur cette affaire, Derenne [1] et pour une présentation très détaillée des diverses affaires et des questions juridiques soulevées en droit administratif français, *Disant* [5], p. 547.

l'Etat français).<sup>43</sup> Les bénéficiaires, dans une série d'affaires,<sup>44</sup> ont intenté un recours en indemnité contre l'Etat pour la mise en œuvre illégale de ce plan. En effet, les autorités françaises avaient cédé aux bénéficiaires que la Commission avait ouverte une procédure formelle d'examen, officiellement notifiée par la Commission plusieurs mois avant la signature des conventions bénéficiant des aides litigieuses mais seulement publiée au Journal Officiel après cette signature. Parmi les arrêts rendus par les juridictions françaises, l'arrêt *Salmon Arc-en-ciel*<sup>45</sup> est intéressant puisque la Cour administrative d'appel de Paris reconnaît que le gouvernement a commis une faute susceptible d'engager sa responsabilité,<sup>46</sup> mais conclut à une responsabilité partagée entre le bénéficiaire et l'Etat membre. La Cour administrative d'appel de Paris retient en effet dans le chef du bénéficiaire de l'aide illégale une négligence du fait de l'omission de vérifier la légalité de l'aide octroyée et en conséquence lui impute 25% de la faute, la responsabilité de l'Etat étant déchargée à due concurrence. Bien entendu, les bénéficiaires d'aides illégales doivent également démontrer un dommage intrinsèquement différé du simple fait de devoir rembourser une aide illégale (ce qui ne constitue pas un dommage !) pour pouvoir prétendre à une indemnisation.

Le bénéficiaire peut également lui-même faire l'objet d'une action en dommages et intérêts. La Cour de justice a jugé dans son arrêt *SFEI*<sup>47</sup> que le droit communautaire, en particulier l'article 88, paragraphe 3, CE, n'offrait pas une base suffisante pour intenter de telles actions qui ne peuvent trouver, le cas échéant, leur fondement que dans le droit national de la responsabilité.

La grande variété de voies de droit offertes dans l'ensemble des Etats membres a fait du choix du *forum* un élément stratégique important pour les tiers.<sup>48</sup> Une telle question s'était posée, dans une affaire portée devant la High Court en 2003, dans laquelle une entreprise bénéficiaire allemande était poursuivie en dommages et intérêts par son concurrent anglais.<sup>49</sup> Cette affaire est la seule action connue à ce jour où un tiers lésé poursuit devant ses propres tribunaux une entreprise bénéficiaire d'une aide illégale dans un autre Etat membre (à l'exception de l'affaire *Breda* précitée qui n'était cependant pas une action en dommages et intérêts).

<sup>43</sup> Décision 97/81/CE de la Commission du 9 avril 1997, concernant les aides accordées par la France aux secteurs du textile, de l'habillement, du cuir et de la chaussure (JOCE L 334 du 11 juillet 1996, p. 25) et arrêt du 9 avril 1997, *République Française/Commission* (C-251/97, Rec. P.1-6639).

<sup>44</sup> TA Grenoble, 15 octobre 2003, *Stéphane Kélian*, inédit ; TA Clermont-Ferrand, 23 septembre 2004, *Fontanille*, n° 0101282, AJDA, 21 février 2005, p.385, note G. Peiser ; CAA Paris, 23 janvier 2006, *Salmon Arc-en-ciel*, n° 04PA01092.

<sup>45</sup> Arrêt *Salmon Arc-en-ciel*, précité.

<sup>46</sup> On a déjà critiqué ce point de vue, lié aux particularités du droit administratif français, se limitant à retenir la seule responsabilité au gouvernement alors que la première violation du droit communautaire en l'occurrence était le fait du législateur prenant une loi habitant le gouvernement à mettre en œuvre ces aides illégales (voir *Derenne* [1]). Les violations concernent tant l'article 87, paragraphe 1, CE que l'article 88, paragraphe 3, CE.

<sup>47</sup> Arrêt du 11 juillet 1996, *SFEI e.a./La Poste e.a.* (C-39/94, Rec. P.1-3547, points 73 à 76).

<sup>48</sup> En cas de conflit de lois, les dispositions applicables sont celles du règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« *Rome II* » ), JOCE L 199 du 31 juillet 2007.

<sup>49</sup> *Berov Anthracite Ltd. v DSK Anthrazit Ibbenburen GmbH* [2003] EWHC 2403.

## 5 La récupération des aides illégales en pratique

### 5.1 Les chiffres

Si les principes sont désormais relativement bien établis, on peut observer que l'obligation de récupération présente, dans les faits, certaines lacunes.

