

Droit de la concurrence interne et européen

Leçon 11 : Le contrôle des comportements étatiques

Linda ARCELIN

Table des matières

Section 1 : Le contrôle de l'octroi d'un droit spécial ou exclusif à une entreprise.....	p. 2
§ 1 : L'octroi de droits spéciaux ou exclusifs.....	p. 2
A - La combinaison de l'article 106 § 1 et de l'article 101 TFUE.....	p. 2
B - La combinaison de l'article 106 § 1 et de l'article 102 du TFUE.....	p. 3
§ 2 : Les services d'intérêt économique général.....	p. 4
A - La notion de SIEG.....	p. 5
B - L'investiture par l'État.....	p. 6
C - Ne pas faire échec à l'accomplissement de la mission.....	p. 6
Section 2 : Le contrôle des aides d'État.....	p. 8
§ 1 : La notion d'aide d'État à une entreprise.....	p. 8
A - L'origine étatique de l'aide.....	p. 9
B - L'octroi d'un avantage pour l'entreprise bénéficiaire.....	p. 9
1. Les principes généraux.....	p. 9
2. Le principe de l'investisseur privé en économie de marché.....	p. 10
C - Le caractère sélectif de l'aide.....	p. 12
D - L'affectation du commerce entre États membres.....	p. 13
§ 2 : La compatibilité des aides d'État.....	p. 13
A - Les aides compatibles.....	p. 13
B - Les aides susceptibles d'être compatibles.....	p. 13
§ 3 : Le contrôle des aides d'État.....	p. 14
A - La procédure de contrôle.....	p. 15
B - Les décisions.....	p. 15

Cela fait bien longtemps que l'État n'est plus neutre, qu'il intervient régulièrement sur le marché comme opérateur économique. Lorsqu'il offre ainsi des produits ou des services, il agit comme une entreprise et peut alors relever des articles 101 et 102 du TFUE. Mais il n'intervient pas seulement en qualité d'opérateur économique : par ses actes, il peut influencer le marché, et même fausser la concurrence, en octroyant des droits et monopoles (section 1) et des aides publiques (section 2).

Section 1 : Le contrôle de l'octroi d'un droit spécial ou exclusif à une entreprise

La liberté du commerce et de l'industrie proclamée par la loi des 2 et 17 mars 1791 s'applique tant aux opérateurs privés que publics. En se fondant pour la première fois sur ce texte, le conseil d'État a ainsi jugé dès 1915 que ce principe commandait non seulement d'exercer librement une activité professionnelle, mais encore de l'exercer dans un système de libre concurrence, ce qui exclut que toute personne publique, jouissant de prérogatives et de privilèges exorbitants, puisse en fausser les règles par sa participation directe (Conseil d'État, 6 mars 1914, déc. n° 48885, Syndicat de la Boucherie).

Si l'Union européenne ne s'immisce pas dans la création par un État membre de la création d'une entreprise publique, elle veille néanmoins à ce que les droits accordés à celle-ci ne viennent pas fausser la concurrence. Tels sont les objectifs des deux dispositions principales dans ce domaine : l'article 106 § 1 et l'article 106 § 2 du TFUE.

§ 1 : L'octroi de droits spéciaux ou exclusifs

Art. 106 § 1 : « *Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus* ».

Les termes de cette première disposition méritent d'être précisés. Tout d'abord, selon la directive n° 2006/111/CE du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, ces dernières sont définies, de façon générale, comme « *toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent* » (art. 2 b). Ensuite, les droits exclusifs sont « *accordés par un État membre à une entreprise au moyen de tout instrument législatif, réglementaire et administratif, qui lui réservent le droit de fournir un service ou d'exercer une activité sur un territoire donné* » (art. 2 f) tandis que les droits spéciaux sont « *accordés par un État membre à un nombre limité d'entreprises au moyen de tout instrument législatif, réglementaire et administratif qui, sur un territoire donné :*

- i) limite à deux ou plus le nombre de ces entreprises, autorisées à fournir un service ou à exercer une activité, selon des critères qui ne sont pas objectifs, proportionnels et non discriminatoires ; ou*
- ii) désigne, selon de tels critères, plusieurs entreprises concurrentes, comme autorisées à fournir un service ou exercer une activité ; ou*
- iii) confère à une ou plusieurs entreprises, selon de tels critères, des avantages légaux ou réglementaires qui affectent substantiellement la capacité de toute autre entreprise de fournir le même service ou de se livrer à la même activité sur le même territoire dans des conditions substantiellement équivalentes » (art. 2 G).*

L'article 106 TFUE « *n'a pas de portée autonome en ce sens qu'il doit être lu en combinaison avec les règles pertinentes du traité* » (CJCE, 19 avr. 2007, aff. C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales). L'État doit en particulier veiller à ce que les droits qu'il accorde ne conduisent pas à la conclusion d'une entente ou à une situation d'abus automatique.

A - La combinaison de l'article 106 § 1 et de l'article 101 TFUE

Lorsque l'État accorde un droit exclusif à une entreprise ou organise lui-même un consortium obligatoire et fermé à qui il concède ensuite un monopole, il doit veiller à ne pas les conduire à la conclusion d'entente. Ce point a été rappelé par la CJCE dans une affaire où un décret de 1923 avait justement confié à un consortium italien obligatoire et fermé un monopole commercial pour la fabrication d'allumettes. En 1993, le monopole fiscal a été supprimé. Un fabricant allemand se plaignit de la difficile pénétration sur ce marché. Saisie d'une question préjudicielle, la CJCE réaffirma que l'autorité nationale de concurrence doit laisser inappliquée une législation nationale qui conduit à la conclusion d'ententes contraires à l'article 81 CE (101 TFUE) ou en renforce les effets (CJCE, 9 sept. 2003, aff. C-198/01, *CIF* : *Europe* 2003, comm. n° 366, obs. L. Idot. V. Pour les jurys d'examen à la profession d'avocat : CJCE (ord), 17 février 2005, aff. C-250/03, *Giorgio Emanuele Mauri* : *Europe* 2005, comm. n° 137, obs. L. Idot).

B - La combinaison de l'article 106 § 1 et de l'article 102 du TFUE

Les pouvoirs publics doivent aussi veiller à ne pas placer les entreprises bénéficiaires dans une situation dite d'abus automatique. En cas de violation de cette disposition, la loi nationale est inapplicable. Les entreprises ne peuvent être sanctionnées, sauf si la loi leur conférerait une certaine marge de manœuvre par l'adoption de comportements anticoncurrentiels autonomes (CJCE, 9 sept. 2003, op. cit.).

