

# AIDE D'ÉTAT (NOTION)

## DÉFINITION AUTEUR

### PREMIER APERÇU

Définir les contours de la notion d'aide d'État requerrait un traité en soi de plusieurs centaines de pages. Ce qui suit ne peut donc qu'être très largement simplifié et le résultat d'une sélection des questions pertinentes.

Le contrôle des « aides d'État » fait partie « *des règles de concurrence [qui sont] nécessaires au fonctionnement du marché intérieur* » (art. 3 TFUE). La seconde section du chapitre « Les règles de concurrence » du TFUE est intitulée « Les aides accordées par les États ». Ce sont donc les États qui sont destinataires de ces règles. Mais, les entreprises bénéficiaires sont directement concernées (p. ex., obligation de remboursement des aides « illégales et incompatibles », réparation des dommages causés aux tiers affectés) et devraient en fait en être les premiers juges étant donné les risques juridiques et économiques qu'elles prennent en recevant des aides d'État. Le contrôle des aides d'État est la clé de voûte du marché intérieur sans quoi celui-ci serait vain puisque les États membres pourraient avantager indûment leurs entreprises. C'est la Commission qui s'est vue investie du pouvoir exclusif du contrôle de fond des aides d'État (leur « compatibilité avec le marché intérieur », qui ne sera pas abordée ici).

Le traité ne donne pas de définition « fermée » de la notion d'aide d'État. En suivant le rapport Spaak de 1956, les auteurs du traité n'ont pas voulu s'enfermer dans une définition qui aurait été vite dépassée par l'inventivité infinie des États membres, sans cesse enclins à succomber à leur mal naturel de protectionnisme nationaliste. En ce sens, la définition des contours de l'« aide d'État » est le siège d'une lutte stratégique entre la Commission (qui souhaite élargir au maximum la notion pour protéger sa compétence exclusive de contrôle de compatibilité) et les États membres (qui visent le résultat inverse).

Dans ce contexte, bien identifié par les auteurs du traité, qui ont eu la sagesse de se méfier d'eux-mêmes (les États membres), l'article 107, paragraphe 1, TFUE ne donne qu'une liste de critères cumulatifs développés par la jurisprudence européenne : « *Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.* »

Il s'agit là d'une notion « juridique objective » qui échappe à toute marge discrétionnaire que pourrait avoir la Commission européenne dans son application. Son contrôle juridictionnel est plein et entier (CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates c/ Commission*, aff. C 487/06 P, pts 111 et 112), sauf lorsque la question implique une « *appréciation économique complexe* », auquel cas le contrôle de l'appréciation de la Commission demeure mais devient plus marginal (CJUE, 2 septembre 2010, *Commission c/ Scott*, aff. C 290/07 P, pt 64). L'analyse requise est toutefois plus financière qu'économique. Lorsque l'application de la notion suppose des analyses financières fines (notamment s'agissant des « conditions normales de marché »), il serait vain pour un

économiste de chercher à disqualifier une mesure définie juridiquement comme une aide au moyen d'une quelconque théorie économique portant notamment sur les effets concrets de la mesure, hormis les analyses financières liées à l'identification de « l'opérateur en économie de marché ». Si l'article 107, paragraphe 1, TFUE ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions visées, mais les définit en fonction de leurs effets (CJCE, 2 juillet 1974, *Italie c/ Commission*, aff. 173/73, pt 27), ceux-ci peuvent n'être que potentiels, théoriques, mais non hypothétiques.

Le juge national dispose de compétences concurrentes à la Commission pour la définition de la notion d'aide d'État vu son caractère objectif (sauf à la suite d'une décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen qui se prononce sur cette notion : CJUE, 21 novembre 2013, *Deutsche Lufthansa AG c/ Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH*, aff. C 284/12, pt 45).

Après presque cinquante années de jurisprudence, la Commission a tenté de synthétiser celle-ci dans une communication interprétative qui se veut objective mais contient néanmoins quelques prises de position illustrant également sa pratique décisionnelle, parfois remise en cause par la jurisprudence depuis (v. communication de la Commission relative à la notion d'« aide d'État »).

