

Commentaires sur l'application du droit des aides d'État par les juridictions nationales : encore un effort !

Jacques DERENNE¹

Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris
Professeur à l'Université de Liège

Section 1. Introduction

Quel honneur et quel plaisir de rédiger ces quelques lignes pour le professeur Denis Philippe ! J'ai fait la connaissance de Denis en 1996 alors que je n'avais que huit ans d'expérience professionnelle et n'allais devenir avocat associé que deux ans plus tard. Denis était déjà un professeur de droit et un avocat très reconnu. Bien qu'étant devenu déjà juriste l'année où je découvrais seulement avec passion le latin et le grec, il a été si accueillant à mon égard, m'aiguillonnant avec bienveillance dans notre mission juridique de l'époque sur laquelle je vais revenir. Notre intérêt commun pour le droit européen et de longs échanges passionnés sur de nombreux sujets émaillant nos voyages, ont tout de suite façonné un lien d'amitié entre nous.

C'est bien cela, si l'on devait résumer Denis : un juriste passionné par son travail et d'un abord si attachant et empreint d'humanité et de tant d'énergies contagieuses !

En 1996, nos cabinets respectifs d'alors s'étaient retrouvés membres d'un consortium mandaté par la Commission européenne pour animer des séminaires de droit européen à l'attention des autorités slovaques en vue de préparer l'adhésion de la Slovaquie à l'Union européenne (alors la Communauté européenne). Denis et moi-même faisons équipe pour

¹ L'auteur est associé de *Sheppard, Mullin, Richter & Hampton, LLP*. Il enseigne le droit des aides d'État à l'Université de Liège dans le cadre du LL.M / master spécialisée en droit européen, droit de la concurrence et de la propriété intellectuelle. Il enseigne également *The Law and Economics of State aid* à la *Brussels School of Competition* avec deux membres du Service juridique et de la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne.

toute une série de sujets liés à l'harmonisation du droit européen en matière de protection du consommateur. Nous avons ainsi voyagé tous les quinze jours à Bratislava pendant plusieurs mois, en découvrant un pays en mutation exponentielle, sortant difficilement du joug soviétique (avec, parfois, des traces de règlements de comptes de mafia au bar de l'hôte! où nous descendions régulièrement le dimanche soir...).

Ces visites en Slovaquie n'ont fait que renforcer ma conviction de fédéraliste européen (en bon ancien du Collège d'Europe) dans l'apport considérable de l'intégration européenne et notamment dans la vertu du droit européen, droit jeune et dynamique, mais si belle image d'un certain progrès par le droit². Notre mission d'expliquer les principes du droit européen, dans des bâtiments lugubres de style stalinien avec des infrastructures d'un autre temps, réservait parfois des surprises, comme cette question lorsque j'entamai la présentation de la directive relative au crédit à la consommation : « Oui, mais qu'est-ce donc ce concept juridique que vous appelez un "crédit" » ? Denis et moi sentions vraiment que nous étions à la croisée des chemins et que nous faisons œuvre utile, à notre niveau.

Le lien avec le droit des aides d'État n'est pas loin.

En effet, comme toute branche du droit européen, c'est un droit jeune et en perpétuel développement. Très casuistique d'ailleurs. Il représente également l'une des branches juridiques disposant d'un véritable pouvoir « supérieur », investi de la primauté du droit de l'Union sur le droit national contraire. Une sorte de « redresseur des torts » des États membres³, mais dans un cercle vertueux, celui de tourner la page du protectionnisme, du nationalisme destructeur (et, à ce titre, le XX^e siècle, si horrible, s'est tout de même clôturé par la poursuite d'un projet fédérateur ô combien salvateur pour notre région européenne !). Et le droit des aides d'État est celui qui sanctionne certains instincts négatifs qui animent, encore malheureusement, nos États membres⁴.

Permettez-moi de reprendre ici ces quelques mots d'une conférence à l'Université de Liège en pleine crise du Brexit : « Nous avons besoin

2 La « communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité » décrite par la Cour de justice dans son arrêt « Les Verts » : arrêt du 23 avril 1976. *Les Verts c. Parlement*, 294/83, EU:C:1986:166, pt 23.

3 Même si la Commission préfère parler, dans un langage diplomatique bien compréhensible, de « partenariat » et de « coopération » avec les États membres.

4 À l'instar du contrôle des cartels, justifié par les violations persistantes du droit par les cartellistes, une bonne partie du droit des aides d'État (toute sa partie « pathologique » d'aide « illégale » – voir section 1 *infra*, qui relève notamment de la compétence du juge national) ne résulte que de la violation persistante du droit par les États membres.

de plus d'Europe, pas moins. Mais nous ne la chérissons pas assez, par ignorance, en étant souvent victimes des tromperies égoïstes des États membres. Le Brexit en est malheureusement une excellente illustration. La Commission est toutefois inaudible. Les États membres assourdissants. La vision de l'Europe a été formée par des grands hommes d'États. Parmi eux, Paul-Henri Spaak. Tout était dit dans le rapport Spaak de 1956. Les États avaient eu la présence d'esprit de se méfier d'eux-mêmes et de s'en remettre à la Commission européenne. Pas d'Europe sans contrôle des aides d'État. Pas de loi du plus fort, voilà la raison d'être des règles sur les aides d'État »⁵.

C'est le sujet que j'ai choisi pour ma contribution à ces Mélanges en l'honneur de Denis Philippe. J'ai pris le parti de n'aborder qu'un aspect spécifique, celui du rôle des juridictions nationales dans l'application du droit des aides d'État, en me limitant à quelques commentaires choisis sur le degré d'efficacité, parfois toute relative, de cette action à plusieurs égards.

Section 2. Rappel des principes applicables – le contrôle des aides d'État

Sans prétendre revenir ici sur la notion d'« aide d'État », rappelons brièvement qu'il s'agit (i) d'un avantage économique à une ou des entreprises, (ii) sélectivement octroyé par l'État, (iii) au moyen de ressources d'État et imputable à l'État, qui (iv) fausse, ou menace de fausser, la concurrence et (v) est susceptible d'affecter les échanges entre États membres⁶. La définition des contours de ces critères (il n'y a pas de définition « fermée » de l'« aide d'État ») requiert environ une douzaine d'heures sur les trente heures de mon cours sur le droit des aides d'État à l'Université de Liège... Dans certains cas, rien n'est moins clair et aussi évolutif que la notion d'aide d'État (la Commission, le Tribunal puis la Cour, ayant parfois chacun leur position). « Vérité au-delà des Pyrénées, erreur au-delà »⁷...

5 J. DERENNE, « Aides d'État : les États membres font-ils partie de la solution ou du problème ? », *Rev. Dr. Ulg*, 2019-1, pp. 197-205.

6 Article 107, paragraphe 1^{er}, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Voy. également la communication de la Commission européenne relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1^{er}, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE, C262, 19 août 2016, pp. 1-50.

7 B. PASCAL, *Pensées*, Fragment *Misère*, n° 9 / 24.

En l'espèce, je me limiterai à ce que les juridictions nationales doivent faire en présence d'un litige soulevant des questions d'aides d'État « illégales » et à quelques points de prévention.

Pour ce propos, on peut résumer le système européen du contrôle des aides d'État comme suit (article 108, paragraphes 2 et 3, TFUE).

§ 1. Obligations des États membres – Pouvoirs et devoirs de la Commission et des juridictions nationales

Les États membres doivent notifier tout projet d'aide à la Commission et ne pas le mettre en œuvre avant son approbation par la Commission. Toutefois, depuis une dizaine d'années, afin de limiter le nombre de notifications individuelles et concentrer ses ressources limitées sur les affaires les plus importantes de distorsion de la concurrence, la Commission a étendu très significativement, depuis 2014, le champ d'application du règlement général d'exemption par catégorie (ci-après, « RGE »)⁸. Depuis lors, 97 % des nouvelles mesures d'aides ne sont plus notifiées et sont en principe couvertes par cette exemption par catégorie, ce qui permet à la Commission de se concentrer sur les quelques mesures importantes devant encore être notifiées, mais qui correspondent à environ 40 %-45 % des dépenses des États membres⁹. Pour ces mesures qui doivent encore être notifiées, la Commission est encore la seule à pouvoir déclarer une aide compatible avec le marché intérieur et aux conditions qu'elle détermine.

⁸ Règlement (UE) 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, JOUE, L187, 26 juin 2014, pp. 1-138, tel que modifié en 2017, 2020 et 2021 : version consolidée <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014R0651-20210801&from=EN>). Le système de cette exemption se fonde toujours sur un examen *ex ante* par la Commission de la compatibilité des aides avec le marché intérieur même si cet examen s'effectue de manière générique par la définition à l'avance des conditions de cette compatibilité selon l'impact de chaque type d'aide sur la concurrence. Ce règlement d'exemption dispense de notification préalable par l'État membre concerné de toute mesure qui se conforme strictement à ces conditions. La Commission effectue un contrôle *a posteriori* sur la base des informations que les États doivent lui communiquer.

⁹ Voy. notamment le communiqué de presse IP/21/5027 de la Commission du 6 octobre 2021 invitant à des observations sur le projet de proposition de modifications du RGE visant à faciliter davantage la mise en œuvre de mesures d'aide favorisant la transition écologique et numérique. On constate que les États membres (par facilité ou par crainte d'un examen de la Commission ?) se contentent dorénavant de dessiner leurs mesures d'intervention dans l'économie en les faisant rentrer dans le moule juridique ainsi créé par ce RGE plutôt que de faire preuve de créativité et notifier à la Commission les mesures qui seraient plus ajustées à leurs propres circonstances économiques.

De son côté, le juge national est le garant de la régularité de cette procédure d'examen. S'il est saisi, il doit qualifier la mesure en cause et, si celle-ci constitue une aide nouvelle¹⁰, il doit protéger, par tous les moyens, les droits subjectifs des tiers lésés si l'aide n'a pas été notifiée au préalable à la Commission ou a été mise en œuvre sans attendre son approbation (ce que l'on appelle une aide « illégale », la seule pour laquelle le juge national est compétent)¹¹. L'intervention de la juridiction nationale, si elle est saisie, permet à la Commission de faire son travail de fond, en vue de déclarer l'aide, qu'elle soit « légale » ou « illégale », comme « compatible » ou « incompatible » avec le marché intérieur pour l'autoriser ou l'interdire et, le cas échéant la faire récupérer.

Si un État membre est condamné par la Cour de justice pour ne pas avoir exécuté une décision négative de la Commission ordonnant la récupération d'une aide, il s'expose à des sanctions financières que la Commission peut ensuite demander, lors d'une seconde saisine, à la Cour de justice d'imposer en fonction notamment du produit intérieur brut de l'État membre¹². En général, nos gouvernants n'apprécient guère aboutir à ces extrêmes. C'est mauvais pour les élections...

§ 2. Situation des bénéficiaires

Les bénéficiaires sont les premières victimes de la violation des règles précitées par les États membres. Ils ne peuvent invoquer une quelconque protection de leurs attentes légitimes. Ils doivent rembourser les aides illégalement reçues. Ils peuvent bien tenter de se retourner devant les juridictions nationales contre l'État membre fautif, mais cela ne peut concerner que des cas exceptionnels (dommage strictement séparé de la récupération qui ne peut constituer un dommage) au risque d'un détournement des règles en obtenant, sous couvert de dommages et intérêts, les montants

¹⁰ Il s'agit de l'aide « nouvelle » définie comme « toute aide, c'est-à-dire tout régime d'aides ou toute aide individuelle, qui n'est pas une aide existante, y compris toute modification d'une aide existante » (article 1, c), du règlement (UE) 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (texte codifié), JOUE, n° L 248, 24.9.2015, pp. 9-29 – ci-après « règlement de procédure »).

¹¹ L'aide illégale est « une aide nouvelle mise à exécution en violation de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE » (article 1, f), du règlement de procédure précité).

¹² Article 260, TFUE.

reçus illégalement¹³. Ils peuvent en outre être obligés à dédommager leurs concurrents pour avoir accepté des avantages illégaux¹⁴ !

Les concurrents et les autres tiers, comme les bénéficiaires, ne jouissent d'aucun droit de la défense devant la Commission, dont la procédure d'examen ne se déroule de manière contradictoire qu'à l'égard de l'État membre concerné. Ils ne peuvent que se plaindre et exiger de la Commission qu'elle fasse son travail, éclairée par leurs observations (que la Commission est obligée de recueillir en cas de doutes – voir *infra*). Bien entendu, ils peuvent poursuivre les États membres et les bénéficiaires devant les juges nationaux. Ils peuvent aussi contester les décisions de la Commission mais la porte du prétoire à Luxembourg ne leur est que très étroitement ouverte tant les juges européens ont réduit la recevabilité de leurs actions¹⁵.