Cette théorie dite de l'abus automatique a été dégagée par la Cour de justice en 1991 :

Exemple

« le simple fait de créer une position dominante par l'octroi de droits exclusifs, au sens de l'article 90, § 1, du traité, n'est pas, en tant que tel, incompatible avec l'article 86 du traité. Un État membre n'enfreint, en effet, les interdictions contenues à ces deux dispositions que si l'entreprise en cause est amenée, par le simple exercice du droit exclusif qui lui a été conféré, à exploiter sa position dominante de façon abusive » (CJCE, 23 avril 1991, aff. [C-41/90](#), Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH : RJS 1991, p. 474 ; JDI 1992, p. 467). Ce principe a par la suite été rappelé par la Cour (v. CJCE, 18 juin 1991, aff. [C-260/89](#), ERT – 10 déc. 1991, aff. C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova – 13 déc. 1991, aff. C-18/88, RTT c/ GB-INNO-BM – 17 mai 1994, aff. C-18/93, Corsica Ferries – 5 oct. 1994, aff. C-323/93, Centre d'insémination artificielle de la Crespelle – 14 déc. 1995, aff. C-387/93, Banchemo – 17 juillet 1997, aff. [C-242/95](#), GT-Link, Rec. CJCE 1995, I, p. 4449 – 11 déc. 1997, aff. C-55/96, Job Centre – 12 févr. 1998, aff. [C-163/96](#), S. Raso – 18 juin 1998, aff. [C-266/96](#), Corsica Ferries – 21 sept. 1999, aff. C-67/96, Albany – 21 sept. 1999, aff. [C-115 à C-117/97](#), Brentjens – 21 sept. 1999, aff. [C-219/97](#), Bokken) et adopté par la Commission européenne (Comm. CE, déc. n° 95/489/CE, 4 octobre 1995, Conditions imposées au second opérateur de radiotéléphonie GSM en Italie : JOCE n° L 280, 23 novembre 1995, p. 49 – déc. n° 97/744/CE, 21 oct. 1997, Dispositions de la législation portuaire italienne en matière de travail : JOCE n° L 301, 5 novembre 1997, p. 1 – Déc. n° 97/745/CE, 21 oct. 1997, Tarifs de pilotage dans le port de Gênes : JOCE n° L 301, 5 nov. 1997, p. 27). Tel est le cas, par exemple, si les pouvoirs publics homologuent des tarifs discriminatoires favorisant les entreprises nationales pratiqués par l'entreprise disposant d'un droit spécial ou exclusif (TPICE, 12 déc. 2000, aff. T-128/98, Aéroport de Paris : Europe 2001, comm. n° 62, obs. L. Idot).

Par exemple, la Cour de justice a jugé qu'une réglementation publique conférant à une entreprise d'organisation de compétitions sportives le pouvoir de donner un avis conforme sur les demandes d'autorisation présentées par des opérateurs économiques en vue de l'organisation de telles compétitions était contraire aux articles 106 et 102 TFUE combinés ; en effet, un tel pouvoir d'avis, lorsqu'il n'est accompagné d'aucune limite ou obligation est incompatible avec un système de concurrence non faussée en raison de l'avantage qu'il confère à l'entreprise par rapport à ses concurrents (CJCE, 1^{er} juill. 2008, aff. [C-49/07](#), MOTOE : RLC 17/2008, p. 25, obs. L. Arcelin Lécuyer)

La jurisprudence s'est montrée longtemps très sévère, écartant quasiment la démonstration d'un abus caractérisé de la part du bénéficiaire du droit. Les derniers arrêts rendus reviennent quelque peu sur cette jurisprudence.

Exemple

Dans son arrêt DEI (Trib. UE, 20 sept. 2012, aff. [T-169/08](#)), le Tribunal souligne en effet que la Commission ne peut se borner à constater que la mesure publique maintient, par les droits spéciaux ou exclusifs qu'elle accorde, une position dominante au profit d'une entreprise et crée, à ce titre, une inégalité entre opérateurs économiques sur le marché. Au contraire, la Commission doit identifier et établir « à suffisance de droit à quel abus (...) la mesure étatique en cause a amené ou pouvait amener la requérante ». Ainsi, la Commission doit-elle démontrer de façon plus précise et argumentée l'existence ou la possibilité d'un comportement contraire à l'article 102 TFUE lié à la mesure publique litigieuse. Or, « en constatant simplement que la requérante, ancienne entreprise monopolistique, continue à maintenir une position dominante sur le marché de gros de l'électricité grâce à l'avantage que lui donne l'accès privilégié au lignite et que cette situation crée une inégalité des chances sur ce marché entre la requérante et les autres entreprises, la Commission n'a ni identifié ni établi à suffisance de droit à quel abus, au sens de l'article 82 CE, la mesure étatique en cause a amené ou pouvait amener la requérante » (pt. 93).

§ 2 : Les services d'intérêt économique général

L'article 106 § 2 tend à justifier certaines pratiques commises par une entreprise dominante gérant un service d'intérêt économique général.

Art. 106 § 2 : « Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence,

dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union. »

L'article 106, § 2, CE n'est applicable que si trois conditions sont réunies : « *premièrement, le service en question doit être un SIEG et être clairement défini en tant que tel par l'État membre ; deuxièmement, l'entreprise concernée doit avoir été explicitement chargée par l'État membre de la fourniture de ce SIEG ; troisièmement, l'application des règles de concurrence du traité doit faire échec à l'accomplissement de la mission particulière impartie à l'entreprise et la dérogation ne doit pas affecter le développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté* » (TPICE, 26 juin 2008, aff. T-442/03, SIC, pt 144).

A - La notion de SIEG

La communication de 2001 sur les services d'intérêt général en Europe définit en annexe ces services comme des activités de service marchand remplissant des missions d'intérêt général et soumises, de ce fait, par les États membres à des obligations de service public. Ils ont vocation à profiter à tous, dans les mêmes conditions, quelle que soit la situation. Cette optique n'est absolument pas partagée par les entreprises privées. Si ces dernières devaient accomplir les mêmes prestations, les prix seraient calculés en fonction des coûts occasionnés. Au lieu de cela, le service universel repose sur un tarif unique, s'opérant sur la base d'une péréquation entre les zones déficitaires et celles qui sont rentables. On comprend alors qu'un monopole soit nécessaire pour l'exercice de ces activités. Ainsi que l'avocat général Tesauro le soulignait, « *cette péréquation présuppose un monopole légal. En effet, si le service est libéralisé, la concurrence se concentrerait sur les lignes les plus rentables écrémant les profits de l'administration. En l'absence de monopole légal, l'administration devrait, pour maintenir son équilibre financier, renoncer à la péréquation tarifaire et adopter des tarifs différenciés* » (Concl. sous CJCE, 19 mai 1993, aff. [C-320/91](#), *Procureur du Roi c/ Paul Corbeau* : D. 1993, inf. rap. p. 169 ; *RTD eur.* 1994, p. 39, obs. Wachsmann et Berrod ; *Europe* 1993, comm. n° 304 ; *Contrats, conc., consom.* 1993, comm. n° 135, obs. L. Vogel). Ces considérations auraient pu conduire à identifier cette activité comme étrangère au marché. Pourtant, les rapports entre le droit de la concurrence et le SIEG se résument davantage en termes d'application que d'applicabilité du Traité. Le service constitue bien une activité économique pouvant être appréhendée au regard des articles 101 et 102, mais il est susceptible de bénéficier de l'exemption de l'article 106, paragraphe 2. D'après cet article, « *les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ... sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* ».