En substance, l'aide d'État correspond à toute mesure qui remplit cumulativement les critères suivants, qu'on peut identifier à partir des mots du texte même de l'article 107, paragraphe 1, TFUE : (i) avantage (« *en favorisant* », « *sous quelque forme que ce soit* ») (ii) sélectif (« *certaines entreprises ou certaines productions* ») (iii) à une entreprise ou à une catégorie d'entreprises (iv) imputable à l'État et engageant les ressources d'État (« *accordées par les États ou au moyen de ressources d'État* ») ayant pour effet (v) une (potentielle) distorsion de concurrence (« *qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence* ») et (vi) une (potentielle) affectation des échanges entre États membres (« *dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres* »).

## **POUR ALLER PLUS LOIN**

L'absence de l'un quelconque de ces critères est suffisante pour le rejet de la qualification comme « aide d'État ». Leur analyse ci-après suivra un ordre logique pour cette qualification (la Cour de justice commence souvent son énoncé des critères par l'origine étatique et donne l'impression de télescoper les critères d'avantage et de sélectivité en employant l'expression d'« avantage sélectif »).

### **« *Entreprise* »**

Le prérequis pour constituer une aide est que la mesure vise comme bénéficiaire une « entreprise », c'est-à-dire toute entité exerçant une activité économique (offre de biens et services sur un marché donné), indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement (CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov e.a.*, aff. jtes C 180/98 à C 184/98, pts 74 et 75), même si l'activité est sans but lucratif (CJCE, 1er juillet 2008, *MOTOE*, aff. C 49/07, pts 27 et 28). En principe, si des mécanismes de marché n'existent pas (comme pour la gestion immobilière de prisons dans certains États membres, par exemple), les activités qui font intrinsèquement partie des prérogatives de puissance publique ne constituent pas des activités économiques (notamment, l'armée ou la police,

la sécurité et le contrôle de la navigation aérienne, le contrôle et la sécurité du trafic maritime, la surveillance antipollution, l'organisation, le financement et l'exécution des peines d'emprisonnement, la valorisation et la revitalisation de terrains publics par des autorités publiques – v. communication de la Commission préc., pt 17). Des activités comme la sécurité sociale ou la santé relèvent de l'activité économique selon qu'elles sont fondées sur le principe de solidarité ou sur des régimes économiques (v. *ibid.*, pts 19 à 27). Les mesures étatiques visant à développer de grands projets d'infrastructure (aéroports, routes, chemins de fer, stades, etc.) peuvent également relever des aides d'État selon la position des différents acteurs concernés (développeur/propriétaire, opérateur/exploitant, utilisateurs finals – v. *ibid.*, pts 199 à 228 – cette dernière catégorie concerne également les conditions décrites ci-après).

« Favorisant », « sous quelque forme que ce soit »

La mesure doit procurer un « avantage » économique qu'une entreprise n'aurait pas pu obtenir dans les conditions normales du marché, c'est-à-dire en l'absence d'intervention de l'État (CJCE, 11 juillet 1996, *SFEI e.a. c/ La Poste e.a.*, aff. C 39/94, pt 60). La notion d'aide est « plus générale que la notion de subvention parce qu'elle comprend non seulement des prestations positives telles que les subventions elles-mêmes, mais également des interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont d'une même nature et ont des effets identiques » (CJCE, 23 février 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c/ Haute Autorité de la CECA*, aff. 30-59, p. 39).

Ce critère fait souvent appel à des analyses financières dans le cadre de l'application de la notion « d'opérateur en économie de marché » pour déterminer si des interventions étatiques dans l'économie (lorsque l'État investit, octroie du crédit ou une garantie, achète ou vend des biens ou des services sur le marché, privatise, etc.) doivent être qualifiées d'aides d'État (v. not. communication de la Commission préc., pts 73 à 114). À cette fin, il y aura lieu d'apprécier si, *ex ante*, dans des circonstances similaires, un opérateur privé d'une taille comparable, opérant dans les conditions normales du marché, aurait pu être amené à réaliser les opérations en cause.

