

Le 29 avril 2019

**OBSERVATIONS DE L'APDC SUR LE PROJET DE COMMUNICATION DE LA
COMMISSION SUR LA RECUPERATION DES AIDES D'ETAT ILLEGALES ET
INCOMPATIBLES**

1. L'Association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence (ci-après, « APDC »), qui réunit des praticiens français, se réjouit de voir la Commission préparer une nouvelle Communication sur la récupération des aides d'Etat illégales et incompatibles (ci-après, le « Projet »), destinée à remplacer la Communication précédente de 2007, à la lumière de la jurisprudence la plus récente.
2. L'APDC se réjouit également de l'occasion qui lui est ainsi donnée de présenter des observations, dans le but de contribuer à une meilleure information de toutes les parties prenantes sur l'état actuel d'un droit complexe qui doit, d'une part, être étroitement encadré aux fins de garantir l'effectivité des droits des concurrents des entreprises bénéficiaires et ordonner la récupération des aides déclarées illégales et incompatibles dans un délai raisonnable et, d'autre part, tenir compte de la gravité des conséquences de la récupération des dites aides pour les entreprises concernées en les tenant informées et en les impliquant procéduralement. En effet, par hypothèse, ce Projet concerne des mesures nationales considérées a posteriori comme des aides d'Etat incompatibles perçues illégalement et devant, de ce fait, être remboursées, sans égard aux conséquences économiques parfois désastreuses tant pour les entreprises, actionnaires et salariés, qui peuvent en découler.
3. Pour cette raison, l'APDC estime qu'il n'est pas adéquat de mentionner uniquement, au point 2 du Projet, les autorités des Etats membres comme seuls destinataires du Projet, alors que son contenu concerne au plus haut point les entreprises bénéficiaires. Même s'il n'est pas contesté que, juridiquement, c'est à l'Etat de procéder à la récupération, il devrait être indiqué clairement que les conditions dans lesquelles la Commission estime que cette récupération doit se faire doivent aussi être connues des entreprises concernées en les impliquant procéduralement et respecter les objectifs généraux de l'Union.

N.B. Pour une meilleure lisibilité, les observations qui suivent se réfèrent aux numéros de sections et de points du Projet.

2. PRINCIPES GENERAUX

2.1 Champ d'application du Projet

4. Il est bien entendu que le champ d'application du Projet se limite à la récupération des aides d'Etat illégales et incompatibles (à la suite d'une décision négative de la Commission), c'est-à-dire faisant l'objet d'une décision de la Commission ordonnant leur récupération.
5. Toutefois, pour une plus grande clarté, il serait souhaitable que la Commission précise explicitement ce point dès l'abord, au point 2.1 consacré à l'objet et au champ d'application de la récupération, qui devrait plutôt s'intituler : « Objet et champ d'application de la présente Communication ». En effet, les Etats membres peuvent aussi, de leur propre initiative, être amenés à procéder à la récupération d'aides

illégalles, mais la jurisprudence la plus récente de la Cour de Justice est venue préciser que certaines règles du droit de l'UE, notamment en matière de prescription et de taux d'intérêt, ne s'appliquaient pas dans ces cas¹. Cette question ayant fait l'objet d'interprétations divergentes devant les juridictions nationales, il importe que la réponse apportée par la Cour soit rappelée clairement dans le Projet, pour éviter tout débat inutile ou équivoque à l'avenir.

2.2 Principe de coopération loyale

6. La section 2.2 du Projet réitère le principe général de coopération loyale entre la Commission et les Etats membres selon lequel « *l'Union et les Etats membres doivent s'assister mutuellement dans l'accomplissement de ces missions afin de réaliser les objectifs de l'Union* » (point 18 du Projet).
7. La Commission rappelle à cet égard l'importance particulière que revêt ce principe pour la politique de récupération des aides d'Etat (point 19). Au point 20 du Projet, la Commission insiste sur l'importance d'une telle coopération, en particulier lors de la procédure formelle d'examen prévue par l'article 108, paragraphe 2, du TFUE, qui permettrait de faciliter et d'accélérer l'exécution d'une décision de récupération.
8. Si ce principe est fondamental, il serait important de rappeler que l'accès à l'information des bénéficiaires des aides a une répercussion importante sur l'exécution d'une décision de récupération et permet aux bénéficiaire et plaignant de prendre conscience de ce risque et d'anticiper dans une certaine mesure les conséquences d'une décision de récupération.
9. Ainsi, selon l'APDC il conviendrait de rappeler que l'application de ce principe de loyauté entre la Commission et l'Etat membre concerné en matière de communication d'informations devrait se concentrer, en priorité, sur la recherche et l'identification des bénéficiaires des aides (en particulier pour les régimes d'aides), ainsi que sur la transparence procédurale en découlant et l'accès des bénéficiaires à l'information (les feuilles de calcul visées au point 22 devant ainsi être communiquées aux parties intéressées – sous réserve du secret d'affaires – et non seulement aux Etats membres).
10. Il est en effet regrettable que les bénéficiaires identifiés en tant que tels (dans les cas d'aides individuelles) demeurent, malgré leur identification, en pratique, exclus de la procédure décisionnelle alors même que la jurisprudence de l'UE leur confère le statut de « parties intéressées » aux termes de l'article 108, paragraphe 2, du TFUE et de l'article 1^{er} h) du règlement 2015/1589 portant modalités d'application de l'article 108 du TFUE.
11. Par conséquent, l'APDC invite la Commission à davantage insister sur la coopération loyale entre les Etats membres et la Commission dans l'identification des bénéficiaires (en distinguant les bénéficiaires d'aides individuelles des bénéficiaires de régimes d'aides) et leur inclusion dans le processus décisionnel, ou à tout le moins leur information continue sur l'état de la procédure. Une meilleure transparence de la procédure serait également un gage d'efficacité dans l'exécution des décisions de récupération.
12. De plus, il serait intéressant que la Commission apporte des éclaircissements sur la notion de « parties intéressées »² et de sa portée éventuelle pour les bénéficiaires identifiés (selon le type de bénéficiaires) et de l'étendue de leurs droits procéduraux en découlant (droit d'être entendu, droit de faire des observations).

¹ Aff. C-349/17, Eesti Pagar, arrêt du 5 mars 2019, ECLI:EU:C:2019:172.