§ 3. Interaction entre la Commission et les juridictions nationales

Les rôles distincts, mais complémentaires, des juridictions nationales et de la Commission européenne ont été façonnés par la jurisprudence européenne. Il n'est pas question ici de revenir en détail sur ces principes. Une brève synthèse et un renvoi à de multiples publications et notamment aux expertises rédigées à la demande de la Commission européenne,

auxquelles j'ai contribué en 2005-2006 et 2009¹⁶, peuvent être suffisants ici. Ces études ont nourri, encore en 2019¹⁷, les deux textes de « *soft law* », des communications interprétatives de la Commission, sur le rôle des juridictions nationales en matière d'aides d'État¹⁸. Les seuls autres textes (de droit primaire et de droit dérivé, ceux-là) pertinents pour le juge national sont l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE¹⁹ et l'article 29 du règlement de procédure précité qui instaure un mécanisme de coopération entre les juridictions nationales et la Commission et même un système d'*amicus curiae*²⁰, comme pour l'application des articles 101 et 102

16 Study on the Enforcement of State Aid Law at National Level, mars 2006, Part. I, Application of EC State aid rules by national courts: http://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 - http://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 : http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/enforcement_study_2009.pdf - National Court judgments on State aid: http://ec.europa.eu/competition/court/state_aid_judgments.html. Voy., à la suite de ces études, J. DERENNE, A. MÜLLER-RAPPAUD et C. KACZMAREK (eds), « Enforcement of EU State Aid Law at National Level 2010 », Reports from 27 Member States, 2010, Lexion, Berlin, p. 393.

17 Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts, 2019 : <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0219428enn.pdf> - online database: <https://state-aid-caselex-accept.mylbit.nl>.

18 Communication sur la récupération des aides d'État illégales et incompatibles avec le marché intérieur (« Recovery Notice », JOUE, C247, 23 juillet 2021, pp. 1-23) et communication relative à la mise en œuvre des règles en matière d'aides d'État par les juridictions nationales (« Enforcement Notice », JOUE, C305, 30 juillet 2021, pp. 1-28). Ces deux communications remplacent celles qui avaient directement suivi les études de 2006 et de 2009 : d'une part, la « 2007 Recovery Notice » (JOUE, C 272, 15 novembre 2007, p. 4) et, d'autre part, la « 2009 Enforcement Notice » (JOUE n° C 85, 9.04.2009, 1). Voy. sur les communications la « 2009 Recovery Notice » (JOUE n° C 85, 9.04.2009, p. 25 ; sur la communication « Enforcement » de 2009 : J. DERENNE, *Revue Concurrences*, n° 1, 2008, pp. 149-155 « récupération » de 2021 : J. DERENNE, *Revue Concurrences*, n° 4, 2021, pp. 104-107.

19 En vertu du principe de primauté du droit de l'Union (arrêt du 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, EU:C:1963:1 ; arrêt du 15 juillet 1964, *Costa/E.N.E.L.*, 6/64, EU:C:1964:66 ; arrêt du 9 mars 1978, *Simmmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49), les juridictions nationales ont l'obligation d'assurer le plein effet des dispositions du droit de l'Union, au besoin en laissant inappliquée, de leur propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale (y compris le principe de l'autorité de la chose jugée dans certaines circonstances notamment en matière d'aides d'État comme expliqué *infra*). L'arrêt *Costa / ENEL* précité est l'arrêt qui déclare l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE « d'effet direct », c'est-à-dire dont la violation peut être invoquée devant les juridictions nationales, ouvrant la voie au développement jurisprudentiel qui s'en suivra.

20 Article 29 du règlement de procédure : « 1. Aux fins de l'application de l'article 107, paragraphe 1, et de l'article 108 du TFUE, les juridictions des États membres peuvent demander à la Commission de leur fournir des informations en sa possession ou un avis sur des questions relatives à l'application des règles en matière d'aides d'État.

13 Voy. *infra*, section 2. En France, à la suite d'un régime d'aides illégales et incompatibles que l'État français a été obligé de récupérer auprès de bénéficiaires, l'État a été condamné à les indemniser car ils avaient entretemps renoncé à des mesures de délocalisation dont ils avaient perdu l'avantage financier pour recevoir les aides (illégal) promises : tribunal administratif de Grenoble, n° 010241, 15 octobre 2003, Société Stéphane Kélian (médit – rejet pour défaut de lien causal) ; tribunal administratif de Clermont-Ferrand, n° 0101282, 23 septembre 2004, SA Fontanille, A.J.D.A., 2005, jurisprudence, p. 385 ; cour d'appel administrative de Paris, n° 04PA01092, 23 janvier 2006, Société Groupe Salmon Arc-en-Ciel (voy. M. DISANT, « Le juge administratif et l'obligation communautaire de récupération d'une aide incompatible », *RFD*, 2007, p. 547 ; A. MÜLLER-RAPPAUD, J. BOUSIN et J. DERENNE, « France », *of National Law and Practice*, Kluwer Law International, 2007, pp. 179-201 ; J. DERENNE, Chapitre 10, in P. F. NEMITZ (ed.), *Effective Application of EU State Aid Procedures: The Role of National Law and Practice*, Kluwer Law International, 2007, pp. 179-201 ; J. DERENNE, A. MÜLLER-RAPPAUD et C. KACZMAREK (eds), « Enforcement of EU State Aid Law at National Level 2010 », Reports from 27 Member States, 2010, Lexion, Berlin, pp. 135-155 ; J. GOYER et M. DONS, « Damages Claims Based on State Aid Law Infringements », *European State Aid Law Quarterly*, n° 3, 2017, pp. 418-430).

14 Voy. arrêt *SFEI*, *infra*.

15 Voy., pour une étude récente, V. NOÛT et S. THOMAS, « Locus Standi in State Aid Litigation After *Montessori* », *European State Aid Law Quarterly*, 4|2021, pp. 512-528.

TFUE²¹. La jurisprudence est donc la source principale de droit pour les juridictions nationales, ce qui peut expliquer en partie leur méconnaissance des règles applicables (mais aussi des conseils des justiciables).

C'est l'arrêt *SFEI* de 1996²² qui a, le premier, systématisé ce rôle distinct et complémentaire des juridictions nationales et de la Commission. Il est utile de le citer plutôt que de le paraphraser (retour au texte original !) :

« [L']interdiction de principe des aides d'État n'est ni absolue ni inconditionnelle puisque notamment l'article [107], paragraphe 3, accorde à la Commission un large pouvoir d'appréciation en vue d'admettre des aides par dérogation à l'interdiction générale dudit paragraphe 1 [...] ».

Pour ce motif, le traité a prévu, en son article [108], une procédure spéciale organisant l'examen permanent et le contrôle des aides par la Commission. En ce qui concerne les aides nouvelles que les États membres auraient l'intention d'instituer, il est établi une procédure préalable sans laquelle aucune aide ne saurait être considérée comme régulièrement instaurée. En vertu de l'article [108], paragraphe 3, première phrase, du traité, les projets tendant à instituer ou à modifier des aides doivent être notifiés à la Commission préalablement à leur mise en œuvre.

Celle-ci procède alors à un premier examen des aides projetées. Si, au terme de cet examen, il lui apparaît qu'un projet n'est pas compatible avec le marché [intérieur], elle ouvre sans délai la procédure d'examen contradictoire prévue à l'article [108], paragraphe 2. Il ressort de l'article [108], paragraphe 3, dernière phrase du traité que, tout au long de la phase préliminaire, l'État membre concerné ne peut mettre à exécution le projet d'aide. En cas d'ouverture de la procédure d'examen contradictoire, cette

2. Lorsque l'application cohérente de l'article 107, paragraphe 1, ou de l'article 108 du TFUE l'exige, la Commission, agissant de sa propre initiative, peut soumettre des observations écrites aux juridictions des États membres responsables de l'application des règles en matière d'aides d'État. Avec l'autorisation de la juridiction concernée, elle peut aussi présenter des observations orales.

Avant de présenter formellement ses observations, la Commission informe l'État membre concerné de son intention de le faire.

Aux seules fins de l'élaboration de ses observations, la Commission peut demander à la juridiction compétente de l'État membre de transmettre tout document à disposition de la juridiction qui serait nécessaire à la Commission pour l'appréciation de l'affaire ».

21 Article 15 du règlement (CE) 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE, L1, 4 janvier 2003, pp. 1-25.

22 Arrêt du 11 juillet 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e.a. c. La Poste e.a.*, C-39/94, EU:C:1996:285, pts 36 à 45. J'ai eu l'honneur de plaider cette affaire pour DHL, FedEx et autres, aux côtés de mon mentor, E. MORCAN DE RIVERY – c'était d'ailleurs ma première plaidoirie à Luxembourg, en octobre 1995 ; cet arrêt trouve certaines prémices dans un arrêt de 1991 qui avait jugé qu'une décision de compatibilité de la Commission ne pouvait régulariser a posteriori le caractère illégal d'une aide octroyée auparavant (arrêt du 21 novembre 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e.a./France*, C-354/90, EU:C:1991:440, pts 11 et 12).

interdiction subsiste jusqu'à l'adoption de la décision de la Commission sur la compatibilité du projet d'aide avec le marché [intérieur] [...].

L'intervention des juridictions nationales, quant à elle, résulte de l'effet direct reconnu à l'interdiction de mise à exécution des projets d'aide édictée par l'article [108], paragraphe 3, dernière phrase. À cet égard, la Cour a précisé que le caractère immédiatement applicable de l'interdiction de mise à exécution visée par cet article s'étend à toute aide qui aurait été mise à exécution sans être notifiée et que, en cas de notification, il se produit pendant la phase préliminaire et, si la Commission engage la procédure contradictoire, jusqu'à la décision finale [...].

Les juridictions nationales doivent garantir aux justiciables que toutes les conséquences d'une violation de l'article [108], paragraphe 3, dernière phrase, du traité en seront tirées, conformément à leur droit national, en ce qui concerne tant la validité des actes d'exécution que le recouvrement des soutiens financiers accordés au mépris de cette disposition ou d'éventuelles mesures provisoires [...].

Dans le cadre du contrôle du respect par les États membres des obligations mises à leur charge par les articles [107] et [108] du traité, les juridictions nationales et la Commission remplissent des rôles complémentaires et distincts.

Lorsqu'elles tirent les conséquences d'une violation de l'article [108], paragraphe 3, dernière phrase, les juridictions nationales ne peuvent pas se prononcer sur la compatibilité des mesures d'aide avec le marché [intérieur], cette appréciation relevant de la compétence exclusive de la Commission, sous le contrôle de la Cour [...].

Quant à la Commission, elle ne peut, contrairement aux juridictions nationales, ordonner la restitution d'une aide d'État au seul motif qu'elle n'a pas été notifiée conformément à l'article [108], paragraphe 3, du traité [...]. Elle doit d'abord, après avoir mis l'État membre concerné en mesure de s'exprimer à cet égard, en joindre à celui-ci, par une décision provisoire, en attendant le résultat de l'examen de l'aide, de suspendre immédiatement le versement de celle-ci et de fournir à la Commission, dans le délai qu'elle fixe, tous les documents, informations et données nécessaires pour examiner la compatibilité de l'aide avec le marché [intérieur]. Ce n'est que si l'État membre omet, nonobstant l'injonction de la Commission, de fournir les renseignements sollicités, que celle-ci a le pouvoir de mettre fin à la procédure, de prendre la décision constatant la compatibilité ou l'incompatibilité de l'aide avec le marché [intérieur] sur la base des éléments dont elle dispose et, le cas échéant, d'exiger la récupération du montant de l'aide déjà versé [...].

Dans ces conditions, 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, ne saurait décharger les juridictions 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 États membres de l'interdiction de mise à exécution des projets d'aide. Étant 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 ».

Voilà les principes généraux du contrôle complémentaire mais distinct, par la Commission et les juridictions nationales, des aides d'État, repris de façon constante par la Cour et le Tribunal dans leurs arrêts ultérieurs.