Exemple

Exemples de SIEG :

- les entreprises chargées de services de télécommunications (CJCE, 19 mars 1991, aff. [C-202/88](#), France c/ Commission : *AJDA* 1991, p. 540, note Le Mire ; *RFDA* 1991, p. 291, note Nedjar ; *JDI* 1992, p. 463, note M.-A. Hermitte – 13 décembre 1991, aff. [C-18/88](#), RTT : *Gaz. Pal.* 1992, 1, p. 37, note Deleporte ; *Petites affiches* 29 avril 1992, p. 28, note Cartou),
- de service de collecte, de transport et de distribution de courrier (CJCE, 1^{er} juill. 2008, aff. [C-341/06 et 342/06 P](#) Chronopost – TPICE, 1^{er} juill. 2008, aff. [T-266/02](#), Deutsche Post AG),
- de l'audiovisuel (CJCE, 18 juin 1991, aff. [C-260/89](#), ERT – 25 juillet 1991, aff. [C-353/89](#), BBC),
- de placement de chômeurs (CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Klaus. Höfner et Fritz. Elser c/ Macrotron GmbH : *RJS* 1991, p. 474 ; *JDI* 1992, p. 467 – 11 déc. 1997, aff. C-55/96, Job Centre Coop. arl. : *Europe* 1998, comm. n° 66, obs. L. Idot), d'exploitation de lignes aériennes (CJCE, 11 avr. 1989, aff. 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro GmbH c/ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.),
- de traitement de déchets de chantiers non dangereux (CJCE, 23 mai 2000, aff. [C-209/98](#), Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) et Københavns Kommune : *Europe* 2000, comm. n° 218, obs. L. Idot),
- mais pas celles exerçant dans le domaine bancaire (CJCE, 14 juill. 1981, aff. 172/80, Züchner c/ Bayerische Vereinsbank : *RTD eur.* 1982, p. 745, note Ch. Gavalda).

B - L'investissement par l'État

L'entreprise est « chargée » par l'État d'une mission particulière. Ces rapports étroits doivent être formalisés par un acte de la puissance publique (CJCE, 21 mars 1974, aff. [127/73](#), BRT/SABAM : *Rec. CJCE* 1974, I, p. 313) et non par une simple autorisation de l'État (CJCE, 14 juill. 1981, aff. [172/80](#), Züchner).

C - Ne pas faire échec à l'accomplissement de la mission

La troisième condition renvoie à l'idée de proportionnalité.

La mise en œuvre des règles concurrentielles du traité rend impossible l'accomplissement de la mission de service d'intérêt économique général que l'entreprise est chargée d'assumer. Ainsi, la constitution d'un monopole doit-elle rester l'ultime recours.

Exemple

Par exemple, la commune de Copenhague a pu juger nécessaire de donner à seulement trois entreprises le droit de recycler des déchets pour éviter leur enfouissement sauvage, afin d'assurer à ces entreprises un centre de traitement important, de façon à les intéresser économiquement à une activité qui n'était pas pratiquée sur le territoire de la commune auparavant. Une mesure moins restrictive, comme une simple obligation de recyclage des déchets, n'aurait pas nécessairement garanti le recyclage de la plupart des déchets produits dans la commune, en raison même de l'insuffisance des capacités de traitement desdits déchets, puisqu'il aurait fallu qu'une entreprise prenne le risque économique de se lancer dans cette activité économique d'intérêt général. L'octroi de droits à trois entreprises seulement est alors nécessaire à l'accomplissement de cette mission spécifique, au sens de l'article 86, paragraphe 2, CE (CJCE, 23 mai 2000, aff. C-209/98, Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) et Københavns Kommune).

C'est dans ce cadre que peuvent être appréciées ce que l'on appelle les facilités essentielles ou infrastructures essentielles. La théorie des facilités ou infrastructures essentielles a été dégagée par les autorités communautaires. Selon le Tribunal de Première instance, les infrastructures, produits ou services sont essentiels lorsqu'ils « ne sont pas interchangeables et que, en raison de leurs caractéristiques particulières, et notamment du coût prohibitif de leur reproduction et/ou du temps raisonnable requis à cette fin, il n'existe pas

d'alternatives viables pour les concurrents potentiels [du titulaire des infrastructures], qui se trouveraient, de ce fait, exclus du marché » (TPICE, 15 sept.1998, aff. [T-374/94](#), [T-375/94](#), [T-384/94](#) et [T-388/94](#), *European Night Services Ltd c/ Commission* : Europe 1998, comm. n° 377, obs. L. Idot ; *Contrats, conc., consom.* 1998, comm. n° 165, obs. S. Poillot-Peruzzetto. V. auparavant, Comm. CE, déc. n° 94/19/CE, 21 déc. 1993, *Sea Containers c/ Stena Sealink* : JOCE n° L 15, 18 janvier 1994, p. 8 ; Europe 1994, comm. n° 115, obs. L. Idot ; *Rev. Marché commun* 1995, p. 47, obs. L. Vogel – Déc. n° [94/119/CE](#), 21 déc. 1993, *relative au refus d'accès aux installations du Port de Rodby* : JOCE n° L 55, 26 févr. 1994, p. 52 ; Europe 1994, comm. n° 156, obs. L. Idot). Associée à la libéralisation progressive des services publics et l'ouverture des réseaux, la théorie des facilités essentielles contribue à l'accessibilité des marchés aux tiers. Dès lors, lorsqu'il détient une position dominante, l'exploitant d'infrastructures ou de facilités essentielles a l'obligation d'en ouvrir l'accès à ses concurrents potentiels (Comm. CE, déc. n° 94/19/CE, op. cit. – Déc. n° 94/119/CE, op. cit.), d'assurer l'égalité de traitement entre opérateurs (Comm. CE, déc. n° 99/239/CE, 10 févr. 1999, *Ilamilulaitos c/ Luftfartsverket* : JOCE n° L 69, 16 mars 1999, p. 24 – Déc. n° 99/243/CE, 10 février 1999, *Aéroports portugais* : JOCE n° L 69, 16 mars 1999, p. 31 ; Europe 1999, comm. n° 185, obs. L. Idot ; *Contrats, conc., consom.* 1999, comm. n° 96, obs. S. Poillot-Peruzzetto – Déc. n° 2000/521/CE, 26 juill. 2000, *relative à une procédure d'application de l'article 86, paragraphe 3 CE* : JOCE n° L 208, 18 août 2000 ; Europe 2000, comm. n° 313) sauf dans le cas où il peut justifier d'un refus pour une raison objective consistant dans une « *contrainte insurmontable* » (Comm. CE, déc. n° 98/190/CE, 14 janv. 1998, *Flughafen Frankfurt am Main AG* : JOCE n° L 72/30, 11 mars 1998, p. 30) et lorsque le service essentiel n'est pas indispensable à l'activité de l'opérateur (CJCE, 26 nov. 1998, aff. [C-7/97](#), *Oscar Bronner GmbH* : Europe 1999, comm. n° 30, obs. L. Idot).