² La Cour a admis qu'en sus des bénéficiaires des aides et de leurs concurrents directs, pouvaient être considérés comme parties intéressées « *les concurrents indirects des bénéficiaires de l'aide* » sous certaines conditions : voir Aff. C-47/10 P, Autriche / Scheucher-Fleisch e.a., arrêt du 27 octobre 2011, ECLI:EU:C:2011:698 para. 42-44, 132.

2.4.1 Principes généraux du droit de l'Union (2.4.1.1 : sécurité juridique et 2.4.1.2 : confiance légitime)

13. Dans la section 2.4.1. du Projet de Communication, la commission évoque la possibilité de déroger à l'obligation de récupération au titre des principes de sécurité juridique, de confiance légitime et de res judicata. Toutefois dans les développements consacrés à ces principes le projet de communication se focalise sur les situations dans lesquelles ces principes ne font pas obstacle à la récupération, qu'il énumère en détail. L'APDC considère que l'objectif de la communication devrait également être de présenter aux opérateurs les situations dans lesquelles ces principes peuvent effectivement faire obstacle à la récupération. Elle recommande donc d'en fournir une liste indicative en début de chaque sous-section, sur la base des précédents reconnus par la jurisprudence et la pratique décisionnelle de la commission, même si ces précédents sont exceptionnels et leur nombre reste limité.
14. L'ensemble des développements de cette section (comme d'ailleurs l'ensemble du Projet) repose sur l'hypothèse selon laquelle le bénéficiaire d'une mesure nationale est toujours en mesure d'identifier (i) si cette mesure est ou non une aide d'Etat, (ii) soumise, le cas échéant, à l'obligation de notification prévue à l'article 108, paragraphe 3, du traité (c'est-à-dire non couverte par le Règlement *de minimis*³ ou le Règlement général d'exemption par catégorie⁴ – « RGEC »).. C'est en partant de cet axiome que le Projet rappelle les principes bien connus, et non discutés ici, selon lesquels un opérateur économique diligent doit lui-même s'assurer que l'aide dont il bénéficie ne lui est pas octroyée illégalement (point 38).
15. Mais cet axiome est loin d'être toujours vérifié en pratique, tant est complexe la notion même d'aide d'Etat, voire l'interprétation de certaines dispositions RGEC. La jurisprudence la plus récente, toujours plus difficile à interpréter dans sa subtilité, même par un opérateur diligent, ne cesse de montrer de nouveaux exemples de la difficulté de définir les notions de ressource d'Etat, de sélectivité ou d'« avantage », toutes notions essentielles de la définition même de l'aide d'Etat au sens de l'article 107 TFUE. Il n'est ainsi pas rare qu'à propos d'une même mesure, se succèdent sur plusieurs d'années des décisions de la Commission, suivies d'arrêts du Tribunal, puis de la Cour, qui donnent des réponses différentes. Ce cas est différent de l'affaire « CELF II » mentionnée en note de bas de page 47 du Projet, où le doute ne concernait pas la nature même de la mesure, qui était incontestablement une subvention étatique, c'est-à-dire une aide, mais uniquement la compatibilité de celle-ci. A ce problème de complexité de la notion même d'aide d'Etat, s'ajoute celui de la distinction entre les aides nouvelles n'ayant pas fait l'objet d'une notification et donc illégales et les aides existantes qui ne peuvent pas faire l'objet d'une décision de récupération, même si elles sont déclarées incompatibles, domaine dans lequel la jurisprudence est souvent très difficile à interpréter. Dès lors, une réflexion approfondie sur le manque de sécurité juridique dû, non pas à l'attente d'une décision définitive sur la compatibilité ou non d'une aide, mais au manque de clarté de la notion même d'aide d'Etat, devrait être entreprise à l'occasion du Projet.
16. Cette incertitude est d'ailleurs reconnue par la Commission elle-même qui, en introduction de sa Communication sur la notion d'aide d'Etat⁵, dans laquelle sont abordés divers paramètres nécessitant une étude économique complexe, expose : « *Étant donné que la notion d'«aide d'État» est une notion juridique objective définie directement par le traité (1), la présente communication clarifie la manière dont la Commission comprend l'article 107, paragraphe 1, du traité, tel qu'interprété par la Cour de justice et le Tribunal (ci-après les «juridictions de l'Union»).* Pour ce qui est des éléments qui n'ont pas

³ Règlement (UE) No 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis, JO L 352 du 24.12.2013, p. 1–8.

⁴ Règlement (UE) n ° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, OJ L 187, 26.6.2014, p. 1–78.

⁵ JOUE C 262 du 19 juillet 2016, page 1.

encore été examinés par les juridictions de l'Union, la Commission exposera comment elle considère qu'il y a lieu de comprendre la notion d'«aide d'État» » (nous soulignons).

17. Par ailleurs, l'APDC estime que, parmi les exemples de cas mentionnés au point 39 du Projet où, selon la Commission, la confiance légitime devrait être refusée, celui lié à l'ouverture de la procédure formelle d'examen (3^{ème} tiret) devrait être nuancé : les deux arrêts du Tribunal cités en note de bas de page 44 du Projet mentionnent le fait que l'ouverture de la procédure ne comporte qu'une appréciation provisoire de la mesure examinée, ce qui est exact, mais il faudrait aussi mentionner la jurisprudence relative aux droits procéduraux des bénéficiaires qui, en tant que parties intéressées, disposent d'un droit d'être entendu et ne peuvent donc pas se voir opposer une décision ordonnant la récupération d'une aide si, lors de la procédure d'ouverture, il ne leur était pas possible de s'identifier eux-mêmes comme bénéficiaires⁶.

2.4.1.3 Le principe de l'autorité de la chose jugée

18. Dans son Projet (points 41 à 43), la Commission soutient que l'application du principe de l'autorité de la chose jugée « *ne saurait porter atteinte à la primauté et à l'effectivité du droit de l'Union* », de sorte que les juridictions nationales devraient s'assurer qu'une décision judiciaire définitive n'empêche pas de tirer les conséquences liées à l'obligation de suspension.
19. Le principe très général exposé par la Commission ne reflète pas les nuances de la jurisprudence de la Cour de justice sur ce point.
20. Cette jurisprudence peut en effet être résumée en trois temps :
- (i) En 2007, dans l'affaire Lucchini, la Cour de justice a jugé qu'une décision de justice ayant acquis autorité de chose jugée après l'adoption d'une décision constatant l'incompatibilité d'une aide avec le marché commun ne pouvait faire obstacle à l'obligation de récupération de l'aide concernée⁷.
 - (ii) Trois ans plus tard, dans l'affaire Commission/Slovaquie, la Cour a été amenée à apprécier le respect par la République slovaque de son obligation de récupération d'une aide d'État accordée par le biais d'un concordat, lequel avait été confirmé par un jugement ayant acquis autorité de la chose jugée. La Cour a expressément rejeté l'application de la jurisprudence Lucchini, invoquée par la Commission, dans la mesure où la décision juridictionnelle dotée de la force de chose jugée dont se prévalait la République slovaque en l'espèce était – à l'inverse de celle en cause dans l'affaire Lucchini – antérieure à la décision par laquelle la Commission a imposé la récupération de l'aide litigieuse⁸. Ainsi, loin d'écarter le principe de l'autorité de la chose jugée, la Cour a

⁶ Aff. T-34/02, EURL Le Levant, arrêt du 22 février 2006, ECLI:EU:T:2002:41 para. 81 à 83.