L'évolution de la jurisprudence européenne a clarifié toute une série de questions, avec notamment les arrêts *CELF* (I et II) et *Deutsche Lufthansa*, venant nuancer ces principes sur les points suivants :

– si une décision de la Commission déclarant la compatibilité d'une aide « illégale » avec le marché intérieur ne peut régulariser a posteriori les actes d'exécution de ces aides, les juridictions nationales ne sont pas obligées d'en ordonner la récupération mais elles doivent néanmoins garantir aux justiciables que toutes les conséquences de cette illégalité seront tirées, notamment en ordonnant la récupération des intérêts au titre de la période d'illégalité, conformément à leur droit national²³ ;

– les juridictions nationales ont l'obligation d'adopter des mesures provisoires si l'existence d'une aide d'État ne fait aucun doute ; si l'aide est sur le point d'être, ou a été, mise à exécution et si aucune circonstance exceptionnelle rendant inappropriée une récupération n'a été constatée²⁴ ;

– les juridictions nationales doivent prendre toutes les mesures propres à assurer l'exécution de leurs obligations découlant du droit de l'Union et s'abstenir de prendre des décisions susceptibles de mettre en péril la réalisation des objectifs des traités, notamment s'abstenir de prendre des décisions allant à l'encontre d'une décision de la Commission qui qualifie, même provisoirement, une mesure étatique d'aide d'État dans le cadre d'une décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen en vertu de l'article 108, paragraphe 2, TFUE²⁵ ; autrement dit, à la suite d'une telle

²³ Arrêt du 12 février 2008, *CELF et ministre de la Culture et de la Communication (CELF I)*, C-199/06, EU:C:2008:79, pts 52-55 ; en vertu de son droit national, le juge peut, le cas échéant, ordonner en outre la récupération de l'aide illégale, sans préjudice du droit de l'État membre de mettre celle-ci à nouveau à exécution, ultérieurement ; le juge national peut également octroyer des dommages et intérêts en compensation du dommage résultant du caractère illégal de l'aide.

²⁴ Arrêt du 11 mars 2010, *CELF et ministre de la Culture et de la Communication (CELF II)*, C-1/09, EU:C:2010:136, pt 36.

²⁵ Arrêt du 21 novembre 2013, *Deutsche Lufthansa*, C-284/12, EU:C:2013:755, pt 41.

décision d'ouverture, une juridiction nationale ne peut considérer que la mesure concernée ne constitue pas une aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, sous peine de mettre en échec l'effet utile de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE²⁶. Si, toutefois, la juridiction nationale voulait remettre en cause cette qualification de la Commission, elle ne peut le faire qu'en procédant à un renvoi préjudiciel en appréciation de validité auprès de la Cour de justice de l'Union européenne²⁷.

D'autres apports, sans être exhaustifs, méritent d'être cités également ici :

– s'agissant de l'application du règlement général d'exemption par catégorie (« RGEC » précité²⁸), la Cour a confirmé que les obligations de notification et de suspension des projets d'aides lient non seulement les juridictions nationales, mais également tous les organes de l'administration des États membres ; lorsqu'une juridiction nationale apprécie si une mesure d'aide a été mise à exécution légalement, elle doit vérifier si les conditions prévues par le RGEC ont été respectées afin d'établir que la mesure était exemptée de l'obligation de notification ; à ce titre, si ce règlement d'exemption n'a pas pour objet de transférer aux États membres l'appréciation de la compatibilité des aides d'État avec le marché intérieur, qui demeure de la compétence exclusive de la Commission, la juridiction nationale doit vérifier si les autorités nationales ont octroyé une aide qui respecte pleinement les conditions générales et spécifiques du RGEC, selon une interprétation stricte²⁹ ;

– le principe de la prescription de dix ans limitant les pouvoirs de la Commission en matière de récupération des aides illégales et incompatibles (article 17 du règlement de procédure) ne s'applique pas aux

²⁶ *Ibid.*, pt 38.

²⁷ Voy. sur cette question, J. DERENNE et C. CHILARU, « Renvoi préjudiciel en appréciation de validité et recours en annulation : quelle protection juridictionnelle effective en particulier en matière d'aides d'État ? », *RAE-LEA*, 2019/2, pp. 267-275.

²⁸ Voy. note 8, *supra*.

²⁹ Arrêt du 5 mars 2019, *Esti Pagor*, C-349/17, EU:C:2019:172, pt 60, 61 et 68 et 90-92 ; les critères pour l'application d'une exemption doivent être clairs et simples à appliquer et leur vérification par la juridiction nationale ne devrait pas nécessiter d'effectuer des appréciations économiques au cas par cas. Voy. sur cet arrêt, C. Burs et P. STAWICZKI, « *Esti Pagor*: A Formalistic Approach to Incentive Effect and Recovery Procedures », *European State aid Law Quarterly*, 4/2021, pp. 546-559.

juridictions nationales³⁰ dont les règles de prescription restent régies par le droit national, sous réserve des principes d'équivalence et d'effectivité³¹ ;

– selon le principe d'effectivité, les règles nationales relatives à la qualité pour agir et à l'intérêt à agir des justiciables devant les juridictions nationales ne doivent pas porter atteinte à leur droit à une protection juridictionnelle effective des droits que leur confère le droit de l'Union : leur qualité pour agir ne repose pas sur l'existence d'une relation de concurrence avec le bénéficiaire de l'aide³² ;

– la primauté du droit de l'Union s'oppose à ce que la règle nationale de l'autorité de la chose jugée limite la compétence exclusive de la Commission pour apprécier la compatibilité des aides d'État³³ : ainsi, le fait qu'une juridiction nationale ait écarté l'existence d'une aide d'État en rapport avec une mesure ne saurait empêcher la Commission de conclure ultérieurement que la mesure en cause constitue une aide d'État illégale et incompatible avec le marché intérieur, même s'il s'agit d'une décision rendue par une juridiction nationale statuant en dernier ressort et si l'autorité de la chose jugée s'étend aux moyens en droit qui auraient pu être invoqués dans la procédure juridictionnelle, mais ne l'ont pas été³⁴.

Beaucoup d'autres sujets pourraient être développés sur le thème de la mise en œuvre par les juridictions nationales des règles sur les aides d'État. On désignera cette pratique comme le « *State aid national enforcement* »,

³⁰ Arrêt *Esti Pagar* précité, pt 110. Voy. aussi arrêt du 23 janvier 2019, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, C-387/17, EU:C:2019:51, pt 66.

³¹ Le droit national (auquel renvoie notamment le droit des aides d'État pour la procédure : principe de l'autonomie procédurale) ne doit pas être moins favorable, lors de l'application de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE, que celui régissant des situations similaires de nature interne (« principe d'équivalence ») ni être aménagé de manière à rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union (« principe d'effectivité ») : voy., par exemple, arrêt du 3 septembre 2009, *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08, EU:C:2009:506, pts 24.

³² Arrêt du 13 janvier 2005, *Sreekgewest*, C-174/02, EU:C:2005:10, pts 18 et 19.

³³ Voy., à ce sujet, J. DERENNE, « L'autorité de chose jugée à l'épreuve du droit de l'Union européenne – Du principe d'effectivité en général et des règles spécifiques en matière d'aides d'État en particulier », in V. GIACOBBO et Chr. VENDURE (éd.), *Contenieux du droit de la concurrence de l'Union européenne : questions d'actualité et perspectives*, Larcier, Bruxelles, 2017, pp. 349-383.

³⁴ Arrêt du 18 juillet 2007, *Lucchini*, C-119/05, EU:C:2007:434, pts 61 à 63 ; arrêt du 11 novembre 2015, *Klausner Holz Niedersachsen*, C-505/14, EU:C:2015:742, pts 30, 42-45 ; arrêt du 4 mars 2020, *Buonotaurist c. Commission*, C-586/18 P, EU:C:2020:152, pts 92 à 96 ; arrêt du 4 mars 2020, *CSTP Azienda della Mobilità c. Commission*, C-587/18 P, EU:C:2020:150, pts 92 à 96 ; Voy. également, *mutatis mutandis*, en dehors des aides d'État : arrêt du 3 septembre 2009, *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08, EU:C:2009:506, pts 22 à 25 ; arrêt du 2 avril 2020, C-370/17 et C 371/18, *CRPNPAC c. Vueling Airlines SA et. Vueling Airlines c. Jean-Luc Poignant*, EU:C:2020:260, pt 87.

à préférer à l'expression de « *private enforcement* ». En effet, les juridictions nationales peuvent être amenées, pour appliquer le droit des aides d'État, à agir tant dans le cadre d'actions « privées » (actions des tiers, concurrents ou bénéficiaires contre des entreprises ou l'État) que d'actions « publiques » (actions de l'État visant à exécuter une décision de la Commission par exemple, en récupération)³⁵.

Section 3. Commentaires choisis

Sur le fondement de ce qui précède, je voudrais faire les quelques commentaires suivants relatifs à certaines déficiences actuelles du contrôle des aides d'État et sur les progrès nécessaires afin d'arriver à une plus grande effectivité, sur le modèle des règles de concurrence applicables aux entreprises (articles 101 et 102 TFUE).

Beaucoup de ces déficiences identifiées ne sont pas inévitables. La plupart ont pour origine en réalité la volonté politique des États membres d'éviter au droit des aides d'État d'être trop efficace, en particulier la partie « pathologique » du contrôle des aides d'État, celle des aides illégales.

Cependant, il convient de souligner que cette situation concerne moins le contrôle de la compatibilité de fond par la Commission qui est fondée sur une coopération assez équilibrée et constructive entre la Commission et les États membres.

§ 1. Identification des situations d'aides illégales

A. Prévention et formation

Un premier point d'attention, parmi les quelques déficiences du contrôle des aides d'État, réside dans le manque de moyens pour identifier

³⁵ Pour aller plus loin, voy., notamment, L. GRABO, « Droit des aides d'État et préjudice économique : l'autre visage du private enforcement », *Revue Concurrences*, n° 4, 2021, pp. 40-48 ; J. DERENNE, C. BARBU-O'CONNOR et C. CHILARU, « Remedies in State Aid », in D. GERARD et A. KOMNINOS (eds), *Remedies in EU Competition Law - Substance, Process and Policy, Proceedings of the 2019 Annual Conference of the Global Competition Law Centre (GCLC) of the College of Europe, Kluwer Law International*, juin 2020, pp. 350, pp. 95-118 ; J. DERENNE et C. BARBU-O'CONNOR, « State Aid and Private Enforcement: An Overview of EU and National Case Law », *2020 Competition Case Law Digest, A synthesis of EU, US and national leading cases, Concurrences*, mai 2020, pp. 167-186 ; A. UMMEN ALMEIDA, « Private Enforcement of EU State Aid Law Through Damages Claims », *European State Aid Law Quarterly* 18, 2/2019, p. 173 ; J. GOYDER et M. DONS, « Damages Claims Based on State Aid Law Infringements », *European State aid Law Quarterly*, 2017/3, pp. 418-430 ; J. DERENNE, « Juge national et récupération d'aide illégale : enseignements des arrêts "CELF & If" », *RDC*, n° 2010-7, pp. 673-684.

et prévenir, au niveau national, les violations du droit des aides d'État. C'est la moindre des choses : autant prévenir que guérir en cette matière.

Encore que tel ne serait précisément pas l'objectif premier des États membres, qui feraient plutôt le pari du gain (illégal) à court terme pour des raisons politiques pour renvoyer à plus tard (et souvent à un autre gouvernement) la recherche d'une solution au problème créé par des mesures illégales (avec notamment des sanctions pécuniaires de plus en plus souvent poursuivies par la Commission et appliquées par la Cour de justice en vertu de l'article 260 TFUE). Procès d'intention³⁶ ?

Toujours est-il que les efforts de prévention et de formation (notamment des juges nationaux ou même des auxiliaires de justice que sont les avocats) viennent plutôt de la Commission et moins des États membres. La Commission fait ce qu'elle peut et multiplie les programmes de formation, les soutiens financiers aux initiatives privées, notamment des barreaux, à cet égard. Mais, pour y avoir contribué souvent (en France, en Belgique, en Pologne, en Estonie et en Finlande ; à Luxembourg avec l'ERA, l'Académie de droit européen), je peux témoigner que ces formations ne parviennent pas à toucher un nombre suffisant de personnes, juges et avocats.

La carence provient aussi des programmes universitaires qui incluent, certes, le droit européen, et le droit de la concurrence, d'une manière plus largement répandue qu'il y a 20 ou 30 ans³⁷, mais encore bien trop peu, ou pas du tout, le droit des aides d'État, qui reste un parent pauvre du droit de la concurrence, dans son enseignement de base, en master de droit. Cela devrait changer.

Au-delà de la formation des juristes (y compris des fonctionnaires des administrations nationales), la prévention des violations du droit des aides d'État (ou, à tout le moins, des risques excessifs pris dans des situations peu claires qui justifieraient d'impliquer plus systématiquement la Commission *avant* d'adopter des mesures) ne fait pas encore partie d'un mécanisme structurel au sein des États membres.

Sans pouvoir faire ici une analyse détaillée à ce sujet, mentionnons quelques exemples.

³⁶ Voy. J. DÉRÉNNE, « Aides d'État : les États membres font-ils partie de la solution ou du problème ? », *Rev. Dr. Ulg*, 2019-1, spéc. p. 204.

³⁷ À ce titre, on remarquera que l'Université de Liège, où j'ai l'honneur d'enseigner, a été une pionnière en la matière depuis 1963 (voy. L. AZOULAI, « La révolution introduite par Pierre Pescatore dans l'étude du droit communautaire européen » in *Special issue: Hommage à Pierre Pescatore*, *Rev. Dr. Ulg*, 2010, 55, 4, pp. 469-478) ou même plus tôt avec le professeur Fernand Dehousse, fondateur de l'Institut d'études juridiques européennes.