Remarque

Développée à propos des entreprises gérant un service public, la théorie s'est ensuite appliquée à des entreprises n'assumant pas de mission de service public : on pense par exemple, à l'extension de la théorie aux droits de propriété intellectuelle ou industrielle. Mais cette dernière application reste controversée. De manière générale, l'application de la théorie aux installations privées est discutable : en effet, la détention d'une structure essentielle peut être le fruit de longs et coûteux investissements et d'une réussite de l'entreprise.

Section 2 : Le contrôle des aides d'État

L'octroi d'aides de la part de l'État peut venir fausser la concurrence entre entreprises nationales et européennes. Aussi le droit européen contrôle-t-il ces interventions grâce à un arsenal juridique de plus en plus pointu dans un contexte de modernisation s'intégrant dans Communication de la Commission intitulée « Europe 2020 - Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive » du 3 mars 2010.

L'aide économique publique est entendue, de manière large, comme une mesure des pouvoirs publics tendant à faciliter l'activité d'une personne privée. Parmi les diverses formes qu'elle peut prendre, on peut recenser, dans une optique non exhaustive, les subventions financières, exonérations et dégrèvements de charges fiscales, parafiscales ou de cotisations sociales, les prêts à taux préférentiels, les prêts avec un différé de remboursement, les primes à l'achat de certains matériels, les cessions de terrains ou de bâtiments à titre gratuit ou à des conditions particulièrement avantageuses, le cautionnement par l'État des emprunts à taux bonifiés de certaines entreprises, les dotations en capital...

Ces aides d'État sont par principe, interdites par le droit européen. Pour simplifier, l'État ne peut aider financièrement une entreprise sur son territoire car cela est discriminatoire et cela revient à fausser la concurrence avec les autres entreprises, notamment européennes.

C'est ce qui ressort à la lecture de l'article 107, § 1 du TFUE :

« 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 ».

Le texte prévoit cependant des dérogations.

Exemple

Le 26 février 2025, la Commission a publié la communication intitulée « Le pacte pour une industrie propre : une feuille de route commune pour la compétitivité et la décarbonation » (le « pacte pour une industrie propre »). La Communication du 4 juillet 2025 ([C/2025/3602](#)) vient encadrer les aides d'État visant à soutenir le pacte pour une industrie propre en définissant la manière dont les États membres peuvent concevoir des mesures d'aide d'État pour soutenir leurs objectifs liés audit pacte.

Certaines aides sont tout à fait compatibles avec le traité CE selon l'article 107, § 2 du TFUE. Le § 3 de l'article 107 vise ensuite les aides simplement susceptibles d'être compatibles. Mais avant de les envisager (§ 2), il convient dans un premier temps d'étudier la notion même d'aide d'État, d'en dégager les critères (§ 1). Nous verrons en dernier lieu, le contrôle exercé par la Commission (§ 3).

§ 1 : La notion d'aide d'État à une entreprise

L'article 107, s'il vise les aides d'État, n'en donne pas vraiment une définition précise. Il se contente d'envisager « 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 production ». S'il n'y a pas vraiment de définition ferme (v. cependant, le Projet de Communication de la Commission sur la notion d'aides d'État au sens de l'article 107 § 1 TFUE, janvier 2014), même en jurisprudence, il existe néanmoins des critères permettant d'identifier une aide d'État :

- l'aide doit avoir une origine étatique (A) ;
- elle doit octroyer un avantage pour l'entreprise bénéficiaire (B) ;
- elle doit avoir un caractère sélectif (C) ;
- elle doit affecter le commerce entre États membres (D).

Cette aide doit être accordée à une entreprise au sens du droit de la concurrence, c'est-à-dire une entité exploitant une activité économique.

Exemple

V. CJUE, 3 avr. 2014, aff. [C-559/12 P](#), France c/ Commission : *RLC* n° 40/2014, p. 40, note B. Cheynel - CJUE, 27 juin 2017, off. [C-74/16](#), Congrégation de Escuelas Pias Province Betania : *Contrats, conc., consom.*, 2017, comm. n° 183, obs. G. Decocq. V. C. Galokho, « Les tarifs des professions réglementées et le droit européen des aides d'État », *RLC* 50/2016, p. 47).

A - L'origine étatique de l'aide

L'aide doit venir de l'État ; mais cette origine s'apprécie de deux façons, selon que l'on se réfère à l'entité qui octroie les fonds (imputabilité à l'État) ou à la nature des fonds versés.

Concernant l'entité qui verse les fonds (critère d'origine organique), l'État ne doit pas être entendu de manière restrictive. Peuvent également être à l'origine d'une aide d'État les collectivités publiques territoriales comme des régions, des organismes publics ou privés que l'État a institué ou désigné en vue de gérer l'aide, et même une entreprise privée sur laquelle l'État exerce un certain contrôle.

Exemple

Ainsi, dans une affaire qui avait mis en cause le Crédit agricole, les allocations versées par lui aux agriculteurs ont été qualifiées d'aides d'État parce que l'État disposait d'un pouvoir d'approbation des décisions de l'entreprise (CJCE, 30 janv. 1985, aff. C-210/93).

Concernant l'origine des ressources (critère d'origine matériel), là encore, la conception est extensive. Peu importe la forme de l'engagement des ressources publiques, dépense ou renonciation à une recette ; peu importe le caractère provisoire ou non de la détention des ressources par l'État ; peu importe la nature des fonds dès lors que l'État en a le contrôle

Exemple

Pour des dépôts privés gérés par la Caisse des Dépôts et consignations, v. TPICE, 12 déc. 1996, Ladbroke, confirmé par CJCE, 16 mai 2000 : le fait que l'État soit investi à un moment donné de la faculté de décider de l'orientation des fonds suffit à rendre ces fonds publics au sens de l'article 87.

B - L'octroi d'un avantage pour l'entreprise bénéficiaire

Au sens de l'article 107, § du TFUE, l'avantage est un avantage économique qu'une entreprise n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché, c'est-à-dire en l'absence d'intervention de l'État.

1. Les principes généraux

La forme précise de la mesure n'entre pas en ligne de compte pour établir si cette dernière procure un avantage économique à l'entreprise. Non seulement l'octroi d'avantages économiques positifs est pertinent pour la notion d'aide d'État, mais l'exonération de charges économiques peut également constituer un avantage.

Une question particulière se pose à propos des services publics. Lorsque l'État impose des obligations de service public à une entreprise, il peut corrélativement aider cette entreprise, lui octroyer une contrepartie financière, telle qu'une subvention. Cette subvention est-elle une aide d'État devant être notifiée ? La CJCE a répondu par la négative en posant toutefois des conditions (CJCE, 24 juill. 2003, aff. [C-280/00](#), Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg et Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH : *D.* 2003, p. 2814, note J.-L. Clergerie – V. déjà, CJCE, 22 nov. 2001, aff. [C-53/00](#), Ferring). Ainsi, la qualification d'aide d'État est écartée si de telles subventions constituent une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public. Quatre conditions doivent être réunies :

- l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies ;
- les paramètres sur la base desquels a été calculée la compensation doivent avoir été préalablement établis de façon objective et transparente ;
- la compensation ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes qui y sont liées ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ;
- lorsque le choix de l'entreprise chargée de l'exécution d'obligations de service public n'a pas été effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire doit avoir été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne aurait à supporter compte tenu des recettes et du bénéfice raisonnable tiré de l'exécution de ces obligations.