⁷ Aff. C-119/05, Lucchini, arrêt du 18 juillet 2007, ECLI:EU:C:2007:434 para. 61-63.

⁸ Aff. C-507/08, Commission/République slovaque, arrêt du 22 décembre 2010, ECLI:EU:C:2010:802, para. 57-58. Comme l'a relevé l'avocat général Cruz Villalón, « [e]n tant que tel, le principe de la sécurité juridique relève [...] des limites opposées par l'article 14, paragraphe 1, du règlement n° 659/1999 à l'exigence de récupération d'une aide d'État par la Commission. Il ne s'agit pas [...] d'une jurisprudence dont les principes auraient été révisés par l'arrêt Lucchini. Comme l'avocat général Geelhoed l'a observé au point 16 de ses conclusions du 14 septembre 2006 dans l'affaire Lucchini, cette dernière était, eu égard à l'ensemble de ses circonstances factuelles et juridiques, « tout à fait inhabituelle » [...]. Elle était effectivement exceptionnelle, car, à la différence de ce qui s'est produit dans les affaires dont la Cour avait été saisie antérieurement, la décision de justice définitive en cause était postérieure à l'acte communautaire qu'elle contredisait. La Cour n'était donc pas confrontée à un acte ou à une disposition communautaires dont l'exécution était rendue difficile, en droit national, en raison d'une décision de justice nationale préexistante et définitive, mais, tout au contraire, à une décision de la Commission adoptée dans un domaine de compétence exclusif de l'Union européenne qui se heurtait à l'obstacle d'un jugement définitif rendu ultérieurement par une juridiction incompétente. Dans ces conditions, ce conflit n'opposait pas la sécurité et la certitude de la chose jugée, d'une part, à la primauté et à l'efficacité du droit de l'Union, d'autre part. Il opposait la sécurité et la certitude en ce qui concerne les modalités de la relation entre le droit de l'Union et celui de des États, d'une part, à la prétention illégitime de consolider, dans l'ordre juridique interne, une

souligné l'importance que ce principe revêt dans l'ordre juridique de l'Union et les ordres juridiques nationaux, dans la mesure où il garantit que « *les décisions juridictionnelles devenues définitives après épuisement des voies de recours disponibles ou après expiration des délais prévus pour ces recours ne puissent plus être remises en cause* »⁹. En définitive, la Cour a conclu que le droit de l'Union n'imposait pas « *dans tous les cas* » à une juridiction nationale d'écarter l'application des règles de procédure internes conférant force de chose jugée à une décision du juge national, même si cela permettait de remédier à une violation du droit de l'Union par la décision en cause¹⁰. En l'espèce, c'est parce que la République slovaque n'avait pas fait un usage diligent de tous les moyens mis à sa disposition pour récupérer l'aide en cause (sans pour autant violer le principe de l'autorité de chose jugée) qu'elle a été considérée comme ayant manqué à ses obligations¹¹.

- (iii) Trois ans plus tard, dans l'affaire Klausner Holz, la Cour a certes fait prévaloir l'obligation de récupération sur une décision juridictionnelle ayant acquis autorité de la chose jugée avant que la Commission ne rende une décision d'incompatibilité¹². Toutefois, l'obligation de récupération n'a prévalu dans cette affaire que parce que la décision juridictionnelle nationale définitive avait été rendue à propos d'un litige « *n'ayant pas le même objet et n'ayant pas porté sur le caractère d'aide d'État* » des mesures en cause¹³. Comme l'a relevé la Cour, si le principe d'autorité de la chose jugée devait prévaloir dans de telles circonstances, tant les autorités étatiques que les bénéficiaires d'une aide d'État pourraient contourner l'interdiction énoncée à l'article 108, paragraphe 3, troisième phrase, TFUE, en obtenant, sans invoquer le droit de l'Union en matière d'aide d'État, un jugement déclaratoire dont l'effet leur permettrait, en définitive, de continuer à mettre en œuvre l'aide en cause durant plusieurs années¹⁴. Une telle possibilité de contournement aurait créé en l'espèce un « *obstacle d'une telle envergure* » à l'application effective du droit de l'Union que le principe d'autorité de la chose jugée n'a pu prévaloir.

21. En définitive, alors que, selon le Projet, le principe d'autorité de la chose jugée doit, semble-t-il, toujours céder le pas devant l'obligation de récupération, la jurisprudence indique qu'aucune conséquence automatique empreinte d'une telle vigueur ne s'applique, à tout le moins, dans l'hypothèse où la décision juridictionnelle définitive, d'une part, est antérieure à la décision d'incompatibilité et, d'autre part, porte sur le caractère d'aide d'État de la mesure litigieuse.
22. Il doit donc être précisé dans le Projet que le principe de l'autorité de la chose jugée ne saurait être écarté en toute hypothèse, notamment lorsque le juge national se prononce sur la qualification d'aide d'État avant que la Commission ait rendu une décision d'incompatibilité. Dans un tel cas, la Commission devra notamment déterminer si l'État membre a fait une utilisation diligente, malgré l'application du principe de l'autorité de chose jugée, de tous les moyens mis à sa disposition pour obtenir la récupération.

2.4.2. Délai de prescription

23. Le Projet rappelle le principe selon lequel le délai de prescription de 10 ans prévu par l'article 17 du règlement n° 2015/1589¹⁵ peut être interrompu par toute action entreprise par la Commission ou un État

décision nationale prise en l'absence de toute compétence pour ce faire, d'autre part. C'est pourquoi la Cour a focalisé son analyse sur la répartition des compétences entre l'Union et les États, en faisant abstraction, en bonne partie, de l'aspect de la force de la chose jugée dans cette affaire » (conclusions sous l'arrêt Commission/République slovaque, ECLI:EU:C:2010:507, para. 48).