Dans la plupart des « anciens » États membres (avant 2004), il n'existe pas de service central d'« aides d'État », d'une institution qui soit spécifiquement compétente pour conseiller, d'une manière *indépendante*, le pouvoir exécutif ou le pouvoir législatif pour identifier les questions d'aides d'État, prévenir toute violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE ou toute mauvaise interprétation du RGEC, notamment.

En France et en Belgique, nous avons bien le Conseil d'État, dans ses attributions de « section législative ». Mais ses « avis », souvent savants mais rédigés dans l'urgence contrainte par les gouvernants, n'ont pas d'effet obligatoire. L'expérience montre qu'ils ont tendance à ne pas toujours être pris en compte, précisément dans les situations les plus délicates, les plus politiques et les plus risquées sous le rapport du respect du droit des aides d'État. Le Conseil d'État de France comprend toutefois un « service du droit européen » qui se focalise plus particulièrement sur ces questions et notamment les aides d'État³⁸. Mais, cela reste de l'ordre du « conseil du prince »³⁹.

Dans les États membres plus récents (depuis 2004), le processus d'adhésion a créé un mécanisme « d'acquis communautaire » qui fait que leurs autorités nationales de concurrence ont un département d'aides d'État qui fonctionne notamment comme service centralisé chargé de l'analyse de ces questions pour les pouvoirs exécutif et législatif et pour la préparation des notifications à la Commission. C'est plus efficace et gage de plus de protection contre les déviations des règles, pourvu que ces autorités puissent jouir de toute l'indépendance nécessaire (ce qui est parfois particulièrement délicat en matière d'aides d'État précisément).

Un exemple, déjà mentionné lors de notre étude pour la Commission en 2006 et dans nos ouvrages depuis, notamment en 2010⁴⁰, pourrait être étendu à tous les États membres. À Chypre, il existe un « commissaire aide d'État » (*Office of the Commissioner for State Aid Control*) dont la fonction est précisément de prévenir toutes ces difficultés d'application et de respect des règles sur les aides d'État par le gouvernement et le parlement chypriotes. Ce commissaire est un « fonctionnaire indépendant », nommé par le Conseil des ministres en consultation avec la

³⁸ Il existe un conseiller d'État « délégué au droit européen » à la section du rapport et des études.

³⁹ En France, on se doit de mentionner l'existence d'un guide sur les aides d'État à destination des autorités publiques qui est très complet et régulièrement mis à jour. Toutefois, il n'existe pas de mécanisme d'intervention et de prévention intégré à l'administration qui permettrait, par exemple, d'empêcher l'adoption d'une mesure litigieuse.

⁴⁰ Voy. C. LYCOURGOS, chapitre sur Chypre, in J. DÉRÉNNE, A. MÜLLER-RAPPARD et C. KACZMAREK (eds), « Enforcement of EU State Aid Law at National Level 2010 », *Reports from 27 Member States*, 2010, Lexxion, Berlin, pp. 63-76.

commission parlementaire des affaires européennes, qui a notamment les compétences suivantes :

- adopter des décisions *juridiquement contraignantes* sur la compatibilité avec les règles relatives aux aides d'État des projets de mesures d'aide accordées sur la base du RGEF ;
 - évaluer et émettre des avis motivés non contraignants sur la compatibilité avec les règles relatives aux aides d'État de tous les autres projets d'aide ;
 - appliquer le règlement de procédure ;
 - contrôler la mise en œuvre et l'impact final de toutes les aides accordées ;
 - recueillir les rapports d'activité des autorités octroyant des aides pour en contrôler la mise en œuvre et l'impact ;
 - soumettre à la Commission toutes les informations concernant les aides d'État accordées à Chypre ;
 - collecter, compiler et contrôler toutes les informations concernant les aides d'État ;
 - préparer et tenir à jour un inventaire central actualisé de toutes les aides, y compris des aides de minimis⁴¹ ;
 - former toutes les autorités chargées de l'octroi des aides et les autres parties concernées aux questions relatives aux aides d'État ;
 - rédiger un rapport annuel, avec des commentaires et des suggestions, ainsi qu'un rapport statistique annuel sur toutes les aides d'État accordées à Chypre ;
 - représenter Chypre au niveau européen sur toute question de développement ou de mise en œuvre de la politique en matière d'aides d'État.
- Dans la pratique, le commissaire chypriote jouit de prérogatives lui permettant de mener un contrôle a priori et a posteriori. Il peut ainsi notamment intervenir pour bloquer l'adoption de mesures dont la notification préalable à la Commission n'était pas envisagée ou pour procéder à la récupération d'aides illégales, même en dehors de toute intervention d'une juridiction⁴².

⁴¹ C'est un élément important pour pouvoir contrôler la seule obligation, en droit des aides d'État, qui pèse sur un *bénéficiaire* : celle de déclarer le montant de toutes les aides reçues afin de vérifier si le plafond de *minimis* n'est pas dépassé. La Croatie a également ce même inventaire centralisé. On est loin du compte sur ce point, à ma connaissance, dans les autres États membres.

⁴² Ce dernier type d'intervention a anticipé sur ce point une jurisprudence de la Cour de justice (arrêt *Estif Pagar précité*) confirmant que les autorités nationales sont obligées, de leur propre initiative, de procéder à la récupération d'une aide illégalement octroyée en violation du RGEF, sans attendre un jugement à cet égard.

Ces outils de « surveillance » des gouvernements et, surtout, des parlements, manquent dans tous les autres États membres. En réalité, c'est là que le problème se pose. Le plus souvent, c'est en pleine nuit, de guerre lasse, au parlement ou au conseil des ministres, à l'occasion de l'adoption d'un texte délicat, qu'il faut pouvoir agir avant que « l'irréversible » n'intervienne...

B. Attitude du juge national

Un dernier point s'agissant de l'action du juge national : une décision de justice peut être, dans certaines circonstances, source d'aide d'État et donc constituer une aide illégale si cette aide n'a pas été notifiée à la Commission et approuvée par celle-ci. Le juge est également une composante de « l'État » au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

Dans une affaire un peu spécifique, un juge avait octroyé des mesures provisoires qui prolongeaient l'application d'un contrat de fourniture d'électricité à des conditions préférentielles au-delà de son terme. Il se fait que ce contrat contenait des éléments d'aide « existante » (antérieure à l'adhésion de l'État membre concerné) et la prolongation, même à titre provisoire, de ce contrat par l'office du juge entraînait l'octroi d'une aide « nouvelle », soumise à l'obligation de suspension préalable et de notification à la Commission.

La Cour de justice a confirmé qu'une telle décision de référé d'un juge national peut avoir pour effet l'octroi d'une aide d'État. La Cour de justice s'est fondée sur l'obligation de coopération loyale entre, d'une part, les juridictions nationales et, d'autre part, la Commission et les juridictions de l'Union, dans le cadre de laquelle « les juridictions nationales doivent prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du droit de l'Union et s'abstenir de prendre celles qui sont susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du traité [...], en particulier, s'abstenir de prendre des décisions allant à l'encontre d'une décision de la Commission ». Ainsi, même statuant en référé, une juridiction nationale saisie d'un litige portant sur un contrat est tenue de notifier à la Commission, « toutes les mesures qui affectent l'interprétation et l'exécution dudit contrat qui peuvent avoir des incidences sur le fonctionnement du marché intérieur, sur le jeu de la concurrence ou simplement sur la durée effective, pendant une période déterminée, d'aides qui demeurent existantes »⁴³.

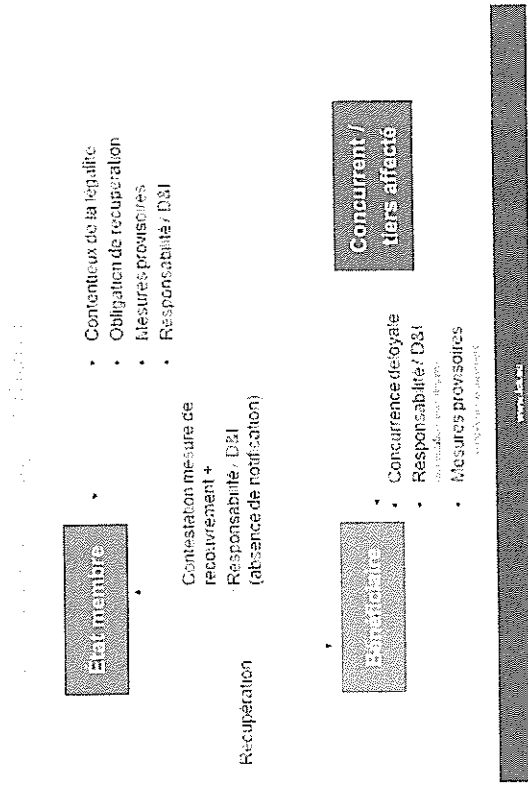
⁴³ Arrêt du 26 octobre 2016, *Dimostia Epicheirisi Ilektrismou AE (Déf) et Commission c. Alourmition tis Ellados VEAE*, C-590/14 P, EU:C:2016:797, pts 105 et 106.

On peut douter que tous les juges nationaux soient bien conscients de leurs obligations à cet égard.

§ 2. Variété des voies de droit ouvertes devant le juge national

Il n'est pas possible ici de revenir en détail sur toutes les voies de droit ouvertes aux différents justiciables (tiers concurrents ou non, bénéficiaires, État membres) pour invoquer, devant le juge national, le respect de l'article 108, paragraphe 3 TFUE et/ou des décisions éventuellement adoptées par la Commission en vertu de ses pouvoirs exclusifs.

Par souci de concision (et de facilité), je me contenterai de reproduire ce schéma simplifié que j'utilise pour résumer la situation à mes étudiants LL.M à Liège :



Il suffit de suivre les flèches...

Bien sûr, toutes ces voies de droit ne se valent pas. En termes de difficultés juridiques ou même d'opportunité purement pratique.

L'action de l'État contre le bénéficiaire récalcitrant d'aide illégale ne souffre guère de problèmes, ni d'ailleurs l'action du tiers affecté à l'encontre de l'État ayant violé le droit (encore qu'il sera confronté à quelque difficulté de preuve de dommage et de causalité s'il cherche à réparer un

dommage subi). En revanche, l'action du concurrent (ou même du tiers contestant le paiement d'une taxe affectée exclusivement à la contribution d'une aide illégale) contre le bénéficiaire ou, plus difficile encore, la défense du bénéficiaire ou l'action en responsabilité par ce bénéficiaire contre l'État membre défaillant lui-même soulèvent plusieurs difficultés qui expliquent leur succès mitigé, sinon très limité, à ce jour.

Les deux premiers groupes d'actions sont indiscutables en droit. Avant de jeter un œil plus attentif sur les deux autres groupes d'actions (§ 3 et § 4 ci-après) pour identifier les difficultés qui restent à surmonter en l'absence de plus amples clarifications jurisprudentielles ou même législatives (si on pouvait en rêver), faisons toutefois une pause sur les actions du tiers affecté par une aide illégale à l'encontre de l'État membre sur deux points : d'une part, l'existence d'une action « autonome » possible (A) et d'autre part, l'action en dommages et intérêts qui sera souvent très difficile à développer (B).

A. Action « autonome »

La question de l'action « autonome » vient de l'utilité, dans certains cas, de pouvoir invoquer devant un juge national un moyen tiré de la présence d'une aide d'État illégale d'une « façon autonome » en ce sens qu'une telle action serait fondée sur le seul article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE en s'affranchissant en quelque sorte du « carcan » d'une voie de recours de droit national. L'objectif serait de pouvoir éviter toute prescription⁴⁴ qui grèverait toute action en annulation, action en concurrence déloyale ou action en responsabilité aquilienne (demande de dommages et intérêts). Ce type d'action consisterait en substance en une sorte d'action « déclaratoire » dont l'utilité peut dépendre des circonstances.

Elle peut être trouvée dans l'expression la plus simple et naturelle de l'action diligentée devant un juge national sur le fondement de la violation de l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE, à savoir une action en constatation d'aide illégale (action déclaratoire) et en restitution de cette aide à l'État dispensataire, au travers soit d'une demande faite à l'État en cause, soit même d'une demande faite au bénéficiaire directement.