L'objectif affiché par la Commission dans son Plan d'action consiste à favoriser l'utilisation des règles relatives aux aides d'Etat comme moyen d'attaque dans des litiges civils, notamment dans le cadre d'actions en dommages et intérêts. La Commission constate pourtant que l'article 88, paragraphe 3, CE n'est pas suffisamment utilisé comme tel par les tiers. Il l'est plutôt à titre de moyen de défense. Il ressort d'une étude réalisée en 2006 pour la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'Etat au niveau national,<sup>50</sup> qu'il existe encore des obstacles majeurs au « *private enforcement* » des aides d'Etat au niveau national.

Les actions menées par les tiers devant le juge national sont encore principalement utilisées en défense dans la plupart des cas, et ce principalement contre les mesures fiscales des Etats. En effet, plus de la moitié des actions fondées sur les règles des aides d'Etat ont été introduites par des contribuables s'opposant à l'imposition d'une taxe participant à la mise en œuvre d'une aide prétendument illégale. Si l'on s'en tient aux chiffres, 10% des recours en droit national concernaient des bénéficiaires cherchant à contester l'ordre de recouvrement d'une aide perçue illégalement ; 20% ont été introduites par les concurrents, soit contre le bénéficiaire, soit contre l'Etat membre octroyant l'aide. Les auteurs de l'étude s'étaient interrogés si le « *private enforcement* » n'était pas encore à ses balbutiements et avaient diagnostiqué les raisons d'une telle lacune.

### 5.2 Les raisons d'une telle lacune

La première raison peut être identifiée dans le fait qu'il n'existe, au niveau communautaire, aucune procédure de récupération uniforme. Celle-ci est opérée par les Etats membres de façon autonome au niveau national et, comme exposé plus haut, souffre d'une grande diversité de remèdes offerts par les différents Etats membres. Les voies de droit peuvent également varier au sein même d'un Etat membre, lorsque l'ordre juridique est scindé en plusieurs corpus juridiques (judiciaire et administratif) : la procédure de récupération est ainsi étroitement liée à la nature même des actes ayant permis l'octroi de l'aide et à leur qualification en droit national. Cette diversité est source d'inefficacités, comme peuvent en témoigner les conditions relatives à la qualité pour agir.<sup>51</sup>

La seconde raison trouve son origine dans l'extrême complexité des règles relatives aux aides d'Etat. Comme évoqué plus haut, les requérants potentiels (parties tierces, concurrents, qu'ils soient impliqués ou pas dans la procédure formelle d'examen en tant que « *parties intéressées* ») souffrent d'une asymétrie d'information issue

de leur position marginale dans la procédure de contrôle des aides d'Etat. En réalité, ils n'ont pas la possibilité de connaître au niveau national les bénéficiaires effectifs d'une aide illégale. La matière des aides d'Etat est une matière diffuse, présente de manière transverse, dans divers aspects du droit national. Les parties tierces n'ont, en conséquence, pas suffisamment connaissance des remèdes qui s'offrent à eux dans leur droit national.

Il en va de même pour le juge national qui, eu égard à la complexité des règles, a souvent une certaine réticence à les appliquer lorsqu'il est saisi (d'autant plus que, la plupart du temps, il peut s'agir de la seule et unique affaire d'aides d'Etat de sa carrière !). Bien souvent confronté à des situations factuelles complexes, il lui est difficile de déterminer ce qui constitue une aide. L'appréciation du caractère étatique d'une mesure d'aide, même si elle relève uniquement de l'analyse *prima facie*, est un exercice complexe, qui requiert dans certains cas la mise en œuvre de méthodes d'analyse (notamment d'ordre économique – test de l'investisseur privé, par exemple) difficiles à manier. Dans les litiges fiscaux, par exemple, il n'est pas toujours aisé d'apprécier l'utilisation de ressources d'Etat par la mesure litigieuse. De même, dans les situations où les mesures étatiques prennent la forme de compensation de service public, il est difficile pour le juge national d'appliquer le test établi par la jurisprudence *Altmark*.<sup>52</sup>