La Commission a consacré ces conditions dans sa communication relative à l'encadrement de l'union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public de janvier 2012 (JOUE n° C 8, 11 janv. 2012, p. 15) et dans celle concomitante relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général (JOUE n° C 8, 11 janv. 2012, p. 4).

Exemple

Affaire Chronopost.

L'Union française de l'express (UFEX) reprochait à Chronopost, utilisant le réseau de sa société mère La Poste, de bénéficier de divers avantages constitutifs d'aides d'État. Le 11 juillet 1996, dans son arrêt SFEI, la CJCE (questions préjudicielles) avait jugé que « la fourniture d'une assistance logistique et commerciale par une entreprise publique à ses filiales de droit privé exerçant une activité ouverte à la libre concurrence est susceptible de constituer une aide d'État au sens de l'article 92 du traité si la rémunération perçue en contrepartie est inférieure à celle qui aurait été réclamée dans des conditions normales de marché ». Parallèlement, la Commission avait estimé que les mesures (assistance logistique et commerciales) n'étaient pas des aides d'État. L'UFEX forma un recours devant le TPICE qui censura la décision de la Commission en ce qu'elle avait mal évalué si les avantages logistiques comportaient des éléments d'aides d'État. Notamment, la Commission aurait dû comparer la contrepartie versée à La Poste par rapport à celle qu'aurait réclamé une société privée n'opérant pas dans un secteur réservé. La CJCE ne l'a pas entendu de cette façon et a jugé qu'il fallait tenir compte du fait que La Poste est chargée d'un service d'intérêt économique général et que pour fournir le service postal, elle a dû se constituer un réseau, qui n'est pas un réseau de marché. Or, l'assistance logistique et commerciale étant tributaire de ce réseau, toute comparaison avec celle d'une entreprise privée est impossible (CJCE, 3 juill. 2003, aff. jointes C-83/01 P, C-93/01 P et C-94/01 P : *Europe* 2003, comm. n° 285, obs. L. Idot. Sur renvoi, TPICE, 7 juin 2006, aff. [T-613/97](#), UFEX c/ Commission : *RLC* 8/2006, p. 51).

2. Le principe de l'investisseur privé en économie de marché

Parce que l'État intervient sur le marché à deux titres, en tant qu'opérateur économique et en tant qu'autorité publique, il est nécessaire de savoir en quelle qualité il agit pour lui appliquer les règles idoines.

Exemple

Par exemple, les injections en capital dans des entreprises dont il est actionnaire peuvent aussi bien masquer une aide d'État que traduire un réel investissement visant la rentabilité.

Les opérations économiques effectuées par des organismes publics ou des entreprises publiques qui ne confèrent pas d'avantage à leur destinataire ne constituent pas des aides d'État lorsqu'elles sont réalisées dans les conditions normales du marché. C'est donc pour distinguer les deux qu'a été imaginé le critère de l'investisseur privé en économie de marché (CJCE, 21 mars 1991, aff. [C-305/89](#), Italie c/ Commission ; CJUE, 6 mars 2018, [C-579/16 P](#), Commission c/ FIH Holding), décliné ensuite en critère du créancier privé et critère du vendeur privé.

Ce principe s'applique en effet à différentes opérations économiques. Les juridictions de l'Union ont élaboré le principe de **l'investisseur en économie de marché** pour établir la présence d'une aide d'État dans les affaires concernant des investissements publics (en particulier des apports de capitaux): pour déterminer si un investissement réalisé par un organisme public constitue une aide d'État, il y a lieu d'apprécier si, dans des circonstances similaires, un investisseur privé d'une taille comparable opérant dans les conditions normales du marché aurait pu être amené à réaliser l'investissement en cause. De même, les juridictions de l'Union ont élaboré le **critère du créancier privé** pour examiner si des renégociations de dettes par des créanciers publics contiennent des aides d'État, en comparant le comportement d'un créancier public avec celui de créanciers privés hypothétiques se trouvant dans une situation similaire. Enfin, elles ont élaboré le **critère du vendeur privé** pour déterminer si une vente effectuée par un organisme public contient une aide d'État, en examinant si un vendeur privé, agissant dans les conditions normales du marché, aurait pu obtenir le même prix, voire un meilleur prix (Trib. UE, 28 mars 2012, aff. [T-123/09](#), Ryanair).

Exemple

Lorsqu'une opération est réalisée aux mêmes conditions (ce qui implique des niveaux de risque et de rémunération identiques) par des organismes publics et des opérateurs privés se trouvant dans une situation comparable (on parle d'opération *pari passu*), on peut en déduire qu'elle est conforme aux conditions du marché. A contrario, le fait que des organismes publics et des opérateurs privés se trouvant dans une situation comparable participent à la même opération simultanément, mais à des conditions différentes, indique normalement que l'intervention de l'organisme public n'est pas conforme aux conditions du marché.

Plusieurs éléments permettent d'évaluer si l'investissement satisfait au critère de l'investisseur privé (sur l'obligation de motivation de la Commission : TUE, 21 avril 2017, aff. [T-375/15](#), Germanwings).

Le fait que des investisseurs privés ou que les autres actionnaires participent à la recapitalisation de l'entreprise peut assurément constituer un indice.

Exemple

Pour un exemple dans lequel les autres actionnaires de l'entreprise en difficulté ne souhaitent pas apporter leur concours : Comm. CE., déc. n° 2003/599/CE, 13 nov. 2002, Avance de trésorerie accordée par la France à la société Bull : JOCE n° L 209, 18 août 2003, p. 1.

Il n'est cependant pas déterminant à lui seul « *lorsque l'intervention publique combine une prise de participation avec d'autres modalités d'intervention qui doivent être notifiées au titre de l'article 88, paragraphe 3, ou lorsque la prise de participation est effectuée dans un secteur confronté à des difficultés particulières* » (Comm. CE., Aide en faveur d'Alstom. Invitation à présenter des observations en application de l'article 88, paragraphe 2 : JOUE n° C 269, 8 nov. 2003, p. 2). Dans ce cas, il existe une « *présomption d'aide* ». Le TPICE a ainsi reconnu « *qu'un apport de capitaux sur fonds publics satisfait au critère de l'investisseur privé et n'implique pas l'octroi d'une aide d'État, entre autres, si cet apport a lieu concomitamment avec un apport significatif de capital de la part d'un investisseur privé effectué dans des conditions comparables* » (TPICE, 12 déc. 1996, aff. [T-358/94](#), Air France c/ Commission – 12 déc. 2000, aff. [T-296/97](#), Alitalia). Les salariés acceptant une modération salariale moyennant des actions dans le capital de l'entreprise ne sauraient cependant être assimilés à des investisseurs privés dans la mesure où le but de « *l'investissement* » est différent : les investisseurs privés sont mus par la rentabilité tandis que les salariés agissent dans la perspective de maintien de l'emploi « *et donc, surtout, par des considérations de viabilité et de survie de la requérante plutôt que par des perspectives de rentabilité* » (TPICE, 12 déc. 2000 : op. cit., point 84). Qui plus est, si investisseurs privés il y a, ceux-ci ne doivent pas être minoritaires mais au contraire détenir une participation significative au moment même où la Commission rend sa décision (TPICE, 12 déc. 2000 : op. cit., points 85 et suiv.). Les simples possibilités de participations et les participations postérieures, tout comme la volonté hypothétique de privatiser par la suite la société, n'entrent pas en ligne de compte.