En vertu de la jurisprudence précitée, l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE contient, en lui-même, le fondement juridique d'une

⁴⁴ On rappellera ici (voy. note (30) que la prescription de dix ans prévue par l'article 17 du règlement de procédure ne s'applique pas aux juridictions nationales dont les règles de prescription restent régies par le droit national, sous réserve des principes d'équivalence et d'effectivité.

action en restitution d'une aide illégale devant un juge national. Cette action peut être dirigée à la fois contre l'État membre ou contre le bénéficiaire. Elle peut se limiter à cette seule demande de restitution comme la conséquence demandée de la constatation de la méconnaissance (par l'État membre) de l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE. Dans ce cas, l'action devant le juge peut être qualifiée d'« autonome » car elle n'est fondée que sur le seul article 108, paragraphe 3, TFUE et n'est pas soumise à des conditions propres à l'action nationale qui en serait le canal. Si elle ne vise ni à obtenir une mesure provisoire, ni des dommages et intérêts, ni l'annulation de l'acte national portant exécution de l'aide illégale, l'action ne s'insère pas dans un recours de droit national qui devrait la mettre en œuvre. Elle constitue alors la forme la plus simple et directe d'application, en droit national, des droits tirés de la violation de l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE. Il s'agit d'une action en prévention (action déclaratoire) ou d'une action en restitution.

Le bénéficiaire ne peut y opposer une prétendue confiance légitime dans la légalité de l'aide dès lors que la législation ou le comportement de l'État membre en cause ne peut lui procurer aucune assurance qui lui permettrait de s'opposer au remboursement d'une aide illégale⁴⁵.

L'arrêt *SFEI* précité vient d'ailleurs conforter cette interprétation. DHL et Fedex (et l'organisation professionnelle des opérateurs de courrier express en France, « SFEI » renommée « UFEX » par après)⁴⁶ avaient diligemment une action devant le tribunal de commerce de Paris en 1994 contre La Poste et Chronopost notamment comme bénéficiaires d'aides d'État (alléguées comme telles) illégales qui résulteraient de l'assistance logistique et commerciale de La Poste à Chronopost par l'utilisation des ressources du monopole postal à des conditions préférentielles par rapport au prix de marché de ces services. L'action visait à faire stopper les mesures, à faire restituer les avantages en résultant (et donc à faire payer le prix de marché des services litigieux) et, en outre, à obtenir des dommages et intérêts visant à réparer le préjudice causé par ce comportement. Si le fondement de cette dernière demande était l'ancien article 1382 du Code civil français et la notion de faute aquilienne pour concurrence déloyale, le fondement du reste de l'action (restitution des avantages) était « autonome » dans le

sens évoqué plus haut : en effet, seule la présence d'une aide illégale dans le chef du bénéficiaire allégué (Chronopost) en constituait le fondement.

Dans son arrêt préjudiciel de juillet 1996, la Cour de justice confirme ce fondement autonome en affirmant l'obligation du juge national de tirer toutes les conséquences de la violation de l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE. Ce n'est que s'agissant de la demande additionnelle de réparation, par le bénéficiaire, des dommages causés par l'aide illégale alléguée, que la Cour de justice rejette tout fondement de droit européen à cette obligation dans le chef du bénéficiaire (rejet de l'effet direct horizontal demandé) tout en fondant cette obligation dans le droit *national* de la responsabilité aquilienne.

L'affaire *SFEI* peut donc servir de précédent au principe « d'action autonome » en vertu de l'article 108 TFUE, sans avoir recours à une procédure de droit national (comme c'est le cas pour l'action en dommages et intérêts). L'action dans cette affaire dépendait de multiples fondements différents et autonomes, tous étant liés par la seule condition préalable d'établir l'existence d'un aide illégale. Si l'on relit les fondements des demandes du *SFEI* e.a., on doit en conclure qu'une partie de ces demandes étaient des « actions autonomes » directement tirées de l'article 108, paragraphe 3⁴⁷.

L'arrêt *SFEI* constitue donc un précédent pertinent pour une action directe diligentée contre le bénéficiaire d'une aide illégale visant à sa restitution du seul fait de la violation de l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE par l'État membre concerné.

En ce sens, le jugement *SFEI* du tribunal de commerce de Paris est en partie similaire, quant à la nature de l'action envisagée, au jugement du tribunal de commerce de Bruxelles dans l'affaire « Agence Bruxelles-Propreté »⁴⁸ qui connaissait de demandes multiples allant de la « simple »

47 Parmi les chefs des demandes devant le tribunal de commerce de Paris, certains sont « autonomes » : « dire et juger que l'assistance logistique et l'assistance commerciale consenties par LA POSTE à la SFMI aux droits de laquelle vient GDEW et à CHRONOPOST à un prix inférieur au prix de marché, constituent [des aides] qui auraient dû être notifiées ; constater que ces mesures sont illicites car non préalablement notifiées à la Commission [...] ; ordonner à LA POSTE de cesser d'octroyer des subventions croisées au travers d'une assistance logistique et commerciale à GDEW, venant aux droits de la SFMI, en contrepartie d'une rémunération inférieure au prix de marché [...] ; demande de restitution à LA POSTE de l'intégralité des soutiens non notifiés et perçus depuis sa création [...] ».

48 Il s'agissait d'une action d'entreprises privées actives dans la collecte, le tri, le recyclage et le traitement des déchets et des sols pollués, ainsi que dans la production d'énergie verte contestant l'utilisation par Bruxelles-Propreté (organisme d'intérêt public créé par une ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 19 juillet 1990 qui a notamment pour mission la collecte et le traitement des déchets ménagers et qui est financée par des subventions régionales) de sa dotation publique pour offrir des prix inférieurs au prix du marché sur le segment commercial (collecte des déchets non ménagers). Voy. le jugement

45 Arrêt du 15 décembre 2005, *Unicredito*, C-148/04, EU:C:2005:774, pts 108-111 ; arrêt du 11 novembre 2004,

Daewoo Electronics Manufacturing España SA (Demesa) et *Territorio Histórico de Álava - Diputación Foral de Álava c. Comisión*, C-183/02 P et C-187/02 P, EU:C:2004:701, pt 44.

46 Par souci de *disclosure*, je rappelle que j'étais l'un des avocats des parties plaignantes (voy. note (22)).

restitution de l'aide illégale à l'octroi de dommages et intérêts (à titre provisionnel, puis d'un euro à titre symbolique puis à un défaut d'objet sur ce point à la suite du paiement de cet euro symbolique).

Ce type d'action « autonome » devant le juge national est encore trop rarement diligentée. Pourtant, elle pourrait contribuer aux effets dissuasifs de la violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, à la fois du point de vue de l'autorité étatique et de celui du bénéficiaire de la mesure litigieuse.

On rappellera enfin que tout opérateur affecté par l'octroi d'une aide illégale à un tiers a intérêt à agir contre cet octroi, même si celui-ci est à l'avantage d'un opérateur avec lequel il n'est pas dans un lien de concurrence⁴⁹. Il suffit d'établir que l'aide illégale affecte la situation de l'opérateur lésé par l'aide illégale octroyée à ce tiers bénéficiaire. Aucune concurrence actuelle ou potentielle n'est nécessaire pour pouvoir invoquer d'une manière « autonome » les droits tirés de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, au contraire d'une demande de réparation par des dommages et intérêts. L'avantage de cette action « autonome » est à trouver notamment dans son régime de prescription.

Une action en dommages et intérêts (contre l'État ou le bénéficiaire) se prescrit par cinq ans (en droit belge ou en droit français). Le point de départ de ce délai de prescription est bien sûr à établir. Pour une action contre

du tribunal de première instance de Bruxelles du 4 mai 2018 donnant droit à cette demande disant notamment pour droit que les crédits régionaux alloués à l'Agence Bruxelles-Propreté constituent une aide d'État dans la mesure de leur utilisation sur le marché concurrentiel des déchets non ménagers (voy. note C. Maczkowicz, « L'exercice partiel par le tribunal de première instance de Bruxelles de ses pouvoirs [voire de ses devoirs] en matière de contrôle des aides d'État en vertu de l'article 108, § 3 du TFUE », *Competitio*, 2018/4, pp. 371-377 ; voy. également nos commentaires sous l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles (Cour des marchés) du 28 février 2019, « La protection du tiers lésé par l'octroi illégal d'une aide d'État à son concurrent: une concurrence déloyale fondée indirectement sur une violation du droit européen », *RDC/TBH*, 2019/17, pp. 922-929 – à propos d'une action en cessation initiée par l'ASBL « Union générale belge du nettoyage » (UGBK), 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 car relevant d'une autre commission paritaire que celle des entreprises de nettoyage). Une autre affaire « Village n° 1 » a également donné lieu à un jugement du 22 avril 2020 du président du tribunal de l'entreprise du Brabant wallon. Sur appel déposé par Village n° 1, la cour d'appel de Bruxelles a adopté un autre arrêt, du 31 mars 2022 (inédit, rôle n° 2020/KR/38), par lequel elle se prononce sur des comportements similaires. Toutefois, à la suite d'un ajustement de la législation wallonne litigieuse (nouvel article 998 du Code en cause), la cour d'appel limite les ordres de cessation au 31 décembre 2020. Cet arrêt semble devoir être frappé de pourvoi.

⁴⁹ Voy. arrêt *Streekgewest* précité, note (32).

l'État, l'article 100 des lois coordonnées sur la comptabilité de l'État (belge) vient ajouter une difficulté supplémentaire. Une telle voie peut souvent être exclue pour des raisons *ratione temporis*, ce qui rend intéressant une action simple en restitution contre le bénéficiaire (ou l'État), qui constitue une action personnelle se prescrivant par dix ans depuis 1998 (article 2262bis du Code civil belge). Comme elle ne ferait pas intervenir une demande d'annulation (délais courts) ou de réparation d'un dommage (cinq ans), elle pourrait constituer l'action visant à soutenir une demande fondée sur la seule violation de l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE.

B. Action en dommages et intérêts

Passons à présent à l'action en dommages et intérêts.

Que ce soit contre l'État défaillant ou le bénéficiaire imprudent, elle n'a pas eu le succès qu'on pouvait escompter à la suite de l'arrêt *SFEI* (contre le bénéficiaire) ou de l'arrêt *CELF* (contre l'État) qui confirme, en matière d'aides d'État, le principe général, avec l'arrêt *Köbler* dans la lignée de l'arrêt *Francovich*, de l'obligation des États membres de réparer les dommages causés par leurs violations du droit de l'Union.

Il convient de distinguer à cet égard l'identité du demandeur : d'une part, le tiers affecté, concurrent ou non, à l'encontre de l'État, le plus souvent, ou, plus rarement, du bénéficiaire ; d'autre part, le bénéficiaire lui-même à l'encontre de l'État (dans les limites strictement entendues précisées ci-après).

1. Action diligentée par les tiers contre l'État ou le bénéficiaire

On ne peut s'expliquer le peu de succès rencontré par cette action que par deux motifs principaux tant les principes juridiques sont favorables à cette action en matière d'aides d'État : l'opportunité et les difficultés de preuve de l'étendue du dommage et du lien de causalité.

L'action dépend toujours d'un choix d'opportunité par les justiciables qui préfèrent sans doute souvent être pragmatiques et ne pas attaquer l'État membre dans un litige, long et difficile, alors qu'ils peuvent (prétendument) attendre beaucoup de celui-ci par ailleurs (marchés publics, autres avantages, contrats, etc.). Quelles que soient les améliorations juridiques qu'on puisse imaginer, on ne modifiera pas facilement cette réalité qui était déjà bien identifiée dans notre étude de 2006 pour la Commission : les actions devant le juge national sont principalement d'une nature « réactive » et non « pro-active ». Les justiciables prennent la peine de diligenter un procès pour ne pas payer une taxe illégale ou pour contester l'adjudication d'un marché public à un concurrent mais moins lorsqu'il

s'agit de démontrer un dommage à réparer avec les exigences de preuve de la réalité précise de ce dommage et, surtout, du lien de causalité directe entre ce dommage et l'octroi illégal d'une aide.

Pourtant, en matière d'aides d'État, la violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE remplit aisément les conditions pour mettre en jeu la responsabilité des États membres en vertu des principes prétoriens établis par la jurisprudence européenne. Cette responsabilité « de droit de l'Union », édictée par l'arrêt *Francovich* et la ligne jurisprudentielle qui a suivi, comprend trois conditions, dont les deux premières sont *très faciles* à remplir s'agissant de la violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE :

- la règle de droit de l'Union violée a pour objet de conférer des droits au justiciable ;
- la violation de cette règle est suffisamment caractérisée (méconnaissance manifeste du droit applicable ou de la jurisprudence bien établie) ;
- il existe un lien de causalité direct entre cette violation et le dommage subi.

Ce droit d'action contre l'État est tiré directement du droit de l'Union, sans que l'application de l'article 1382 du Code civil (belge) ou un autre régime de responsabilité de l'État (comme le régime particulier en droit français, par exemple) soit nécessaire. En revanche, le justiciable peut tenter de démontrer l'application des deux régimes cumulativement : celui tiré du droit européen et celui tiré du droit national.