⁹ Aff. C-507/08, Commission/République slovaque, arrêt du 22 décembre 2010, ECLI : EU:C:2010:802, para. 59.

¹⁰ *Ibid.*, para. 60.

¹¹ *Ibid.*, para. 61 à 65.

¹² Aff. C-505/14, Klausner Holz, arrêt du 11 novembre 2015, ECLI :EU:C:2015:742, para. 38 à 46.

¹³ *Ibid.*, point 45 et dispositif.

¹⁴ *Ibid.*, point 43.

¹⁵ 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 (JO L 248 du 24.9.2015, p. 9-29).

membre à la demande de la Commission. Comme le précise également le Projet, la jurisprudence a retenu que ce principe était applicable même dans l'hypothèse où l'action interruptrice n'a pas été notifiée au bénéficiaire, ce dernier n'étant pas partie à la procédure¹⁶.

24. Si la Cour a donc reconnu que le libellé de l'article 17 n'imposait pas de notifier l'action interruptrice au bénéficiaire, elle a également jugé que cette disposition visait à protéger les tiers intéressés tels que le bénéficiaire, qui ont de ce fait un « intérêt pratique » à être informés par la Commission de toute action pouvant interrompre ce délai¹⁷.
25. Il est par conséquent regrettable que le Projet n'adopte pas – même si dans son état actuel la jurisprudence ne le lui impose pas – une approche plus protectrice des droits procéduraux des bénéficiaires d'aides d'État. Bien que le bénéficiaire d'une aide versée illégalement ne puisse en principe pas faire valoir sa confiance légitime dans la régularité de l'octroi de l'aide¹⁸, le principe de sécurité juridique – qui est reconnu par la Cour de justice comme constituant une « exigence fondamentale »¹⁹ – s'oppose à ce que la Commission ne prévienne pas le bénéficiaire du changement de situation résultant du lancement de la procédure en question. Le principe de bonne administration devrait également inciter la Commission à avertir les bénéficiaires, fût-ce informellement, de ce changement de situation. Une telle précaution serait d'autant plus appropriée qu'elle peut permettre aux bénéficiaires de prendre leurs dispositions en temps utile, par exemple en constituant des provisions, et, donc, de faciliter la récupération de l'aide si cette dernière est finalement constatée.
26. À cet égard, si l'on peut concevoir qu'il puisse parfois être compliqué d'identifier les bénéficiaires d'un régime d'aides, en revanche, en ce qui concerne les aides individuelles, de telles difficultés pratiques ne sauraient justifier l'absence de notification. En outre, même pour ce qui concerne les régimes d'aide, une publication informelle des mesures interruptrices de prescription sur le site internet de la Commission constituerait une première avancée pour les bénéficiaires, sans pour autant affecter les prérogatives, notamment en matière d'enquête et de récupération, exercées par la Commission.
27. Enfin, d'un point de vue plus fondamental et à titre plus prospectif, l'APDC est d'avis qu'en matière d'aides d'État, bien que la procédure mette formellement en présence l'État concerné et la Commission, les entreprises bénéficiaires devraient en réalité bénéficier du statut de parties intéressées et bénéficier à ce titre des droits de la défense. Cette approche est d'ailleurs retenue dans d'autres branches du droit de la concurrence²⁰ et d'autres secteurs du droit de l'Union²¹ dont les procédures mettent en présence, à titre principal, la Commission et les États membres. Même si cette approche ne devait pas encore être consacrée pour reconnaître aux bénéficiaires l'exercice des droits de la défense, elle devrait à tout le moins encourager la Commission à assurer une plus grande transparence et une plus grande protection pour les bénéficiaires, en conformité avec le principe de sécurité juridique.

¹⁶ Voir, en ce sens, Aff. C-276/03 P, Scott/Commission, arrêt du 6 octobre 2005, ECLI : EU:C:2005:590, para. 31 et suivants.

¹⁷ *Ibid.*, para 31.

¹⁸ Aff.C-81/10 P, France Telecom/Commission, arrêt du 8 décembre 2011, ECLI :EU:C:2011:81, para 59.

¹⁹ Aff. 48/69, Imperial Chemical Industries/Commission, arrêt du 14 juillet 1972, ECLI :EU:C:1972:70, para. 49.

²⁰ S'agissant de l'adoption par la Commission de mesures sur le fondement de l'article 106, paragraphe 3, TFUE, voir l'Aff. C-48/90 et C-66/90, Pays-Bas/Commission, arrêt du 12 février 1992, ECLI:EU:C:1992:63, para. 50 (« [e]n ce qui concerne le moyen tiré de la violation des droits de la défense commise à l'encontre des PTT, qui font grief à la Commission de ne pas les avoir entendues, il convient de relever d'abord que ces entreprises sont les bénéficiaires directs de la mesure étatique contestée et qu'elles sont nommément désignées dans la loi postale, qu'elles sont explicitement visées par la décision litigieuse et supportent directement les conséquences économiques de cette décision »).

²¹ S'agissant par exemple de concours du fonds social européen, voir notamment l'Aff. C-32/95 P, Commission/Lisrestal, arrêt du 24 octobre 1996, ECLI : EU:C:1996:402, para. 21 et suivants en « dépit du fait que l'État membre est le seul interlocuteur du FSE, un lien direct s'établit entre la Commission et le bénéficiaire du concours » (para. 28).