A côté de ce premier élément d'examen, les autorités vérifient que l'investissement apporte un rendement normal dans un délai raisonnable, ce qui est incertain lorsque l'entreprise subit de lourdes pertes depuis des années et est fortement endettée (Comm. CE., déc. n° 1999/484/CE, 3 févr. 1999, Hijos de Andrés Molina (HAMSA) : JOCE n° L 193, 26 juill. 1999, p. 1 – Point confirmé par TPICE, 11 juill. 2002, aff. [T-152/99](#), Hijos de Andrés Molina (HAMSA) c/ Commission : Europe 2002, comm. n° 341, obs. L. Idot) ou qu'il n'y a pas de

plan de restructuration crédible et réaliste ni perspective vraisemblable de rentabilité des apports (CJCE, 8 mai 2003, aff. jointes [C-328/99](#) et [C-399/00](#), République italienne c/ Commission : *Contrats, conc., consom.* 2003, comm. n° 129, obs. S. Poillot-Peruzzetto). De même, la Commission doit-elle rechercher si un hypothétique investisseur privé aurait préféré recapitaliser l'entreprise en cause ou la mettre en liquidation et en assumer les coûts (v. CJUE, 4 sept. 2014, aff. [C-533/12 P](#) et [C-536/12 P](#), SNCM c/ Corsica ferries RLC n° 42/2015, p. 52, obs. S. Schrameck)

Pour savoir si la même mesure aurait été adoptée dans les conditions normales du marché par un opérateur privé se trouvant dans une situation la plus proche possible de celle de l'État, seuls les bénéfices et les obligations liés à la situation de ce dernier en qualité d'opérateur privé, à l'exclusion de ceux qui sont liés à sa qualité de puissance publique, sont à prendre en compte (CJUE, 5 juin 2012, aff. [C-124/10 P](#), Commission/ EDF - CJUE, 24 octobre 2013, aff. jointes [C-214/12 P](#), [C-215/12 P](#) et [C-223/12 P](#), Land Burgenland e.a./ Commission, point 52).

Exemple

Ainsi, lors de l'appréciation de la rationalité économique d'une mesure étatique, requise par le principe de l'opérateur privé, la Cour a été amenée à écarter les coûts découlant pour l'État du licenciement des travailleurs, des allocations de chômage et des aides pour la reconstitution du tissu industriel (CJCE, 14 septembre 1994, aff. jointes, [C-278/92](#) à [C-280/92](#), Espagne/Commission, point 22) ainsi que des garanties accordées et des créances détenues par l'État, dans la mesure où celles-ci sont elles-mêmes constitutives d'aides d'État (CJCE, 28 janvier 2003, aff. [C-334/99](#), Allemagne/Commission - CJUE, 24 octobre 2013, aff. jointes [C-214/12 P](#), [C-215/12 P](#) et [C-223/12 P](#), Land Burgenland e.a./Commission, points 55, 56 et 61).

En particulier, s'agissant de cette dernière hypothèse, la Cour a précisé que, dès lors que, par l'octroi d'une aide, un État membre poursuit, par définition, des objectifs autres que la rentabilité des moyens mis à la disposition d'entreprises, il convient de considérer que ces moyens sont, en principe, octroyés par l'État exerçant ses prérogatives de puissance publique (CJUE, 24 octobre 2013, aff. jointes [C-214/12 P](#), [C-215/12 P](#) et [C-223/12 P](#), op. cit., point 56. V. aussi, CJUE, 6 mars 2018, aff. [C-579/16 P](#), Commission c/ FIH).

Ont été considérées comme des aides d'État, des opérations de recapitalisation de la société italienne Seleco par Ristrutturazione Elettronica SpA (REL), société contrôlée par le Ministère de l'Industrie, du Commerce et de l'Artisanat italien, et par la société Friulia, société financée entièrement par une Région italienne. Pour la CJCE, en effet, « *s'agissant de l'opération de recapitalisation de Seleco de 1994, ni Friulia ni REL ne se sont conduites comme un investisseur privé opérant dans les conditions normales d'une économie de marché. En effet, un investisseur privé opérant dans de telles conditions n'aurait pas procédé aux apports de capitaux consentis par Friulia ou REL en faveur d'une entreprise en difficulté telle que Seleco sans disposer d'un plan de restructuration crédible et réaliste ou en prenant en compte des préoccupations d'ordre social, ne cherchant ainsi pas à s'assurer d'une perspective vraisemblable de rentabilité de tels apports* ». Dans ce dessein, la Commission (Comm. CE., déc. n° [96/278/CE](#), 31 janv. 1996, Iberia : JOCE n° L 104, 27 avr. 1996, p. 25 – Déc. n° [97/789/CE](#), 15 juill. 1997, Recapitalisation de la Compagnie Alitalia : JOCE n° L 322, 25 nov. 1997, p. 44) et le TPICE (TPICE, 12 déc. 2000 : op. cit) comparent le « *taux minimal* » et le « *taux interne* » de l'investissement opéré. Le taux minimal correspond au taux de rendement qu'un investisseur rationnel en économie de marché attendrait de son investissement en raison de l'importance de la somme engagée et surtout des risques présentés par l'opération. Le taux interne renvoie lui à « *la rentabilité fondamentale de l'opération* » et repose sur les données économiques et financières de l'entreprise. Pour satisfaire au critère de l'investisseur privé, le taux minimal doit donc être inférieur ou égal au taux interne. La Commission qui constate alors qu'après modifications, les risques inhérents au plan de restructuration sont réduits et la rentabilité de l'injection de capital accrue, doit conclure que ces modifications sont de nature à faire augmenter le taux interne (rentabilité accrue) et à faire descendre le taux minimal (risques réduits). Elle doit par conséquent réévaluer le taux minimal et le taux interne sur la base de la dernière version du plan de restructuration pour pouvoir apprécier correctement si l'investissement de l'État satisfait au critère de l'investissement privé, sous peine de commettre une erreur manifeste d'appréciation.

C - Le caractère sélectif de l'aide

L'aide, pour relever de l'article 107, doit être sélective, c'est-à-dire porter atteinte à l'équilibre entre l'entreprise bénéficiaire et ses concurrents. Ce caractère sélectif distingue les aides d'État des mesures générales qui s'appliquent à toutes les entreprises de tous les secteurs d'activité économique d'un État membre. Si elles ne favorisent aucun secteur particulier, ces mesures restent du pouvoir des États membres de déterminer eux-mêmes leur politique économique.

D - L'affectation du commerce entre États membres

Pour que l'article 107 soit applicable, encore faut-il que l'aide fausse la concurrence et affecte le commerce entre États membres. Pour établir cette affectation, il suffit de conclure que le bénéficiaire exerce, même partiellement, des activités faisant l'objet d'un commerce entre États membres.