La Cour de justice a donc déduit du droit européen lui-même un principe de responsabilité des États membres pour les dommages causés par les violations du droit européen qui leur sont imputables. On renverra au raisonnement bien connu de la Cour qui éclaire l'étendue des obligations de l'État membre⁵⁰. Ces obligations s'imposent à l'État en tant qu'unité : le principe de responsabilité de l'État est valable dans tous les cas de violation du droit européen par un État membre. Lorsqu'elle a développé ce régime de responsabilité, la Cour de justice a pris soin de préciser que ce principe est valable « quel que soit l'organe de l'État membre dont l'acte ou l'omission est à l'origine du manquement » et notamment que la violation soit « imputable au pouvoir législatif, judiciaire ou exécutif »⁵¹. Après avoir eu l'occasion de se prononcer sur la responsabilité de la législation, la Cour de justice a expliqué, dans son arrêt *Köbler*, l'importance de

la possibilité pour les particuliers d'obtenir réparation en cas de violation du droit européen imputable aux juridictions, et en particulier à celles statuant en dernier ressort⁵².

Les contours de la responsabilité de l'État pour violation du droit européen par son pouvoir judiciaire ont encore été précisés dans un arrêt *Traghetti* de 2006, puisque la Cour a déclaré contraire au droit européen une législation nationale qui excluait, de manière générale, la responsabilité de l'État membre imputable à une juridiction nationale, au motif que la violation en cause résultait d'une interprétation des règles de droit ou d'une appréciation des faits et des preuves par les tribunaux⁵³.

La Cour a également précisé que les trois conditions de responsabilité précitées « sont nécessaires et suffisantes pour engendrer, au profit des particuliers, un droit à obtenir réparation, sans pour autant exclure que la responsabilité de l'État puisse être engagée dans des conditions moins restrictives sur le fondement du droit national »⁵⁴.

La Cour a donné des indications quant à l'étendue de la réparation. La réparation des dommages causés aux particuliers doit être « de nature à assurer une protection effective de leurs droits »⁵⁵, ce qui implique que la réparation doit être proportionnée au préjudice⁵⁶. Le dommage doit également comprendre le manque à gagner⁵⁷. Enfin, la jurisprudence européenne renvoie au droit national applicable pour les autres modalités de cette responsabilité tirée directement du droit européen⁵⁸. Toutefois, ce renvoi est strictement encadré par le droit européen : d'une part, la primauté du droit européen exige que la juridiction nationale saisie écarte

même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire [...] ».

⁵² Arrêt du 30 septembre 2003, *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:513, pts 33 et 52. Voy. également arrêt du 28 juillet 2016, *Milena Tomášová*, C-168/15, EU:C:2016:602, pts 20 et 23.

⁵³ Arrêt du 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA c. République italienne*, C-173/03, EU:C:2006:391, pts 33 à 46. Dans ce même arrêt, la Cour a aussi rejeté la limitation de la responsabilité aux seuls cas de faute ou de faute grave du juge. De telles limitations sont en effet inacceptables, surtout lorsqu'elles concernent des juridictions statuant en dernier ressort, puisque celles-ci sont chargées d'assurer, à l'échelle nationale, l'interprétation uniforme des règles de droit.

⁵⁴ Arrêt du 17 avril 2007, *AGM-COSMET c. Suomen valtio et Tarmo Lehtinen*, C-470/03, EU:C:2007:213, pt 85.

⁵⁵ Arrêt *Brasserie du Pêcheur et Factortame* précité, pts 82 et 90.

⁵⁶ Arrêt *Brasserie du Pêcheur et Factortame* précité, pt 90. Arrêt *AGM-COSMET* précité, pt 94.

⁵⁷ Arrêt *Brasserie du Pêcheur et Factortame* précité, pts 87. Arrêt *AGM-COSMET* précité, pt 95.

⁵⁸ Arrêt *Francovich et Bonifazi* précité, pt 42.

la règle de droit de l'Union violée a pour objet de conférer des droits au justiciable ;

– la violation de cette règle est suffisamment caractérisée (méconnaissance manifeste du droit applicable ou de la jurisprudence bien établie) ;

– il existe un lien de causalité direct entre cette violation et le dommage subi.

Ce droit d'action contre l'État est tiré directement du droit de l'Union, sans que l'application de l'article 1382 du Code civil (belge) ou un autre régime de responsabilité de l'État (comme le régime particulier en droit français, par exemple) soit nécessaire. En revanche, le justiciable peut tenter de démontrer l'application des deux régimes cumulativement : celui tiré du droit européen et celui tiré du droit national.

La Cour de justice a donc déduit du droit européen lui-même un principe de responsabilité des États membres pour les dommages causés par les violations du droit européen qui leur sont imputables. On renverra au raisonnement bien connu de la Cour qui éclaire l'étendue des obligations de l'État membre⁵⁰. Ces obligations s'imposent à l'État en tant qu'unité : le principe de responsabilité de l'État est valable dans tous les cas de violation du droit européen par un État membre. Lorsqu'elle a développé ce régime de responsabilité, la Cour de justice a pris soin de préciser que ce principe est valable « quel que soit l'organe de l'État membre dont l'acte ou l'omission est à l'origine du manquement » et notamment que la violation soit « imputable au pouvoir législatif, judiciaire ou exécutif »⁵¹. Après avoir eu l'occasion de se prononcer sur la responsabilité de la législation, la Cour de justice a expliqué, dans son arrêt *Köbler*, l'importance de

⁵⁰ Arrêt du 19 novembre 1991, *Francovich*, C-6/90 et C-9/90, EU:C:1991:428, pts 31 à 35 ; arrêt du 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, C-46/93 et C-48/93, EU:C:1996:79, pt 31 et la jurisprudence citée.

⁵¹ Arrêt *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, précité, pts 32 et 34. Voy. aussi, précédemment, CJCE., 19 juin 90, *The Queen c. Secretary of State for Transport*, C-213/89, EU:C:1990:257, pt 20 : « [S]eraient incompatibles avec les exigences inhérentes à la nature

l'application de toute disposition de son droit national qui empêcherait un plein exercice du droit de réparation du dommage résultant de la jurisprudence européenne⁵⁹ ; d'autre part, l'application effective, pleine et entière du droit européen exige que les conditions de la réparation accordée par les juridictions nationales répondent à des règles européennes minimales et, notamment, répondent au principe de l'équivalence et au principe d'effectivité⁶⁰.

S'agissant de la violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, les deux premières conditions pour engager la responsabilité de l'État membre (pouvoir exécutif, législatif et/ou judiciaire) sur le fondement du droit de l'Union sont donc réunies facilement (la troisième concernant le lien de causalité étant régie par le droit national et pouvant présenter certaines difficultés selon les cas).

– *L'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE (règle de droit violée) confère des droits au justiciable*

Ce premier critère de la responsabilité de droit européen est évidemment rempli, comme rappelé par la Commission elle-même⁶¹.

– *La violation de l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE est suffisamment caractérisée*

L'infraction au droit européen est matérielle : défaut de notification et/ou mise en œuvre d'une mesure étatique sans attendre l'approbation de la Commission. Le deuxième critère de la responsabilité de droit européen est donc également parfaitement rempli. Il suffit de rappeler ce qu'en dit la jurisprudence telle que résumée par la Commission dans sa communication précitée de 2019 :

« [...] étant donné que les autorités des États membres sont, en principe, tenues de notifier les mesures d'aide d'État avant leur mise à exécution, l'infraction à l'article 108, paragraphe 3, du TFUE sera la plupart du temps suffisante pour établir l'existence d'une violation caractérisée au sens de la jurisprudence des juridictions de l'Union. En cas d'existence d'une aide d'État, les autorités des États membres ne peuvent normalement pas affirmer qu'elles n'avaient pas connaissance de l'obligation de suspension, étant donné qu'il existe une jurisprudence suffisante et des orientations de la Commission concernant l'application de l'article 107, paragraphe 1, et de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE. En cas de doute et pour des raisons de sécurité juridique, les États membres ont toujours la possibilité de notifier la mesure à la Commission avant sa mise en œuvre »⁶².

⁵⁹ Arrêt du 9 mars 1978, *Simmmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, p. 629, pt 21 ; arrêt du 19 juin 1990, *Factortame I*, C-213/89, EU:C:1990:257, pt 21 ; arrêt *Francovich* précité, pt 35.

⁶⁰ Arrêt *AGM-COSMET* précité, pts 89 et 90.

⁶¹ Communication « *Enforcement* » de 2019 précitée (note (18)), pt 90.

⁶² Communication « *Enforcement* » de 2019 précitée, pt 91.

Bien sûr, l'État législateur doit se poser la question de l'application des aides d'État lorsqu'il adopte une mesure litigieuse (qui, par omission, crée une aide d'État illégale). Bien sûr, le pouvoir exécutif doit notifier cette mesure (et doit être conscient du risque à ne pas le faire). Bien sûr, il ne peut pas la mettre en œuvre avant toute approbation de la Commission.

L'octroi d'une aide illégale en l'occurrence constitue assurément une violation suffisamment caractérisée du droit européen.

– *Le dommage (et le lien de causalité)*

La troisième condition du lien de causalité direct entre la violation du droit européen et le dommage subi est commune aux deux fondements de responsabilité, de droit européen et de droit national. La Commission donne à ce sujet les orientations suivantes aux juridictions nationales⁶³ :

« (a) en vertu des obligations juridiques d'équivalence et d'effectivité de l'Union, les règles nationales ne peuvent dégrader un État membre de sa responsabilité en cas de manque à gagner. Lorsque le droit national exclut le manque à gagner des dommages réparables, les juridictions nationales doivent laisser cette disposition inappliquée en ce qui concerne les actions en dommages et intérêts pour violation de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE ;

(b) il est plus facile de déterminer le montant effectif du manque à gagner lorsque l'aide illégale a permis au bénéficiaire de remporter un contrat ou de bénéficier d'un avantage commercial spécifique à la place du requérant, et que cet avantage a déjà été exploité par le bénéficiaire ;

(c) la quantification du préjudice subi est plus complexe lorsque l'aide entraîne simplement une perte de parts de marché. Dans ce cas, une des approches envisageables consisterait à comparer les revenus effectifs du requérant (sur la base du compte de résultats) avec les revenus qui auraient été obtenus si l'aide illégale n'avait pas été accordée ;

(d) dans certains cas, il se peut que le préjudice subi par le requérant soit supérieur au manque à gagner. Tel pourrait être le cas lorsque le versement de l'aide illégale a entraîné la cessation des activités du requérant ».

Au vu de ce qui précède, on se demande ce qu'il manque aux justiciables (lorsqu'ils jouissent de bonnes preuves du dommage et de son lien de causalité avec l'octroi illégal de l'aide) pour ne pas poursuivre l'État membre en responsabilité.

Il reste qu'il existe peu de précédents. Mais cela pourrait évoluer.

On se doit ici de faire référence à deux précédents assez emblématiques, à savoir les affaires *Corsica Ferries France/SNCF* (desserte maritime corse) et *CELF* (commerce à l'exportation de livres français), qui, toutes deux illustrent les difficultés précitées (mais surmontées *in casu*) et bien

⁶³ Communication « *Enforcement* » de 2019 précitée, pt 93.

identifiées par la Commission : « [...] la quantification des dommages et l'établissement du lien de causalité entre le préjudice subi et l'aide illégale constituent des obstacles majeurs pour les requérants »⁶⁴.

Corsica Ferries est parvenue à obtenir la condamnation de la Collectivité de Corse à verser à Corsica Ferries France 86 304 183 € en réparation du préjudice que celle-ci a subi du fait du subventionnement illégal apporté par la collectivité à la Société Nationale Corse Méditerranée (SNCM), entre juillet 2007 et décembre 2013⁶⁵. Ce ne fut pas sans mal notamment du point de vue de l'expertise de l'étendue du dommage. Les enseignements principaux de cette affaire peuvent être résumés comme suit⁶⁶. L'expertise d'évaluation du préjudice a porté sur une analyse contrefactuelle fondée sur trois points éléments : (i) le degré de substituabilité de l'offre ; (ii) les parts de marché du tiers affecté ; (iii) ses capacités d'absorptions (quels volumes de passagers Corsica Ferries aurait pu absorber en l'absence de l'avantage illégal conféré à son concurrent SNCM ?). Le dommage indemnisable résulte du montant du manque à gagner de Corsica Ferries France correspondant au bénéfice net que lui auraient rapporté les passagers qu'elle aurait pu transporter en l'absence de l'aide.