2.4.3. Impossibilité absolue de récupérer l'aide

28. L'adoption d'une injonction de récupérer des aides incompatibles constitue la conséquence logique et normale de leur incompatibilité. La Cour considère toutefois que la Commission ne peut pas exiger la récupération de l'aide si elle allait à l'encontre d'un principe général du droit de l'Union, tel que celui selon lequel « à l'impossible nul n'est tenu »²².
29. Dans son Projet, la Commission rappelle que l'impossibilité absolue de récupération est interprétée de manière très restrictive par les juridictions de l'Union²³ et que la charge de la preuve incombe à l'État qui doit démontrer l'existence de raisons justifiant l'absence de récupération (ou une récupération partielle)²⁴. Elle indique également que la reconnaissance d'une impossibilité absolue de récupérer l'aide ne saurait être admise du simple fait de difficultés techniques²⁵.
30. Si les éléments exposés ci-dessus reflètent en effet une jurisprudence constante²⁶, le Projet pourrait préciser utilement, comme l'a fait l'arrêt de la Cour du 8 novembre 2018, que l'impossibilité absolue de récupération requiert le respect de deux conditions cumulatives, à savoir (i) la réalité des difficultés effectivement rencontrées par l'État membre, et (ii) l'absence de modalités alternatives de récupération, qui doivent faire l'objet d'un « examen minutieux » par la Commission²⁷. S'agissant précisément de ces modalités alternatives, un État membre qui rencontre des difficultés imprévues et imprévisibles ou prend conscience de conséquences non envisagées par la Commission doit soumettre ces problèmes à l'appréciation de cette dernière en proposant des modifications appropriées de la décision en cause. Dans un tel cas, l'État membre et la Commission doivent, en vertu du principe de coopération loyale, collaborer de bonne foi en vue de surmonter les difficultés dans le plein respect des dispositions du TFUE, notamment de celles relatives aux aides²⁸.

3. SUR LES ROLES RESPECTIFS DE LA COMMISSION ET DE L'ETAT MEMBRE CONCERNE

31. La section 3 du Projet présente les rôles respectifs de la Commission et de l'Etat membre concerné dans la préparation et l'exécution de la décision de récupération des aides d'Etat déclarées illégales et incompatibles visant, en substance, à assurer une meilleure coordination dans la mise en œuvre de la politique de récupération. En particulier, sont énumérés les éléments sur lesquels la Commission prête assistance à l'Etat membre concerné aux fins de l'exécution de la décision de récupération.
32. Ces développements appellent deux observations de l'APDC.
33. Premièrement, la procédure de mise en œuvre de la décision de récupération reste purement bilatérale, entre l'Etat et la Commission. Les entreprises bénéficiaires (et, le cas échéant, les plaignants) ou le dispensateur de l'aide (lorsqu'il ne s'agit pas de l'Etat lui-même mais, par exemple, d'une entreprise publique) demeurent totalement étrangers à la procédure. Or ils ont une légitimité toute particulière à intervenir également dans ce processus et devraient, à ce titre, être impliqués dans les échanges entre l'Etat membre concerné et la Commission ou, à tout le moins, en être tenus informés. La participation

²² Voir, en ce sens, l'Aff. C-179/15, Daimler, arrêt du 3 mars 2016, ECLI : EU:C:2016:134, para 42 et l'Aff. C-622/16 P à C-624/16 P, Scuola Elementare Maria Montessori/Commission, arrêt du 6 novembre 2018, ECLI : EU:C:2018:873, para. 79.

²³ Point 53 du Projet.

²⁴ Point 54 du Projet.

²⁵ Point 55 du Projet.

²⁶ Voir, en ce sens, les Aff. C-214/07, Commission/France, arrêt du 13 novembre 2008, ECLI :EU:C:2008:619, para. 50, et C-37/14, Commission/France, arrêt du 12 février 2015, ECLI :EU:C:2015:90, para. 66 et jurisprudence citée.

²⁷ Aff. C-622/16 P à C-624/16 P, Scuola Elementare Maria Montessori/Commission, arrêt du 6 novembre 2018, ECLI :EU:C:2018:873, para. 96.

²⁸ *Ibid.*, para. 90 et 91.

de ces acteurs à ce processus serait au demeurant de nature à contribuer directement à l'efficacité de la politique de récupération des aides ainsi qu'aux efforts de pédagogie et d'information en matière d'aides d'Etat²⁹.

34. Le Projet pourrait donc être l'opportunité pour la Commission de clarifier le rôle procédural qu'elle entend conférer aux parties intéressées³⁰ (dont notamment les bénéficiaires) dans le processus de mise en œuvre de la décision de récupération de l'aide. Ceci ne peut que participer directement aux objectifs poursuivis par la politique des aides d'Etat que sont une meilleure prévisibilité et efficacité de l'action de la Commission.
35. Deuxièmement, le Projet prévoit que « *dans ses décisions de récupération, la Commission s'efforce d'identifier les bénéficiaires des aides incompatibles avec le marché intérieur* »³¹ (nous soulignons) afin d'exécuter plus rapidement les décisions de récupération.
36. Cependant la difficulté à exécuter une décision de récupération peut également tenir à l'identification de l'entité à laquelle incombe la récupération de l'aide lorsque le dispensateur de l'aide n'est pas l'Etat lui-même mais, par exemple, une entreprise publique. L'incertitude quant à l'identification de cette entité pourrait nuire à l'effectivité de la mise en œuvre de la décision de récupération, à titre d'illustration, lorsque la créance de récupération de l'aide doit être réclamée dans un délai imparti, sous peine de forclusion³².
37. De ce point de vue, l'identification dans la décision de la Commission ordonnant la récupération de l'aide à la fois du (des) bénéficiaires et de l'entité à laquelle incombe la récupération de l'aide concourrait à la mise en œuvre effective de la politique de récupération. En tout état de cause, le Projet pourrait être l'occasion de préciser clairement que le fait que la décision de récupération de l'aide soit systématiquement adressée à l'Etat n'a pas pour effet que seul l'Etat en tant que tel peut récupérer l'aide et qu'il est donc parfaitement légitime que, lorsque le dispensateur de l'aide est une entité distincte de l'Etat, ce soit lui qui procède à la récupération.

4. MISE EN ŒUVRE DE LA DECISION DE RECUPERATION

4.3 Identification des bénéficiaires auprès desquels l'aide doit être récupérée

38. Le Projet consacre – à juste titre – de longs développements à l'identification des bénéficiaires auprès desquels il convient de récupérer les aides. Il s'agit en effet d'une étape cruciale du processus de récupération, dont il est bienvenu de préciser les principes et modalités de mise en œuvre.
39. Pour autant, il est également essentiel de rappeler que l'identification du bénéficiaire de l'aide s'inscrit dans le cadre de l'objectif limité de la récupération, qui consiste uniquement à éliminer la distorsion de concurrence causée par l'avantage concurrentiel procuré par ces aides³³. La récupération imposée est destinée à servir de compensation pécuniaire, et non pas de sanction visant à empêcher la récidive³⁴. Par conséquent, l'aide ne doit être récupérée qu'auprès des entreprises qui en ont réellement bénéficié³⁵. Dès

²⁹ En effet, une plus grande implication de ces acteurs participerait au développement d'une meilleure connaissance du droit des aides d'Etat et de ses exigences.