La conformité de ces opérations avec ces conditions normales de marché peut être établie directement sur la base des données du marché spécifiques à cette opération (opération effectuée *pari passu* par des entités publiques et des opérateurs privés ou appels d'offres concurrentiels, transparents, non discriminatoires et inconditionnels en cas de vente et d'achat). En l'absence de telles données, cette conformité est appréciée en fonction d'autres méthodes disponibles, en examinant les conditions dans lesquelles des opérations comparables réalisées par des opérateurs privés comparables se sont déroulées dans des situations comparables (analyse comparative) ou sur la base d'une méthode d'évaluation standard communément acceptée (en se fondant sur des données disponibles objectives, vérifiables et fiables, suffisamment détaillées pour refléter la situation économique au moment où l'opération a été décidée et en tenant compte du niveau de risque et des attentes pour l'avenir). On fera intervenir dans ce cas des outils financiers comme le taux de rendement interne, la valeur actuelle nette, le coût du capital, le « *capital asset pricing model* », l'expertise indépendante, etc. (Trib. UE, 25 janvier 2018, *Brussels South Charleroi Airport (BSCA) c/ Commission*, aff. T-818/14 ; Trib. UE, 3 juillet 2014, *Espagne, Ciudad de la Luz, e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-319/12 et T-321/12). Ces analyses ne tiendront

pas compte d'éléments non pertinents comme ceux liés aux revenus provenant de prérogatives de l'État (fiscalité, économies sur allocations de chômage), aux externalités positives (développement régional et industriel, politique de l'emploi) et aux considérations philanthropiques ou sociales.

Par exception à ce qui précède, une mesure étatique qui se borne à compenser une entreprise pour les coûts d'exécution d'une obligation de service public sans conférer un avantage réel au bénéficiaire ne constitue pas une aide d'État (CJUE, 24 juillet 2003, Altmark, aff. C-280/00). Quatre conditions cumulatives doivent être remplies pour qu'une telle mesure échappe à la qualification d'aide d'État : premièrement, le bénéficiaire doit effectivement être chargé, par un acte législatif ou réglementaire, de l'exécution d'obligations de service public qui doivent être clairement définies ; deuxièmement, les paramètres de calcul de la compensation doivent être établis à l'avance de manière objective et transparente ; troisièmement, la compensation ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts en cause en tenant compte des recettes et d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ; quatrièmement, lorsque la sélection du bénéficiaire ne résulte pas d'un marché public, la compensation doit être déterminée sur la base d'une analyse des coûts qu'entraîne qu'une entreprise moyenne, bien gérée et suffisamment adéquatement équipée pour répondre aux exigences de service public nécessaires, aurait encouru pour s'acquitter de ces obligations.

« *Certaines* »

Seules peuvent constituer des aides les mesures sélectives, qui confèrent un avantage à certaines entreprises ou catégories d'entreprises ou à certains secteurs économiques.

La sélectivité peut être « matérielle » quand la mesure ne s'applique qu'à certaines entreprises (ou catégories d'entreprises) ou qu'à certains secteurs de l'économie dans un État membre donné. Ce caractère sélectif peut être établi *de jure* ou *de facto*. Les mesures fiscales présentent des difficultés particulières s'agissant du critère de sélectivité. Progressivement, la jurisprudence a développé un test en trois étapes à ce sujet : (i) la définition du cadre de référence pertinent (le système « normal » d'imposition), (ii) la dérogation (avantage non ouvert à toutes les entreprises se trouvant dans des situations comparables), et (iii) l'absence de justification par la nature ou l'économie générale du régime en cause (CJUE, 21 décembre 2016, *Commission c/ World Duty Free*, aff. jtes C-20/15 P et C-21/15 P ; CJUE, 21 décembre 2016, *Commission c/ Lübeck*, aff. C-524/14 P).