Finalement, d'autres obstacles ont été évoqués précédemment et peuvent se résumer comme suit. Les concurrents sont soumis à des conditions strictes quant au niveau de preuves à apporter pour obtenir des mesures conservatoires ou pour engager la responsabilité de l'Etat. En réalité, le juge national est difficilement en mesure de se prononcer sur l'existence d'un préjudice irréparable et du caractère urgent de la situation nécessitant l'octroi de mesures conservatoires. La question de la portée de la preuve pesant tant sur les épaules des bénéficiaires, que sur celles des concurrents, limite les cas où les conditions nécessaires pour engager la responsabilité de l'Etat sont effectivement remplies. Concernant les actions envisageables contre le bénéficiaire d'une aide, en l'état actuel du droit, il peut ne pas y avoir de base légale nationale suffisamment claire dans certains droits nationaux pour pouvoir se prévaloir d'actions en dommages et intérêts. De plus, il n'y a pas de véritables lignes directrices pour définir ce qui constitue le dommage dans de telles situations, et si seules les pertes éventuelles de parts de marchés doivent être prises comme référence.

### 5.3 Les mesures pour combler les lacunes de la récupération et du « *private enforcement* »

Depuis plusieurs années, la Commission s'est engagée dans une réflexion visant à améliorer l'application de l'article 88, paragraphe 3, CE et la récupération des aides illégales. Cette initiative s'est traduite par une clarification des principes et une « *codification* » de la jurisprudence applicable. La Commission a utilisé les instruments de

<sup>50</sup> Voir sur le site de la DG COMP : [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/studies\\_reports/study\\_part\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/study_part_1.pdf) et [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/studies\\_reports/study\\_part\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/study_part_2.pdf).

<sup>51</sup> Voir les affaires allemandes précitées relatives au *locus standi*.

<sup>52</sup> Arrêt du 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsleistungen* *Altmärk GmbH, en présence de Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht* (C-280/00 Rec. P.I-7747).



« *soft law* » et a ainsi, par différentes communications, juridiquement non contraignantes, développé les lignes directrices nécessaires aux acteurs concernés, pour améliorer l'application de l'article 88, paragraphe 3, CE.

Deux communications très récentes s'inscrivent ainsi dans la lignée de la réforme initiée par la Commission dans son Plan d'action de 2005 dans le domaine des aides d'Etat.

S'agissant de la procédure de récupération, la Commission a adopté en octobre 2007 une communication posant les principes relatifs à une mise en œuvre effective des décisions de la Commission.<sup>53</sup> La communication s'inspire des recommandations de l'étude précitée de 2006 et est principalement adressée aux Etats membres en charge de poursuivre la récupération, et aux juges nationaux investis d'un pouvoir de contrôle de cette procédure. Rappelant au préalable la finalité de la procédure de récupération, la communication se concentre ainsi sur la définition de ce que signifie une récupération effective, immédiate et sans délai des aides illégales et sur les situations où il est possible de déroger exceptionnellement à cette obligation : lorsque la récupération s'oppose à un principe général de droit communautaire, lorsque la prescription décennale est révolue ou lorsque la récupération s'avère être en principe absolument impossible. Le texte de la communication clarifie les rôles respectifs de la Commission et du juge national dans cette procédure, en particulier en ce qui concerne l'identification des bénéficiaires de l'aide et du montant à récupérer.

Très récemment, le 26 février 2009, la Commission a publié une seconde Communication relative à l'application de la législation sur les aides d'Etat par les juridictions nationales. Celle-ci vient compléter la législation en insistant sur les actions intentées par les particuliers devant les juridictions nationales. L'objectif est ainsi explicitement d'informer les juridictions nationales et les tiers des voies de recours disponibles en cas de violation des règles en matière d'aides d'Etat et de leur fournir des « *remèdes* » pratiques,<sup>54</sup> en particulier en offrant une méthode de calcul des intérêts à récupérer.<sup>55</sup> S'intégrant dans une réforme globale du droit de la concurrence, le texte a pour finalité d'améliorer le « *private enforcement* » en matière d'aides d'Etat, en mettant l'accent sur le rôle dévolu par les tiers et le juge national : « *La Commission considère (...) [que ces procédures] peuvent être extrêmement bénéfiques pour la politique en matière d'aides d'Etat* ». <sup>56</sup> Cette Communication, qui remplace celle de 1995 sur la coopération entre le juge national et la Commission, fixe également les modalités pour un meilleur dialogue et une coopération pratique entre le juge national, la Commission et la Cour de justice, notamment en rappelant que ces derniers disposent de la possibilité de demander certaines informations, ou tout simplement l'opinion des instances communautaires.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Communication de la Commission – Vers une mise en œuvre effective des décisions de la Commission enjoignant aux Etats membres de récupérer les aides d'Etat illégales et incompatibles avec le marché commun. JOCE n° C 272 du 15 novembre 2007. Voir, sur cette communication, Derenne [3].