³⁰ D'un point de vue procédural, les entreprises bénéficiaires et les dispensateurs d'aides d'Etat autres que l'Etat lui-même bénéficient uniquement du statut de « *parties intéressées* » (voir l'article 1^{er} h) du règlement n° 2015/1589 portant modalités d'application de l'article 108 du TFUE).

³¹ Projet, point 64, soulignement ajouté.

³² Voir par exemple l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence du 21 mars 2019, RG n° 2019/135.

³³ Voir, par exemple, Aff C-481/16, Commission/ République hellénique, arrêt du 9 novembre 2017, ECLI:EU:C:2017:845, para. 23. Voir aussi, Aff. T-664/14, Royaume de Belgique/ Commission, arrêt du 7 décembre 2018, ECLI:EU:T:2018:890, para. 90.

³⁴ Voir, Aff. C-75/97, Belgique/Commission, arrêt du 17 juin 1999, ECLI:EU:C:1999:311, para. 64 et 68 ; T-55/99 - CETM/Commission, arrêt du 29 septembre 2000, ECLI:EU:T:2000:223, para. 164.

³⁵ Aff. C-277/00, Allemagne/Commission, arrêt du 29 avril 2004, ECLI:EU:C:2004:238, para. 75.

lors, il revient à la Commission (ou à l'État membre, sur la base des indications fournies par la Commission dans sa décision) d'établir positivement l'existence d'un avantage dans le chef de l'entreprise dont est exigée la récupération. En l'absence d'une telle démonstration, la récupération ne peut être exigée. Tel est en particulier le cas lorsque la Commission considère que l'avantage a été transféré à une autre entreprise dans le cadre d'une tentative de contournement de l'obligation de récupération³⁶. L'exigence d'une telle démonstration est essentielle pour éviter de conférer à la récupération de l'aide le caractère pénal ou disproportionné que la jurisprudence de la Cour a toujours rejeté, comme le souligne le Projet au point 24. Une telle exigence est aussi essentielle pour la sécurité juridique, notamment dans le cadre de processus de fusions et acquisitions.

4.3.1 Identification du bénéficiaire de l'aide appartenant à un groupe d'entreprises

40. Au regard des principes de proportionnalité et de sécurité juridique développés ci-dessus, la section du Projet relative aux groupes d'entreprises apparaît problématique.
41. En premier lieu, l'affirmation selon laquelle « *lorsque certaines transactions ont lieu au sein d'un groupe d'entreprises la Commission a toujours la possibilité de limiter le champ de la récupération à un seul bénéficiaire de l'aide au sein du groupe* » (point 85) est peu claire dans la mesure où elle ne précise pas quelles transactions elle vise précisément. En tout état de cause, il est contestable que la Commission puisse arbitrairement choisir, au sein d'un groupe d'entreprises, auprès de quelle entité ou de quelle entreprise au sein d'un groupe l'aide devrait être récupérée, sans avoir au préalable démontré que cette entité ou cette entreprise a effectivement bénéficié de l'avantage conféré par l'aide en question.
42. En second lieu, aux points 85 et 86 du Projet, la Commission indique qu'elle pourrait imposer de récupérer l'aide en question non seulement auprès de l'entreprise qui en a bénéficié directement, mais aussi auprès de l'ensemble du groupe auquel elle appartient. Cette affirmation est doublement problématique : d'une part, dans la mesure où elle mènerait à la récupération d'un montant total supérieur à celui de l'aide effectivement octroyée, elle serait manifestement contraire au principe de proportionnalité et d'annulation du seul avantage concurrentiel généré par l'aide. D'autre part et surtout, elle ne trouve pas dans la jurisprudence citée le support que la Commission croit y déceler. L'arrêt *Hydrotherm*, outre qu'il remonte à 1984, porte en fait sur l'article 101 TFUE. Plus précisément, la question était de savoir si plusieurs entreprises juridiquement indépendantes qui prennent part à un accord en tant que partie contractante unique peuvent constituer une unité économique aux fins de l'accord. La Cour de justice a jugé que « *le terme entreprise doit être compris comme désignant une unité économique aux fins de l'objet de l'accord en question, même si en droit cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales* »³⁷. Quant à l'arrêt *DSG / Commission*, il portait sur l'application du concept d'unité économique aux fins de la mise en œuvre du critère de l'investisseur privé en économie de marché, et non pas aux fins de la récupération de l'aide. Enfin, en 2010, la Cour de justice a déclaré de manière non équivoque que « *la notion d'unité économique en matière d'aides d'État peut différer de celle applicable dans d'autres domaines du droit de la concurrence* »³⁸.
43. Dans ces conditions, et sauf s'il est avéré que l'avantage concurrentiel a été transféré à une autre entité d'un même groupe, rien ne justifie que la Commission puisse imposer à un État membre de récupérer une aide auprès d'une autre entité que celle en ayant directement bénéficié.

³⁶ Aff. T-324/00, CDA Datenträger Albrechts/Commission, arrêt du 19 octobre 2005, ECLI:EU:T:2005:364, para. 111.

³⁷ Aff. C-170/83, *Hydrotherm*, arrêt du 12 juillet 1984, ECLI:EU:C:1984:271, para. 11.

³⁸ Aff. C-480/09 P, *AceaElectrabel Produzione/Commission*, arrêt du 16 décembre 2010, ECLI:EU:C:2010:787, para. 66 et 67.