La sélectivité peut également être « géographique » ou « régionale » (CJCE, 19 septembre 2000, *Allemagne c/ Commission*, aff. C-156/98, pt 23) selon le système de référence (des mesures qui ne s'appliquent qu'à certaines parties du territoire d'un État membre ne sont pas toutes automatiquement sélectives). Des mesures de portée régionale ou locale peuvent ne pas être considérées comme sélectives en cas d'autonomie institutionnelle, procédurale et financière de l'autorité régionale qui a décidé de la mesure (CJCE, 6 septembre 2006, *Portugal c/ Commission*, aff. C-88/03, pts 62 à 67).

« *Accordées par les États ou au moyen de ressources d'État* »

L'avantage doit impliquer des ressources d'État ou opérer un transfert de ces ressources, ou, lorsqu'un tel transfert n'est pas effectif (notamment en matière d'exemption fiscale, de garantie étatique), constituer une charge supplémentaire ou un risque suffisant d'une telle charge pour le budget de l'État au sens large (CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, aff. C 379/98, pt 62 ; CJUE, 19 mars 2013, *Bouygues et Bouygues Télécom c/ Commission e.a.*, aff. jtes C 399/10 P et C 401/10 P, pts 137, 138 et 139), sans toutefois que cette charge ou ce risque doive être étroitement lié et corresponde à, ou ait pour contrepartie, un avantage spécifique (arrêt *Bouygues préc.*, pt 105). Le contrôle étatique doit être d'un degré suffisant, quelles que soient les circonstances (CJCE, 15 juillet 2004, *Pearle*, aff. C 345/02, pts 36 à 39 ; CJUE, 28 mars 2019, *Allemagne c/ Commission*, aff. C-405/16 P). En outre, contrairement au mot « ou » du texte du traité, la mesure doit également être « imputable » à l'État, ce qui suppose, lorsque l'avantage est octroyé par l'intermédiaire d'entreprises publiques ou même privées, que les autorités publiques aient été impliquées, d'une manière ou d'une autre, dans l'adoption de la mesure (CJCE, 16 mai 2002, *France c/ Commission (Stardust)*, aff. C 482/99, pts 52 à 57). L'octroi de l'avantage directement ou indirectement au moyen de ressources d'État et son imputabilité à l'État sont deux conditions distinctes et cumulatives mais souvent examinées conjointement, car elles sont toutes deux liées à l'origine de la mesure.

« Faussement ou qui menacent de fausser la concurrence » et « dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres »

L'avantage doit avoir pour effet, réel ou potentiel, de fausser la concurrence et doit affecter, réellement ou potentiellement, les échanges entre États membres. Ces deux critères, distincts et nécessaires, sont dans la pratique souvent traités conjointement, car ils sont généralement considérés comme indissociablement liés. Leur caractère potentiel, sans nécessité de démonstration d'effet réel et concret (et donc d'étude économique quelconque), doit être souligné. Il suffit de démontrer que la mesure est de nature à renforcer la position concurrentielle du bénéficiaire par rapport à d'autres entreprises concurrentes, il n'est pas requis que la distorsion de concurrence ou l'affectation des échanges entre États membres soit sensible ou substantielle, mais seulement potentielle, à condition de ne pas être hypothétique ou présumée (CJCE, 17 septembre 1980, *Philip Morris Holland c/ Commission*, aff. 730/79). Cette possibilité n'est pas pour autant automatiquement établie et elle doit donc être démontrée (TPICE, 6 septembre 2006, *Italie et Wam c/ Commission*, aff. jtes T 304/04 et T 316/04, pt 63, confirmé par CJCE, 30 avril 2009, *Commission c/ Italie et Wam*, aff. C-494/06 P). On notera une tendance récente du Tribunal, à la suite d'une série de décisions de la Commission, à réduire quelque peu l'étendue de la notion d'affectation potentielle des échanges entre États membres s'agissant d'aides à des bénéficiaires de dimension locale qui doivent faire l'objet d'une démonstration au cas par cas. Les effets prévisibles de certaines mesures peuvent en effet s'avérer marginaux compte tenu de la dimension locale de l'activité concernée ou de la faiblesse du chiffre d'affaires en cause, à titre d'indice d'activité économique très réduite (Trib. UE, 14 mai 2019, *Marinvest c/ Commission*, aff. T-728/17, pt 109 ; communication de la Commission préc., pt 192).