Dans plusieurs décisions, la Commission a considéré qu'en raison de leurs caractéristiques spécifiques, certaines activités ne produisaient leurs effets qu'à un échelon local et n'affectaient donc pas les échanges entre États membres. Elles présentent les caractéristiques communes suivantes :

- l'aide n'a pas pour effet d'attirer la demande ou les investissements dans la région concernée et ne dresse pas d'obstacle à l'établissement d'entreprises originaires d'autres États membres;
- les biens produits ou les services fournis par le bénéficiaire sont purement locaux ou se caractérisent par une zone d'attraction géographiquement limitée ;
- l'effet sur les marchés et sur les consommateurs dans les États membres voisins est tout au plus marginal.

Exemple

Par exemple :

- les piscines et autres installations de loisirs destinées principalement à être utilisées dans une zone d'attraction locale,
- les musées ou autres infrastructures culturelles peu susceptibles d'attirer des visiteurs provenant d'autres États membres.

Toutefois, l'effet sur la concurrence doit être sensible. Les autorités ont affiché une politique de minimis en ce domaine. Ainsi, le Règlement n° 1407/2013 du 18 décembre 2013 relatif à l'application de l'article 107 et 108 du TFUE aux aides de minimis (applicable jusqu'en 2020) fixe le plafond de 200000 euros pour le montant d'aide de minimis qu'une entreprise unique peut recevoir par État membre sur une période de trois ans. Les aides qui ne dépassent pas cette somme sont considérées comme n'affectant pas le commerce entre États membres ni la concurrence, si bien qu'elles n'ont pas à être notifiées.

§ 2 : La compatibilité des aides d'État

Les articles 107-2 et 107-3 du [TFUE](#) prévoient des dérogations. Selon le premier texte, certaines aides sont compatibles (§ 1) ; selon le second, certaines peuvent être compatibles (§ 2).

A - Les aides compatibles

L'article 107, § 2, retient trois catégories d'aides qui sont compatibles de plein droit. Il s'agit des aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits. Il s'agit également, des aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires. Enfin, sont compatibles les aides accordées à certaines régions allemandes du fait de la division initiale du pays. Ces trois cas de figure sont d'interprétation stricte.

B - Les aides susceptibles d'être compatibles

L'article 107, § 3 énumère 4 catégories d'aides susceptibles d'être compatibles avec le TFUE :

- les aides aux régions défavorisées : elles sont indispensables dans la perspective de la « cohésion économique et sociale » de la Communauté ;
- les aides destinées à promouvoir un projet européen important : par exemple, on peut citer les aides à la protection de l'environnement et aux économies d'énergie ;
- les aides sectorielles ou régionales et les aides générales. Ce sont les aides les plus nombreuses et les plus délicates à interpréter. Pour les **aides sectorielles**, la Commission a défini des régimes d'encadrement précisant les principes et conditions particulières d'examen par rapport à la spécificité des secteurs concernés. De toutes les façons, elles sont nécessairement limitées dans le temps et doivent respecter le principe de proportionnalité. C'est par exemple dans ce cadre qu'interviennent les aides au sauvetage et à la restructuration. Les **aides générales (ou horizontales)** ne sont pas prévues par le traité. Elles sont accordées aux entreprises, indépendamment de leur région d'implantation ou de leur secteur d'activité. Il s'agit par exemple, des aides à la recherche-développement, des aides à l'emploi, aux petites et moyennes entreprises (v. Communication de la Commission, Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation, JOUE n° C 198, 27 juin 2014, p. 1) ;
- les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine : on peut ranger dans cette catégorie les aides au cinéma (v. Communication de la Commission sur les aides d'État en faveur des œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles : JOUE n° C 332, 15 nov. 2013, p. 1).

L'article 108 § 4 prévoit que la Commission peut adopter des règlements concernant les catégories d'aides définies par le Conseil en vertu de l'article 109. Le Règlement n° 994/98 du Conseil habilite ainsi la Commission à déclarer que les catégories suivantes d'aides d'États peuvent être exemptées de l'obligation de notification à certaines conditions :

- les aides en faveur des PME,
- les aides en faveur de la recherche et du développement,
- les aides en faveur de la protection de l'environnement,
- les aides en faveur de l'emploi et de la formation et
- les aides respectant la carte approuvée par la Commission pour chaque État membre pour l'octroi des aides à finalité régionale.

Dans l'esprit de modernisation qui souffle sur le droit des aides d'État, le Règlement n° 651/2014 du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur abroge l'ancien règlement n° 800/2008 et vise à permettre une meilleure définition des priorités en matière de mise en œuvre des règles relatives aux aides d'État ainsi qu'une simplification accrue, et doit renforcer la transparence, de même que l'efficacité de l'évaluation et le contrôle du respect des règles aux niveaux national et de l'Union, tout en préservant les compétences institutionnelles de la Commission et des États membres (considérant 3). Ce règlement ne s'applique pas aux aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté.

§ 3 : Le contrôle des aides d'État

Selon l'article 108 du traité, la Commission est l'organe de contrôle des aides d'État. Les juridictions européennes, compétentes en matière de recours, sont alliées à ce contrôle.

Ensemble, les autorités ont fixé des lignes directrices de ce contrôle qui ont été codifiées dans le Règlement n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 88 du Traité CE, modifié par le Règlement n° 734/2013 du 22 juillet 2013. Ce dernier apporte au moins deux évolutions majeures dans le traitement des aides d'État :

- la Commission a désormais le pouvoir de classer sans suite les plaintes en matière d'aides d'État si les informations ne sont pas suffisamment étayées ou si le formulaire n'est pas rempli en bonne et due forme. Les plaignants informés peuvent présenter leurs observations dans un délai d'un mois.
- La Commission peut adresser des demandes d'informations directement à l'entreprise ou aux tiers après l'ouverture de la procédure formelle d'examen. En cas de renseignements inexacts, incomplets ou dénaturés, la Commission dispose du pouvoir d'infliger des amendes ou astreintes d'un montant maximal de 1 % du chiffre d'affaires total. Notons toutefois, que la Commission doit entendre le « *point de vue* » de l'État membre concerné.

La procédure de contrôle (A) aboutit à des décisions qu'il nous faudra envisager (B).

A - La procédure de contrôle

La Commission contrôle aussi bien les aides existantes (celles qui existaient dans le droit national avant que l'État ne devienne membre de l'Union européenne ; celles qui ont été autorisées par la Commission ; celles relevées par la Commission qui n'ont fait l'objet d'aucun contrôle) que les aides nouvelles.

Concernant les aides existantes, la procédure débute par une phase préliminaire de négociation durant laquelle la Commission examine l'aide avec l'État concerné. C'est souvent une étape confidentielle où se négocient les conditions de l'aide et les garanties exigées par la Commission. Cette phase dure 2 mois. Si à son terme, la Commission n'a pas réussi à convaincre l'État de modifier ou de renoncer à sa législation ou suppose que l'aide est incompatible, commence alors une phase administrative. « *Après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations* », la Commission ouvre une négociation avec l'ensemble des parties concernés : État dispensateur de l'aide, État tiers, entreprises bénéficiaires et concurrentes. Cette phase dure au maximum 18 mois et à son terme, la Commission doit rendre une décision.