4.3.2 Extension de la décision de récupération; continuité économique

44. Le Projet rappelle au point 88 que, s'il apparaît que l'aide a été transférée du bénéficiaire initial à une autre entreprise, l'État membre peut être amené à étendre l'ordre de recouvrement à l'entreprise bénéficiaire de l'avantage et à veiller à ce que l'obligation de récupération ne soit pas contournée. Le Projet explique également comment le principe a été appliqué à la fois à la vente d'actifs et à la vente d'actions et énumère les facteurs que la Commission appliquera pour établir la continuité économique.
45. L'approche proposée par le projet s'agissant des acquisitions d'actifs (« asset deals »), si elle correspond en partie à la pratique décisionnelle et à la jurisprudence en matière de continuité économique, appelle toutefois plusieurs commentaires.
46. En premier lieu, il convient de rappeler clairement que c'est à la Commission qu'il revient de démontrer l'éventuelle continuité économique (et le transfert correspondant de l'aide) aux actifs ainsi cédés³⁹. Il convient en particulier d'éviter d'étendre la continuité économique aux scénarios d'asset deals sans fournir d'indications claires quant à son application, ce qui pourrait mettre en cause la capacité de cession d'actifs et de reconversion d'une partie du personnel concerné. À cet égard, il convient de rappeler que la continuité économique applicable dans d'autres domaines du droit de la concurrence poursuit des objectifs différents de ceux de la continuité économique dans la procédure relative aux aides d'État. Par exemple, en vertu de l'article 101 du TFUE, la Cour de justice a toujours jugé qu'une entité qui n'a pas commis une infraction peut néanmoins être sanctionnée pour cette dernière si l'entité qui a commis l'infraction – et dont les activités ont été transférées à la première entité – a cessé d'exister, en droit ou d'un point de vue économique. Cela se justifie par le fait que, selon la Cour, une sanction infligée à une entreprise qui n'est plus économiquement active n'est plus susceptible d'avoir un effet dissuasif⁴⁰.
47. Contrairement au droit des pratiques anticoncurrentielles, l'objectif de la récupération est de supprimer l'avantage procuré par l'aide à une entreprise déterminée et de corriger les distorsions de concurrence. La récupération imposée est destinée à servir de compensation pécuniaire, et non pas de sanction visant à empêcher la récidive. La récupération a simplement vocation à rétablir la situation concurrentielle qui préexistait à l'octroi de l'aide mais n'entraîne aucune sanction pour non-respect de l'obligation découlant de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE⁴¹. Par conséquent, l'aide ne doit être récupérée qu'après des entreprises qui en ont réellement bénéficié⁴².
48. A cet égard, il convient de rappeler que la Commission ne peut se contenter de présumer que l'entreprise ou les actifs concernés ont bénéficié d'un avantage. La Commission est tenue de fonder sa décision sur des éléments de preuve fiables et cohérents pour justifier sa conclusion selon laquelle une entreprise a bénéficié d'un avantage représentant une aide d'État. Cette charge de la preuve est impérative, l'objectif même de la récupération étant d'éliminer la distorsion de concurrence induite par un certain avantage concurrentiel et, partant, de rétablir le statu quo avant l'octroi de l'aide. Dans chaque cas, lorsque la Commission conclut que la société nouvellement créée ou un acheteur des actifs devraient être tenus de rembourser l'aide en question, elle est obligée de prouver les raisons pour lesquelles elle a conclu que

³⁹ Voir par exemple Aff. C-328/99, Italie et SIM 2 Multimedia/Commission, arrêt du 8 mai 2003, ECLI:EU:C:2003:252; T-324/00, CDA Datenträger Albrechts/Commission, arrêt du 19 octobre 2005, ECLI:EU:T:2005:364 ; T-318/00, Freistaat Thüringen/Commission, arrêt du 19 octobre 2005, ECLI:EU:T:2005:363 ; voir aussi Tim Maxian Rusche (Membre du Service Juridique – Équipe aide d'État et antidumping) dans Faul & Nipkay, *The EU Competition Law*, Third Edition, page 2018.

⁴⁰ Aff. C-280/06, ETI et autres, arrêt du 11 décembre 2007, ECLI:EU:C:2007:775, para. 40; Aff. C-448/11P, SNIA/Commission, arrêt du 5 décembre 2013, ECLI:EU:C:2013:801, para. 25.

⁴¹ Voir Aff. C-75/97, Belgique/Commission, arrêt du 17 juin 1999, ECLI:EU:C:1999:311, para. 64 et 68 ; T-55/99, CETM/Commission, arrêt du 29 septembre 2000, ECLI:EU:T:2000:223, para. 164.

⁴² Aff. C-277/00, Allemagne/Commission, arrêt du 29 avril 2004, ECLI:EU:C:2004:238, para. 75.

cette entreprise conservait l'avantage. De plus, sa conclusion ne peut être établie sans motifs adéquats ou sur la base d'une simple supposition⁴³.

49. En second lieu, la mention au point 91 d'un « *ensemble ouvert de critères non-cumulatifs* » susceptibles d'être examinés en matière d'asset deals gagnerait à être clarifiée. En particulier, même si la Commission n'est pas tenue de prendre en compte tous les critères identifiés par la jurisprudence, elle ne saurait exonérer la Commission de se contenter d'en examiner un seul si elle décide de conclure à la continuité économique. En particulier, le point 91 et les notes de bas de page 95 à 97 du Projet semblent indiquer que la présence d'un seul critère peut déjà suffire à établir l'existence d'une continuité économique en cas d'asset deal. Une telle approche serait source d'incertitudes et devrait être écartée. Rien dans la jurisprudence de la Cour n'indique qu'un seul critère puisse suffire à établir l'existence d'une continuité économique. Dans sa pratique décisionnelle, la Commission elle-même a constamment eu recours à plusieurs critères pour établir la continuité économique⁴⁴. De même, dans d'autres décisions, la Commission a conclu à la discontinuité économique sur la base d'une même approche par faisceau d'indices et ce malgré l'existence de certains critères pointant vers une certaine continuité économique⁴⁵.
50. Troisièmement et surtout, au regard de l'importance que peut revêtir le risque relatif à la récupération des aides dans le processus de fusions-acquisitions, il serait utile que la Commission définisse plus clairement dans son Projet, pour chacun des critères envisagés, un ensemble de paramètres ou de valeurs susceptibles de constituer une « sphère de sécurité » (safe harbour) dans laquelle la discontinuité économique peut être présumée aux fins de la récupération éventuelle de l'aide. A titre d'exemple, il serait utile que la Commission fournisse une indication chiffrée du ratio de chiffres d'affaires ou de personnel en-dessous duquel la discontinuité économique peut être présumée.
51. S'agissant des share deals, l'APDC soutient la proposition de la Commission figurant aux points 92 et 93, pour lesquels la situation est relativement simple par rapport aux asset deals. En particulier, l'APDC convient qu'en règle générale, l'obligation de récupération se rapporte à la société car elle n'est pas rattachée au propriétaire mais aux actifs.
52. De même, l'APDC soutient l'approche de la Commission énoncée au point 94, selon laquelle les États membres peuvent être amenés à déterminer auprès de quelle entreprise l'aide doit être récupérée à la suite d'une fusion ou d'une autre forme de restructuration des activités.
53. Dans les deux cas, l'APDC convient que l'aide perdure au sein de l'entité légale qui l'a reçue en premier lieu. Si seule la propriété du bénéficiaire a changé, alors l'obligation de récupération ne devrait pas être affectée. Dans ce cas, l'obligation de récupération demeure au sein de la société car elle n'est pas rattachée au propriétaire ; le changement de propriétaire n'a aucune incidence du point de vue de la récupération. Le même principe s'applique également dans différents domaines du droit des aides d'État⁴⁶.