Par ailleurs, on notera que l'article 107, paragraphe 1, TFUE commence par les mots « *Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur* » : l'interdiction des aides d'État n'est donc pas absolue (d'où l'emploi du mot « incompatibles », qui sous-entend que certaines aides peuvent être déclarées compatibles avec le marché intérieur). C'est l'objet des

paragraphe 2 (aides compatibles de plein droit) et 3 (aides compatibles selon l'appréciation exclusive et discrétionnaire de la Commission) de l'article 107 TFUE.

## **JURISPRUDENCES PERTINENTES**

[CJUE, 28 mars 2019, \*Allemagne c/ Commission\*, aff. C-405/16 P, EU:C:2019:268](#)

CJUE, 21 décembre 2016, *Commission c/ World Duty Free*, aff. jtes C-20/15 P et C-21/15 P, EU:C:2016:981

[CJUE, 21 décembre 2016, \*Commission c/ Lübeck\*, aff. C-524/14 P, EU:C:2016:971](#)

CJUE, 21 novembre 2013, *Deutsche Lufthansa AG c/ Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH*, aff. C 284/12, EU:C:2013:755

CJUE, 19 mars 2013, *Bouygues et Bouygues Télécom c/ Commission e.a.*, aff. jtes C 399/10 P et C 401/10 P, EU:C:2013:175

CJUE, 2 septembre 2010, *Commission c/ Scott*, aff. C 290/07 P, EU:C:2010:480

CJCE, 30 avril 2009, *Commission c/ Italie et Wam*, aff. C-494/06 P, EU:C:2009:272

CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates c/ Commission*, aff. C 487/06 P, EU:C:2008:757

[CJCE, 1er juillet 2008, \*MOTOE\*, aff. C 49/07, EU:C:2008:376](#)

[CJCE, 6 septembre 2006, \*Portugal c/ Commission\*, aff. C-88/03, EU:C:2006:511](#)

[CJCE, 15 juillet 2004, \*Pearle\*, aff. C 345/02, EU:C:2004:448](#)

[CJUE, 24 juillet 2003, \*Altmark\*, aff. C-280/00, C:EU:2003:415](#)

CJCE, 16 mai 2002, *France c/ Commission (Stardust)*, aff. C 482/99, EU:C:2002:294

CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, aff. C 379/98, EU:C:2001:160

CJCE, 19 septembre 2000, *Allemagne c/ Commission*, aff. C-156/98, EU:C:2000:467

CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov e.a.*, aff. jtes C 180/98 à C 184/98, EU:C:2000:428

CJCE, 11 juillet 1996, *SFEI e.a. c/ La Poste e.a.*, aff. C 39/94, EU:C:1996:285

CJCE, 17 septembre 1980, *Philip Morris Holland c/ Commission*, aff. 730/79, EU:C:1980:209

CJCE, 2 juillet 1974, *Italie c/ Commission*, aff. 173/73, EU:C:1974:71

CJCE, 23 février 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c/ Haute Autorité de la CECA*, aff. 30-59, EU:C:1961:2

Trib. UE, 14 mai 2019, *Marinvest c/ Commission*, aff. T-728/17, EU:T:2019:325

Trib. UE, 25 janvier 2018, *Brussels South Charleroi Airport (BSCA) c/ Commission*, aff. T-818/14, EU:T:2018:33

Trib. UE, 3 juillet 2014, *Espagne, Ciudad de la Luz, e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-319/12 et T-321/12, EU:T:2014:604

TPICE, 6 septembre 2006, *Italie et Wam c/ Commission*, aff. jtes T 304/04 et T 316/04, EU:T:2006:239