SIDE, la société internationale de diffusion et d'édition, a de son côté également abouti à un résultat dans sa longue croisade contre CELF, le comité d'exportation du livre français, pour obtenir l'indemnisation (10 millions d'euros) de son préjudice subi du fait de subventions illégales dont a bénéficié CELF pendant de longues années. Le Conseil d'État (France) a confirmé, le 22 juillet 2020, le bien-fondé de cette indemnisation dans un litige qui avait commencé en 1992. CELF et SIDE exerçaient une activité de commissionnaire sur le marché de l'exportation de livres

français. De 1980 à 2001, CELF a bénéficié de subventions d'exploitation de l'État français pour compenser le surcoût de traitement des petites commandes de livres en langue française passées par les libraires établis à l'étranger. Le 14 décembre 2010, la Commission a finalement déclaré ces aides incompatibles avec le marché intérieur mais ce fut l'aboutissement d'une enquête à rebondissements puisque par trois fois, des décisions positives de la Commission ont été annulées par le Tribunal de l'Union européenne. À la suite de cette quatrième décision, négative, la Cour administrative d'appel de Paris (statuant après une annulation d'un premier arrêt), constatant le caractère manifestement illégal de ces subventions, a octroyé à SIDE une indemnité de 10 millions d'euros⁶⁷. Sur pourvoi du ministre de la culture, le Conseil d'État⁶⁸ a confirmé en tous points cet arrêt. Il confirme qu'en versant des aides illégales et incompatibles avec le marché intérieur, l'État a commis une faute de nature à engager sa responsabilité. Le Conseil d'État confirme également que l'action n'était pas prescrite, nonobstant l'article 15 du règlement n° 659/1999 (devenu l'article 17 du règlement n° 2015/1589 précité), ce qui est la solution de la jurisprudence européenne comme indiqué plus haut⁶⁹.

Le Conseil d'État clarifie également que, lorsqu'un marché se caractérise par une situation de duopole, il existe un lien de causalité entre le préjudice subi par l'entreprise lésée et le versement de l'aide d'État déclarée illégale. Par ailleurs, il confirme que le préjudice subi par SIDE doit s'évaluer par « l'impact du report de clientèle induit par la baisse des prix pratiqués par la CELF ainsi que par les facilités de paiement octroyées à ses clients grâce à l'aide publique qui lui était versée, en tenant compte d'éléments tels que l'antériorité de la CELF sur le marché en cause, la diminution progressive de l'aide versée à compter de l'année 1993, la part réduite de l'aide versée dans le chiffre d'affaires global des exportations de livres français de la CELF, ainsi que l'évolution de la conjoncture économique et du marché du livre sur la période considérée »⁷⁰. La cour d'appel administrative s'était fondée sur le principe énoncé à l'article 5 de la directive 2014/104/UE relative aux

⁶⁴ Communication « Enforcement » de 2019 précitée, pt 92.

⁶⁵ Cour d'appel administrative de Marseille, 22 février 2021, *Collectivité de Corse c. Sté Corsica Ferries France*, n° 17MA01582 et n° 17MA01583 (confirmé par un arrêt du Conseil d'État (France) du 29 septembre 2021, *Corsica Ferries*, n° 450892). L'arrêt de la cour d'appel administrative vient annuler un jugement du tribunal administratif de Bastia (23 février 2017, *Société Corsica Ferries*, n° 1500375 et 1501123) qui condamnait à une indemnité similaire mais sans expertise, ce que sur quoi la cour d'appel administrative s'est strictement fondée. En même temps que cette affaire (encore dans le domaine maritime), on doit mentionner également l'autre saga *Traghetti* qui a abouti à la condamnation d'autorités publiques italiennes à 2 330 355,78 € de dommages et intérêts : Cour de cassation italienne, 16 octobre 2020, *Traghetti del Mediterraneo*, n° 22631 (voy. F. MARTUCCI, *Revue Concurrences*, n° 2, 2021, faisant suite à un troisième arrêt de la Cour de justice du 23 janvier 2019, *Presidenza del Consiglio dei Ministri c. Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA*, C-387/17, EU:C:2019:51 ; voy. R. VUOTON, *Revue Concurrences*, n° 2, 2019, pp. 119-122).

⁶⁶ Voy. l'arrêt du Conseil d'État précité et les commentaires de L. GRAND, « Droit des aides d'État et préjudice économique : l'autre visage du *private enforcement* », *Revue Concurrences*, n° 4, 2021, pp. 40-48.

⁶⁷ Cour d'appel administrative de Paris, 9 octobre 2018, *SIDE*, n° 17PA00397 (arrêt interlocutoire ordonnant la production des éléments de comptabilité et autres analyses établissant le dommage de SIDE) et Cour administrative d'appel de Paris, 10 juillet 2019, n° 17PA00397 (liquidant les dommages et intérêts). Plusieurs arrêts antérieurs sont intéressants s'agissant du rejet des défenses des Mandataires Judiciaires Associés agissant comme liquidateurs de CELF en faillite (Cour administrative d'appel de Paris, 14 juin 2016, n° 14PA02611 confirmé par Conseil d'État, 30 mai 2018, n° 402174).

⁶⁸ Conseil d'État (France), 22 juillet 2020, n° 434446.

⁶⁹ Arrêt du 23 janvier 2019, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, C-387-17, EU:C:2019:51.

⁷⁰ Pt 9 de l'arrêt précité du Conseil d'État du 22 juillet 2020.

actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux articles 101 et 102 TFUE (voy. ci-après) : la « justification motivée contenant des données factuelles et des preuves raisonnablement disponibles suffisantes pour étayer la plausibilité de sa demande de dommages et intérêts » et la production « des preuves pertinentes qui se trouvent en [...] possession » des défendeurs.

Comme indiqué dans l'affaire *CELF*, l'absence de toute directive harmonisant les conditions d'application de cette responsabilité se fait cruellement sentir.

Loïc Grand fait la même constatation à propos de l'affaire *Corsica Ferries*⁷¹ :

« En dépit de l'exemplaire minutie apportée au calcul du préjudice dans cette affaire, il paraît difficile d'affirmer l'éclosion d'une jurisprudence en correspondance avec un parfait aboutissement de la méthode. Peut-être à l'instar de la communication de la Commission européenne relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, un texte dédié aux aides d'État serait bienvenu. Les estimations des préjudices en matière d'aides d'État illégales semblent en effet et encore comporter deux angles morts. Le premier tient à l'actualisation du préjudice et à l'effet du temps sur la valeur de la créance du concurrent victime. Le second dépasse la problématique du *private enforcement*, pour inférer que si ce titre le préjudice du concurrent est désormais couvert, en revanche la réparation du dommage au marché en tant que l'aide correspond à une "perturbation générale apportée au fonctionnement général du marché" [arrêt du 8 décembre 2011, *KME e.a. c. Commission*, C-272/09 P, EU:C:2011:810, pts 96-97] n'est aucunement prise en considération, puisque le droit des aides d'État se limite à demander à l'État la répétition de l'indu accompagné d'intérêts, sans se soucier de cette question ».

Bien sûr, ne soyons pas naïfs. Nonobstant l'utilité et la pleine justification d'une telle directive d'harmonisation (comme la directive « *anti-trust* » l'a clairement montré pour les infractions aux règles de concurrence applicables aux entreprises⁷²), pourquoi diable les États membres n'auraient-ils pas mis d'accord sur des principes juridiques allant directement

⁷¹ *Op. cit.*, pp. 47-48.

⁷² Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JOUE, n° L349, 5.12.2014, pp. 19 ; voy., notamment M. STRAND, V. BASTIDAS et M. C. IACOVIDIS (eds), *EU Competition Litigation, Transposition and First Experiences of the New Regime*, Oxford, Hart Publishing, 2019 ; J. DERENNE, E. MORGAN DE RIVERY et

à l'encontre de leurs intérêts politiques et économiques ? Non, mieux vaut rendre la vie difficile aux justiciables qui s'enticheraient de vouloir faire respecter leurs droits tirés du traité. L'exemple de l'adoption, avec quarante ans de retard, du règlement de procédure clarifiant les règles applicables aux règles de concurrence s'adressant aux États membres est là pour l'illustrer. Il conviendra encore de s'en remettre à la Cour de justice pour faire progresser cette question mais encore faudra-t-il une bonne dose d'abnégation aux justiciables pour parvenir aux renvois préjudiciels nécessaires à cet égard. On peut douter de la pleine efficacité de cette approche alors que la jurisprudence a depuis longtemps établi que l'Union européenne se fondeait sur une « communauté de droit »⁷³.

Par souci de concision, restons-en là et renvoyons le lecteur à une intéressante étude prospective sur cette question⁷⁴.

2. Action diligente par les bénéficiaires contre l'État

Enfin, envisageons à présent une voie de droit devant le juge national qui est délicate, à tel point que la Commission l'ignore toujours délibérément dans sa communication sur l'application des règles d'aides d'État par les juridictions nationales : l'action en responsabilité du bénéficiaire d'aide illégale contre l'État membre responsable de cet octroi illégal. Sous prétexte sans doute qu'un tel type de recours risque d'aboutir à octroyer à nouveau l'aide illégale sous couvert de dommages et intérêts, la Commission ignore ces actions. Dans sa communication « *Enforcement* » de 2021, la Commission indique seulement que « lorsqu'elles statuent sur l'indemnisation de tiers pour les coûts supportés du fait direct d'une aide illégale, les juridictions nationales doivent veiller à ne pas adopter une décision qui aurait pour effet d'octroyer une aide ou d'étendre le cercle des bénéficiaires »⁷⁵. En tout cas, la Commission évite de faire la promotion de ce type d'action et l'exclut de son catalogue des actions qui peuvent être portées devant le juge national en matière d'aides d'État.

Si l'on procède bien aux distinctions juridiques fines nécessaires, comme expliqué ci-après, il s'agit là d'une erreur stratégique. Comme on va le voir, de telles actions peuvent également contribuer à dissuader les États membres à commettre des infractions au droit des aides d'État.

N. PETIT (eds), « Antitrust damages in EU law and policy », *GCLC Annual Conference Series*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 185 (actes de la 9^e conférence annuelle du *Global Competition Law Centre* du Collège d'Europe).

⁷³ Arrêt cité en note (2).

⁷⁴ C. JAOR, « Damages actions and State aid: time for action at EU level ? », *Market and Competition Law Review*, Vol. VI, No 1, 2022.

⁷⁵ Communication « *Enforcement* » de 2019 précitée, pt 96.

Bien entendu, il convient évidemment d'empêcher le bénéficiaire, par de telles actions, de chercher à récupérer le montant de l'aide illégale qu'il doit, inévitablement, rembourser à l'État membre défaillant. Il ne s'agit pas de cela. Et sur ce point, nous sommes en accord total avec les craintes de la Commission. Il s'agit, au contraire, de traiter des situations spécifiques, qui peuvent se présenter, où l'octroi illégal d'une aide aura provoqué un dommage dans le chef du bénéficiaire qui doit être strictement différent, en nature et en montant, de l'obligation de restituer le montant de l'aide illégale (et incompatible dans le cas d'une décision négative de la Commission). Cette restitution, comme on le sait pertinemment, ne constitue aucunement un quelconque dommage indemnisable. Elle n'est pas une sanction et n'est que la conséquence logique du caractère illégal de l'aide⁷⁶.

Mais, il arrive que la situation soit telle que l'attitude de l'État ait provoqué un dommage au bénéficiaire en parallèle à l'octroi illégal d'aides en cause.

Il s'agit notamment, en France, de l'affaire du plan dit « Borotra » (du nom du ministre de l'Industrie en 1995-1997). L'État français avait lancé un régime de réduction de cotisations sociales en faveur du secteur du textile et de la chaussure. Pour convaincre les entreprises de ce secteur tenté par des délocalisations de maintenir la main-d'œuvre en France, le gouvernement français avait imaginé un plan d'aides, qui allait être condamné par la Commission et la Cour de justice⁷⁷. Alors que l'enquête était en cours et que la Commission avait adressé ses objections au gouvernement français, celui-ci avait caché la réalité de la position de la Commission aux députés de l'Assemblée nationale et au secteur concerné en les rassurant sur la validité du régime. Il voulait faire adopter une loi confirmant ses décrets mettant en place le régime litigieux et convaincre les entreprises de signer les conventions avec les préfets. Le pot aux roses est apparu ensuite avec la publication au Journal Officiel des objections de la Commission (décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen que le gouvernement avait déjà reçue directement). Les entreprises ont bien sûr été forcées de rembourser les aides illégales (logique et inéluctable conséquence du régime d'aide illégale et incompatible). Toutefois, certaines d'entre elles, après avoir remboursé le ces aides, ont obtenu la condamnation de l'État français à les indemniser de leur perte de profit espéré des délocalisations qu'elles avaient projetées (avant de recevoir les aides)⁷⁸.

⁷⁶ Voy., par exemple, arrêt du 21 mars 1991, *Italie c. Commission*, C-305/89, EU:C:1991:142, pt 41.

⁷⁷ Arrêt du 5 octobre 1999, *République française c. Commission*, C-251/97, EU:C:1999:480.

⁷⁸ Voy. les jugements et arrêts cités en note (13), *supra*.