<sup>54</sup> Point 6 de la communication.

<sup>55</sup> Point 2.2.3 de la communication.

<sup>56</sup> Point 5 de la communication.

<sup>57</sup> Cette communication remplace celle de 1995 sur la coopération entre le juge national et la Commission dans le domaine des aides d'Etat. JOCE C 312 du 23 novembre 1995.

Les acteurs, en particulier les tiers, disposent désormais des outils nécessaires à accroître l'efficacité, la transparence, la crédibilité et la prévisibilité du régime des aides d'Etat. Reste à voir la manière dont ces derniers en feront usage. Des obstacles majeurs demeurent néanmoins et mériteraient une initiative future de la part de la Commission. Comme nous l'avons souligné, un « *private enforcement* » efficace ne pourra pas se faire sans une harmonisation des voies de droit de droit national. A cet égard, les résultats de la réforme conduite par la Commission dans le domaine des articles 81 et 82 CE porteront probablement leurs fruits et serviront de « *test* » favorable à une future initiative dans le domaine des aides d'Etat.

Mais, on le sait, le domaine reste politiquement sensible, puisque l'aboutissement d'une telle réforme dépend des Etats membres eux-mêmes et de leur volonté de coopérer loyalement dans un domaine où ils sont la source principale des violations en cause...

Reste l'arme de la sanction financière, celle de l'article 228, paragraphe 2, CE, qui fait son chemin progressivement en matière de manquement persistant dans les aides d'Etat.<sup>58</sup> Comme en matière de cartels à l'égard des entreprises, peut-être est-ce là le seul message que sont à même d'assimiler les auteurs des violations du droit communautaire ? Pourquoi d'ailleurs les Etats membres devraient-ils être privilégiés par rapport aux entreprises à ce sujet ?

## Bibliographie

1. Derenne, J. : Deuxième application en France de la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat à l'égard du bénéficiaire de l'aide d'Etat qui lui a été octroyée en violation des dispositions de l'article 88, paragraphe 3, CE (Salmon-Arc-en-Ciel), Concurrences N°2-2006, pp. 126-130
2. Derenne, J. : Difficultés et effectivité de la récupération des aides d'Etat illégalement versées : le point de vue d'un avocat, Colloque « Entretiens du Palais Royal » du 14 mars 2008, Concurrences N°3-2008
3. Derenne, J. : La Commission fournit aux Etats membres des orientations sur les moyens de parvenir à une exécution plus immédiate et effective des décisions de récupération, Concurrences N°1-2008
4. Derenne, J. : Le juge national peut-il surseoir à statuer en l'absence d'une décision de la Commission ? (obs. sous CE, 19 décembre 2008, Centre d'Exportation du Livre Français (CELF) et Ministre de la culture et de la communication, n° 274923 et 274967), Concurrences N°1-2009, pp. 161-163
5. Disant, M. : Le juge administratif et l'obligation communautaire de récupération d'une aide incompatible – Réflexions autour de la responsabilité de l'Etat de fait de l'attribution des aides publiques illégales dans les affaires « Borotra », Rfda, mai-juin 2007, p. 547
6. Keppenre, J.-P., Gross, K. : Quelques considérations sur le rôle du juge national dans le contrôle des aides d'Etat in Le droit des aides d'Etat dans la CE, *Liber Amicorum* Francisco Santaolalla Gadea, Kluwer Law International, International Competition Law Series, pp. 391-408 (2008)
7. Morgan de Rivery, E., Arnould, J. : La grande misère du plaignant en droit communautaire de la concurrence, Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck, Bruylant (1999)
8. Morgan de Rivery, E., Thibault-Liger, S., Derenne, J. : Procédure. In : J. Derenne et M. Mérola (eds.), *Economic Analysis of State Aid Rules – Contributions and Limits*, pp. 177-195. Lexxion (2007)

<sup>58</sup> La première affaire que la Cour s'appropriée à juger est celle concernant la République hellénique dans l'affaire *Olympic Airways* (Commission/Grèce, C-369/07, conclusions de l'avocat général Mengozzi du 5 février 2009, non encore jugée en mars 2009).

9. Niejahr, M., Scharf, T. : Third Parties in State Aid Control : More Than Just a Source of Information ? In : *Le droit des aides d'Etat dans la CE, Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Kluwer Law International, International Competition Law Series, pp. 347–369 (2008)
10. Righini, E. : Godot is Here : Recovery As an Effective State Aid Remedy in *Le droit des aides d'Etat dans la CE, Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Kluwer Law International, International Competition Law Series, pp. 265–289 (2008)