## **BIBLIOGRAPHIE**

BACON (K.), *European Union Law of State Aid*, 3e éd., Oxford University Press, 2017

BARENTS (R.), *Directory of EU Case Law on State Aids*, 3e éd., Alphen-sur-le-Rhin, Wolters Kluwer, 2019

DONY (M.), *Aides d'État*, Bruxelles, Larcier, 2019

HANCHER (L.), SLOT (P.-J.) et OTTERVANGER (T.), *EU State Aids*, 6e ed. Sweet & Maxwell, 2021

KARPENSCHIF (M.), *Manuel de droit européen des aides d'État*, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 2019

PESARESI (N.), VAN DE CASTEELE (K.), FLYNN (L.) et SIATERLI (Ch.), *EU Competition Law Volume IV : State Aid, Book One*, 2e éd., Deventer/Leuven, Claeys & Casteels, 2016

QUIGLEY (C.), *European State Aid Law and Policy*, 3e éd., Oxford/Portland, Hart Publishing, 2015

SÄCKER (F.) et MONTAG (F.), *European State Aid Law : A Commentary*, Munich, Beck-Hart-Nomos, 2016

WERNER (Ph.) et VEROUDEN (V.) (dir.), *EU State Aid Control : Law and Economics*, Alphen-sur-le-Rhin, Wolters Kluwer, 2016

Communication de la Commission relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *JOUE* n° C 262 du 19 juillet 2016, p. 1

- [PREMIER APERÇU](#)
- [POUR ALLER PLUS LOIN](#)
- [JURISPRUDENCES PERTINENTES](#)
- [BIBLIOGRAPHIE](#)

## AUTEUR

- [Jacques Derenne](#)

---

Sheppard Mullin (Brussels)

## CITATION

Jacques Derenne, Aide d'Etat (notion), Dictionnaire de droit de la concurrence, Concurrences, Art. N° 86434

Visites<sup>14374</sup>

## DÉFINITION INSTITUTION

Les principes de base concernant le contrôle des aides d'État et autres afin qu'elles ne faussent pas la concurrence, se trouvent dans les articles 107 à 109 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. La Commission détermine si une aide est contraire à la norme du Traité. Elle peut enjoindre à l'État membre de mettre un terme à cet aide et au destinataire de l'aide illicite de la rembourser. Dans les traités d'origine, le contrôle des aides d'État était motivé par le souci d'empêcher le favoritisme national et de promouvoir des perspectives d'échanges commerciaux et de concurrence entre les États membres. La DG Concurrence gère le système de notification et d'autorisation. Elle est chargée de la politique et des décisions en matière d'aides d'État dans la plupart des secteurs d'activité. D'autres directions générales appliquent les règles dans les transports, le charbon, l'agriculture et la pêche. Le critère concret est de savoir si l'aide fausse la concurrence ou menace de la fausser en favorisant certains produits ou certaines entreprises (et affecte les échanges intracommunautaires). Sur cette base, les éléments qui définissent les aides d'État sont les ressources publiques, les avantages octroyés aux entreprises ou aux secteurs, la sélectivité, la compétition faussée et les effets sur les échanges. La classification dans la catégorie appropriée a des conséquences pratiques. En effet, une mesure qui rentre dans la catégorie formelle des « aides d'État » doit faire préalablement l'objet d'une notification et d'une approbation par la Commission. Par conséquent, la première question à résoudre est de savoir si un programme ou une mesure constitue une aide. Ensuite, pour déterminer si cette aide est compatible avec le marché commun, le Traité décrit les objectifs licites des aides. Les aides sont autorisées si elles sont destinées à remédier au sous-développement et au sous-emploi, à une perturbation grave de l'économie, ainsi qu'à réaliser des projets importants d'intérêt européen commun. Les aides aux autres développements régionaux, à la promotion de la culture et à la préservation de l'héritage, ne sont autorisées que lorsqu'elles n'affectent pas les échanges commerciaux dans une mesure contraire à l'intérêt commun. © **OCDE**