Concernant les aides nouvelles, elles doivent être notifiées à la Commission en temps utile par l'État membre concerné. Dans les 2 mois, la Commission doit procéder à une phase préliminaire. Si le projet ne relève pas de la qualification d'aide d'État ou s'il ne soulève aucune objection, la procédure s'arrête là. En l'absence de décision, le projet est réputé autorisé et peut être exécuté, sauf si la Commission exerce son droit de repentir dans les 15 jours. Si la Commission a des doutes sur la compatibilité de l'aide, elle ouvre alors une procédure formelle d'examen qui doit durer au maximum 18 mois. Elle rend, dans ce cadre, une décision d'ouverture qui « *récapitule les éléments pertinents de fait et de droit, inclut une évaluation préliminaire (...) de la mesure proposée visant à déterminer si elle présente le caractère d'une aide, et expose les raisons qui incitent à douter de sa compatibilité avec le marché commun* » (article 6-1 du Règlement n° 659/1999). Cette décision est publiée au JOUE et toute personne intéressée peut faire valoir ses observations. Cette phase formelle débouchera ensuite sur une décision de la Commission.

B - Les décisions

La Commission peut rendre 3 types de décisions :

- une décision positive qui constate que l'aide est compatible avec le marché intérieur;
- une décision négative qui constate au contraire que l'aide n'est pas compatible avec le marché intérieur ;
- une décision conditionnelle qui est une décision positive assortie de conditions et engagements de nature à assurer la compatibilité.

Ces décisions sont susceptibles d'un recours en annulation. Dans le même sens, si l'État membre viole une décision négative ou une décision conditionnelle, la Commission peut saisir la CJUE d'une sorte de recours en manquement (pas d'avis motivé préalable). Dans ce cadre là, et en raison du principe d'indépendance des recours, un État membre ne peut invoquer l'illégalité d'une décision dont il est destinataire comme moyen de défense à l'encontre d'un recours en manquement fondé sur l'inexécution de la décision. Dès lors qu'une décision de la Commission exigeant la suppression de l'aide incompatible par sa restitution n'a pas fait l'objet d'un recours direct en annulation, le seul moyen de défense susceptible d'être invoqué par l'État membre contre le recours en manquement est l'impossibilité absolue d'exécuter correctement la décision.

Exemple

CJCE, 2 juill. 2002, aff. [C-499/99](#), Commission c/ Espagne : *Europe* 2002, comm. n° 293, obs. L. Idot – 26 juin 2003, aff. [C-404/00](#), Commission c/ Espagne : *Europe* 2003, comm. n° 286, obs. L. Idot.

Si l'aide est illégale, c'est-à-dire qu'elle a été octroyée par l'État membre sans autorisation préalable de la Commission, et qu'elle est incompatible, elle doit être restituée. Par cette obligation de restitution imposée à l'État (Comm. UE, déc. n° SA.22843, 2 mai 2013, France – Lignes maritimes Marseille-Corse opérées par la SNCM et la CMN : *RLC* n° 36/2013, p. 6, obs. E. Bitton) – et non directement aux entreprises – on restaure ainsi une concurrence effective.

La récupération de l'aide illégale doit être effectuée, en principe, selon les modalités du droit national. L'État membre concerné est libre de choisir les moyens par lesquels il exécutera cette obligation, pourvu que les mesures choisies ne porte pas atteinte à la portée et à l'efficacité du droit communautaire et soient, si elles ne prennent pas la forme d'un remboursement au moyen d'un transfert de fonds (ex. participation passive), d'un effet identique à celui-ci.

Exemple

CJCE, 12 déc. 2002, aff. [C-209/00](#), Commission c/ RFA.

Il faut faire disparaître les distorsions de concurrence. C'est bien sur parfois très difficile surtout quand des années se sont écoulées.

Exemple

Par exemple : CJCE, 1^{er} juin 2006, aff. [C-207/05](#), Commission c/ République Italienne : *RLC* n° 8/2006, p. 54.

Aussi, l'intransigeance des autorités n'est-elle pas absolue. La jurisprudence admet l'impossibilité absolue d'exécution de la décision de la Commission quand l'État membre entreprend toutes les démarches aux fins de récupérer l'aide.

Exemple

CJUE, 29 mars 2012, aff. [C-243/10](#), Commission c/ Italie : *Concurrences* 3-2012, p. 168.

L'aide doit être restituée par l'entreprise bénéficiaire, ce qui implique qu'elle soit ou qu'elles soient bien identifiées par la Commission européenne afin qu'elles puissent présenter leurs observations.

Exemple

TPICE, 22 févr. 2006, aff. T-34/02, Le Levant 001 c/ Commission : *RLC* 7/2006, p. 25.

Evident, ce principe soulève parfois des difficultés. Lorsque par exemple, l'aide a été octroyée dans le cadre d'un groupe de sociétés à une des filiales ou encore lorsqu'elle a profité à plusieurs bénéficiaires successifs.

Remarque

Ainsi, dans le cas où une entreprise aurait été vendue après l'octroi de l'aide, qui doit rendre celle-ci ? La jurisprudence a répondu que c'était le vendeur et non l'acheteur. Le vendeur, en effet, a implicitement incorporé dans le prix de vente le prix de l'aide. Mais, si la Commission veut récupérer l'aide entre les mains de l'acquéreur, elle doit motiver sa décision sur le point de savoir si la nouvelle entité doit être considérée comme bénéficiaire de l'aide. Il faut qu'elle recherche si le prix de cession tenait compte du risque de récupération de l'aide. Si la vente s'est faite au prix du marché, c'est que la première entreprise est finalement restée bénéficiaire de l'aide (CJCE, 8 mai 2003, aff. jtes. [C-328/99](#) et [C-399/00](#), Italie c/ Commission : *Contrats, conc., consom.* 2003, comm. n° 129, obs. S. Poillito-Peruzzetto). Dans le cas d'une faillite, la récupération s'effectue dans le contexte des procédures collectives. L'entreprise en redressement judiciaire doit restituer l'aide. En revanche, si elle a fait l'objet d'une liquidation judiciaire, le bénéficiaire de l'aide n'existant plus, l'obligation de restitution disparaît.

La restitution s'effectue auprès de l'organe qui a accordé l'aide et elle porte sur le montant perçu avec les intérêts courus entre le moment où l'aide est perçue et celui où elle est remboursée.

L'entreprise bénéficiaire est bien évidemment perdante dans l'histoire. Elle pourrait alors invoquer le principe de confiance légitime. Cependant, ce principe ne joue que dans des cas infimes.

Exemple

V. par exemple, TPICE, 22 janvier 2013, aff. [T-308/00](#), Salzgitter AG c/ Commission.

Qui plus est, les entreprises sont tenues de s'informer de la légalité des aides qu'elles entendent solliciter. En revanche, elles pourraient agir contre l'État sur le fondement de la violation de son obligation de notifier un régime d'aide.