La condamnation se fondait sur le droit français de la responsabilité de l'État mais elle aurait tout aussi bien pu être fondée sur la jurisprudence *Francoovich* précitée. Les cours et tribunaux ont tenu compte d'un partage de responsabilité entre l'État défaillant et les bénéficiaires imprudents et peu diligents en acceptant néanmoins les aides illégales. Bien entendu, le dommage finalement indemnisé est totalement différent du remboursement des aides sous peine de détournement des règles sur les aides d'État.

Le fait que la Commission ignore cette catégorie de voies de droit devant le juge national l'empêche de créer un véritable arsenal de dissuasion des infractions au droit des aides d'État par les États membres.

§ 3. Absence d'effet dissuasif réel sur les États et les bénéficiaires

A. Conflit d'intérêts

S'agissant des aides illégales, on doit bien constater que ce sont les États membres qui sont les principaux auteurs de la violation du droit.

Ce sont eux qui doivent en réparer les conséquences juridiques, économiques et politiques.

Ce sont eux qui sont pourtant investis de la responsabilité et même des pouvoirs juridiques en vue de la réparation de leur propre violation (un peu comme si les cartellistes ou abuseurs de position dominante avaient l'obligation de se sanctionner eux-mêmes).

Ce sont eux qui tiennent les rênes, réunis en Conseil des ministres, de la législation européenne en matière de concurrence, notamment de la procédure d'application de ces règles, sans l'intervention de co-législation du Parlement européen qui n'est que consulté⁷⁹. Il suffit pour se faire une idée de cet « auto-protectionnisme » des États membres, de comparer les dates respectives de l'adoption des règlements d'application des règles du droit de la concurrence : lorsqu'il s'est agi de l'application des règles adressées aux entreprises (articles 101 et 102 TFUE), le Conseil les a très rapidement adoptées (dès 1962)⁸⁰. En revanche, lorsqu'il s'est agi des règles applicables aux États membres, pourtant mises sur le même pied d'importance par les auteurs du traité (les États membres eux-mêmes, dans la lignée du rapport *Spaak* précité), le même Conseil a fait preuve d'une procrastination certaine pendant plus de quarante ans ! Le premier

⁷⁹ Article 103, paragraphe 1, TFUE et article 109 TFUE.

⁸⁰ Règlement n° 17/62 du Conseil du 6 février 1962 : premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, JOCE, 13, 21 février 1962, pp. 204-211 (remplacé par le règlement 1/2003).

règlement de procédure d'application des règles sur les aides d'État n'a vu le jour qu'en 1999⁸¹. Heureusement, la Cour de justice est venue, au fil des questions se présentant à elle, combler ce vide juridique par sa jurisprudence dont le règlement de procédure est essentiellement une codification. Avec toutefois quelques dispositions que les États membres se sont bien arrangés pour qu'elles soient inapplicables⁸². Et la Commission a été obligée de se satisfaire, pour des règles plus restrictives et protectrices des tiers, d'un « code de bonnes pratiques » sans valeur juridique obligatoire⁸³.

Par ailleurs, comme évoqué plus haut, les sanctions pécuniaires pour violations persistantes de la procédure de contrôle des aides d'État, sont-elles un outil de dissuasion efficace ? La procédure de l'article 260 TFUE est longue et, donc, souvent, ce n'est pas le gouvernement ou le parlement fautif qui est sanctionné (non seulement financièrement mais également politiquement). La « leçon » ne porte guère. Certains États membres en viennent même parfois à s'intéresser au moment ultime à partir duquel leur méconnaissance de leurs obligations risque d'être sanctionnée financièrement. Ce n'est pas sain, le moins que l'on puisse dire. La saisine de la Cour de justice par la Commission est trop souvent retardée par des contacts diplomatiques qui ne sont guère justifiés juridiquement au-delà d'un certain délai. Cela déforce la dissuasion prétendue de l'article 260 TFUE.

B. Absence de promotion véritable par la Commission des actions devant le juge national

C'est ici que la comparaison avec les règles applicables aux entreprises est la plus interpellante.

Après chaque décision condamnant un cartel ou un abus, le communiqué de presse de la Commission encourage les personnes lésées (clients, consommateurs) à réclamer des compensations aux entreprises en cause devant les juridictions nationales. La Commission fait grand cas de la directive précitée de 2014 harmonisant les droits nationaux pour favoriser

81 Règlement (CE) 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, JOCE, L83, 27 mars 1999, pp. 1-9 (remplacé par le règlement 2015/1589).

82 Voy. l'article 13, paragraphe 2, du règlement de procédure de 2015 concernant la récupération provisoire des aides illégales par la Commission, qui n'a jamais pu être appliqué au regard de ses conditions trop restrictives.

83 Actuellement, Code de bonnes pratiques pour la conduite des procédures de contrôle des aides d'État, JOUE, C253, 19 juillet 2018, pp. 14-26.

ces actions privées, en complément à l'action répressive de la Commission et des autorités nationales.

Rien de tel en aides d'État. La jurisprudence a certes favorisé le développement d'actions contre les États membres et les bénéficiaires d'aides illégales. Mais, il n'existe pas de directive harmonisant les droits nationaux applicables à la récupération d'aides illégales ou aux diverses mesures judiciaires ou administratives entourant l'exécution des décisions de la Commission en matière d'aides d'État. Pourtant, qu'est-ce qui empêcherait la Commission, lors de l'adoption d'une décision négative ordonnant la récupération d'aides d'État illégales et incompatibles de mentionner les actions ouvertes aux tiers affectés par l'octroi illégal de ces aides devant les juridictions nationales en vue d'engager la responsabilité de l'État membre impliqué et même des bénéficiaires non diligents qui ont laissé se produire ces infractions ? Est-ce vraiment excessif de faire remarquer un système de deux poids, deux mesures ?

La Commission a fait de multiples efforts significatifs depuis une quinzaine d'années : communications interprétatives pédagogiques (études sur l'application de règles d'aides d'État par les juridictions nationales et pages du site Internet sur les applications nationales (2006, 2009, 2019), *Recovery Notice* et *Enforcement Notice* (2007, 2009, 2019 et 2021), communication interprétative sur la notion d'aide d'État (2016), code de bonnes pratiques (2008, 2018)), application du régime de coopération et d'*amicus curiae* avec les juridictions nationales, approfondissement du règlement de procédure (2013, 2015). Mais a-t-on vraiment mis en place les outils les plus efficaces ? Quelle est la proportion d'aides illégales inconnues de la Commission ? Où est le système de détection de ces violations ? Comment la Commission encourage-t-elle les États membres à venir la consulter dans des cas délicats plutôt que de tenter d'esquiver son contrôle ou de prendre des risques juridiques déraisonnables au nom de considérations politiques ?

§4. Difficultés résultant du principe d'autonomie procédurale

Le principe de l'autonomie procédurale consiste à renvoyer au droit national pour tout ce qui concerne l'application nationale des règles sur les aides d'État, notamment la récupération des aides illégales et incompatibles. Les études de 2006 et 2019 ont bien montré les difficultés d'application que cela comporte ainsi que les divergences d'interprétation parmi les États réduisant l'effectivité des règles en cause.

La jurisprudence n'a pu que constater qu'« étant donné l'absence de dispositions communautaires portant sur la procédure de recouvrement des montants indûment versés, la récupération des aides illégales doit être effectuée, en principe, selon les modalités prévues par le droit national »⁸⁴. Le règlement de procédure ne fait que confirmer cet état de fait⁸⁵.

Cela n'empêche pas que les cas concrets d'illustrations de dysfonctionnement de mise œuvre soient légion. Les justifications à l'adoption d'une directive d'harmonisation sur de nombreux points ne manquent pas. Cela a déjà été évoqué plus haut. Et le réalisme politique voudrait que rien ne change. Mais, on peut toujours rêver.

Prenons un simple exemple très concret parmi d'autres. Les dépens judiciaires ou le coût des actions judiciaires, civiles ou administratives dans certains ordres juridiques (« *legal costs* » en *common law* anglaise ; en droit allemand également) sont parfois des obstacles dirimants au lancement d'une action en matière d'aides d'État devant une juridiction nationale.

Ces règles procédurales nationales, qui peuvent amener un demandeur à prendre un niveau de risque financier trop élevé, peuvent constituer un obstacle à une protection juridictionnelle effective.

Dans une procédure de *judicial review*, la partie qui succombe doit payer les frais d'avocats de la partie adverse⁸⁶. En droit allemand, la règle générale veut que le juge conserve une certaine discrétion du montant en

⁸⁴ Voy., par exemple, arrêt du 12 décembre 2002, *Commission c. Allemagne*, C-209/00, EU:C:2002:747, pt 32.

⁸⁵ Article 16, paragraphe 3, qui rappelle toutefois les principes d'équivalence et d'effectivité en mentionnant : « [...] la récupération s'effectue sans délai et conformément aux procédures prévues par le droit national de l'État membre concerné, pour autant que ces dernières permettent l'exécution immédiate et effective de la décision de la Commission. A cette fin, et en cas de procédure devant les tribunaux nationaux, les États membres concernés prennent toutes les mesures prévues par leurs systèmes juridiques respectifs, y compris les mesures provisoires, sans préjudice du droit de l'Union ». Les mots « pour autant que » sont sans doute les plus importants et ont permis des avancées jurisprudentielles de la plus haute importance.

⁸⁶ Dans l'affaire *Tempus Energy*, à la suite de l'annulation par le Tribunal de la décision de la Commission (arrêt qui allait être ensuite annulé par la Cour), *Tempus Energy* avait lancé un *judicial review* pour faire stopper l'application des aides (devenues illégales par l'annulation de la décision). Cette action se fondait expressément sur le principe établi par l'arrêt *CELF 1* (points 66 : « [...] à propos d'une situation dans laquelle la Commission avait initialement décidé de ne pas soulever d'objections à l'encontre d'aides litigieuses, [...] une telle circonstance ne pouvait pas être considérée comme susceptible d'avoir fait naître une confiance légitime de l'entreprise bénéficiaire, dès lors que cette décision avait été contestée dans les délais de recours contentieux, puis annulée par la Cour ». *Tempus Energy* avait dû ensuite renoncer à ce litige au vu des risques financiers trop élevés par rapport à sa capacité financière alors même que *Tempus Energy* était à la source des questions juridiques discutées devant la Commission et le Tribunal (arrêt du 15 novembre 2018, *Tempus*

cause en fonction de l'importance de l'affaire résultant de la demande. Le « catalogue » de la cour suprême administrative allemande mentionne que la valeur de l'affaire doit être la moitié du montant des aides alléguées sans distinguer les demandes visant une indemnisation ou la cessation des mesures simplement⁸⁷. Quelle que soit la marge de manœuvre des juridictions allemandes, il demeure que la valeur d'un litige en matière d'aides d'État est liée au montant des aides litigieuses.

Même si la jurisprudence européenne a déjà fait référence à cette question en invoquant comme mesure de sauvegarde l'application du principe d'effectivité⁸⁸, ce type de réglementation nationale ne favorise pas les litiges devant les juridictions nationales, en dépit des principes précités de la jurisprudence plaçant ces juridictions au centre du contrôle des aides d'État.

Energy Ltd et Tempus Energy Technology Ltd c. Commission, T-793/14, EU:T:2018:790 et arrêt du 2 septembre 2021, *Commission c. Tempus Energy Ltd et Tempus Energy Technology Ltd*, C-57/19 P, EU:C:2021:663).

⁸⁷ Un commentaire anonyme d'une société allemande de télécommunications sur le projet de communication *Enforcement* fait état de ces éléments. Il se réfère notamment à un arrêt de la cour administrative du Baden-Württemberg du 10 avril 2019, n° 9 S 75/15.

Voy. https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-sa-enforcement-notice_en.

⁸⁸ Selon la Cour, « en l'absence d'une réglementation communautaire, la liquidation des dépens et le caractère récupérable des frais indispensables exposés par les parties à la procédure principale aux fins de la procédure préjudicielle relèvent des dispositions de droit interne applicables à ladite procédure principale » (arrêt du 1^{er} mars 1973, *Bollmann*, 62/72, pts 5 et 6, cité par un arrêt du 6 décembre 2001, *Clean Car Autoservice c. Stadt Wien et Autriche*, C-472/99, EU:C:2001:663 qui énonce « que, si, en l'absence d'une réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire, ces modalités ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence) ni rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité). En ce qui concerne plus particulièrement le principe d'effectivité, il n'apparaît pas qu'une réglementation nationale, qui prévoit, [...] que la partie qui a gain de cause dans un litige devant une juridiction nationale a droit au remboursement de certains des dépens exposés, mais qui ne comporte pas de dispositions particulières en ce qui concerne les dépens [de la procédure préjudicielle], soit de nature à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire ». Quant au principe d'équivalence, il suffit de relever qu'il implique que ladite réglementation nationale s'applique indifféremment à la procédure préjudicielle [...] et à des incidents de procédure similaires qui peuvent survenir dans le cadre du litige au principal conformément au droit national » (pts 28-30)).