⁴³ Voir T-111/01, Saxonía Edelmetalle/Commission, arrêt du 11 mai 2005, ECLI:EU:T:2005:166, para. 143 et 144 ; Aff. C-520/07 P, Commission/MTU Friedrichshafen, arrêt du 17 septembre 2009, ECLI:EU:C:2009:557, para. 55-58.

⁴⁴ Voir par exemple SA.35546 Aide à la restructuration aux chantiers naval Viana, Décision de la Commission du 7 mai 2015 para. 146-173 ; voir aussi SA.33797 NCHZ, Décision de la Commission du 15 octobre 2014, para. 130-170 ; SA.31550 Nürburgring, Décision de la Commission du 1^{er} octobre 2014, para. 231-262.

⁴⁵ Voir par exemple SA.3457 Aide d'État concernant le transfert des actifs du groupe Sernam dans le cadre de procédures judiciaires de restructuration, Décision de la Commission du 4 avril 2012 (près de 50% de la main-d'œuvre avait été transférée et le transfert avait eu lieu après la décision négative).

⁴⁶ Voir Communication de la Commission, Lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers, JO 2014 C249, para. 73 (« *Les éventuelles modifications du statut de propriété du bénéficiaire intervenant à la suite de l'octroi de l'aide (...) n'affectent en rien l'application du principe de non-récurrence* »).

4.3.3 Les bénéficiaires de mesures fiscales

54. L'APDC souscrit à la proposition de la Commission figurant aux points 95 et 96, selon laquelle, en principe, l'État membre concerné doit identifier les entreprises qui ont bénéficié de l'avantage octroyé par le biais de ce régime et récupérer l'aide auprès de celles-ci. À cet égard, la seule question pertinente pour l'État membre concerné devrait être de savoir si une entreprise a bénéficié de l'avantage fiscal considéré comme constituant une aide d'État incompatible avec le marché intérieur.
55. En règle générale, la Commission identifie dans sa décision le bénéficiaire de l'aide qui doit effectuer le remboursement. En cas de régimes d'aide illégaux et incompatibles, la Commission peut limiter sa décision à une évaluation générale des régimes et ordonner la récupération à titre de principe. Cependant, la Commission doit faire preuve, à suffisance de droit, d'une approche systématique dont les caractéristiques répondent aux exigences énoncées à l'article 1, paragraphe d), du Règlement de procédure⁴⁷. Il appartient ensuite à l'État membre concerné de procéder à une analyse détaillée de chaque aide individuelle octroyée sur la base de ce régime et d'identifier les bénéficiaires respectifs⁴⁸.
56. Tenant compte de tous ces éléments, l'APDC encourage la Commission à inclure dans le Projet son engagement à prévoir dans chaque cas, un mécanisme clé permettant aux autorités des États membres d'identifier les entreprises susceptibles de faire l'objet d'une récupération. La Communication sur la récupération de 2007 explique en son point 31 que : « *l'expérience montre que la rapidité avec laquelle une décision de récupération est exécutée dépend, en partie, du niveau de précision ou de l'exhaustivité de cette décision* ».
57. En outre, à l'instar de nos commentaires concernant les exemples appropriés de comptes séquestres⁴⁹, nous encourageons la Commission à partager des exemples de feuilles de calcul mentionnées aux points 22, 64 et 65 au-delà du cercle des États membres et à les annexer à son Projet final. Dans la mesure où ces documents régiraient directement les obligations et les droits des bénéficiaires présumés et pourraient même faire l'objet d'un recours en vertu de procédures de droit national ou européen, la Commission devrait en particulier donner aux bénéficiaires potentiels et à leurs conseils la possibilité de présenter leurs observations sur ceux-ci.

4.4 Sur la quantification du montant à récupérer

58. Le Projet distingue, logiquement, les situations (i) où le montant de l'aide illégale et incompatible devant être récupéré par un État membre est, d'ores et déjà, quantifié par la Commission dans sa décision, (ii) de celles où il revient à l'État membre concerné de procéder à cette quantification, sur la base de la méthode indiquée dans la décision de récupération.
59. S'il est évident que le second cas appelle plus de commentaires que le premier, l'APDC formulera ci-après quelques remarques liminaires générales, avant de commenter plus précisément (section 4.4) le cas particulier des aides de nature fiscale et (section 4.4.2) les problématiques que soulève le calcul des intérêts de récupération.

Remarques liminaires générales :

60. Premièrement, certaines dispositions du Projet soulèvent quelques interrogations auxquelles il serait opportun de répondre.

⁴⁷ Voir T-131/16, Belgique/Commission, arrêt du 14 février 2019, ECLI:EU:T:2019:91 ; Règlement (UE) 2015/1589 du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO L 248, 2015.

⁴⁸ C-71/09 P Comitato "Venezia vuole vivere" et autres/Commission, arrêt du 9 juin 2011, ECLI:EU:C:2011:368, para. 63.

⁴⁹ Cf. point 4.6 a).

61. Ainsi, le point 97 indique que les Etats membres doivent récupérer le montant de l'aide tel qu'il est établi dans la décision sauf si celle-ci a été suspendue ou annulée et « *le cas échéant, jusqu'au moment où cette décision est suspendue ou annulée* ». Cette affirmation interpelle car, en cas de suspension, la question d'une récupération ne se pose plus (à tout le moins temporairement) et, en cas d'annulation (sans suspension préalable), la récupération doit avoir lieu « sans délai »⁵⁰ et donc, par construction, bien avant que n'intervienne un éventuel arrêt d'annulation.
62. De même, au point 99, il est précisé que des « aides » n'ont pas à être récupérées si au moment de leur octroi elles satisfont (i) à un règlement d'exemption par catégorie, (ii) au Règlement de minimis ou (iii) à une précédente décision de la Commission. Cette affirmation paraît relever de l'évidence dans la mesure où de telles mesures soit ne sont pas des aides (cas ii ou iii), soit sont des aides compatibles (cas i ou iii) et donc en tout état de cause pas de nature à faire l'objet d'une décision de récupération. On comprend que ce point renvoie en fait au point 38 de la Communication de 2007 portant sur les cas de régimes d'aide où certaines applications individuelles peuvent ne pas impliquer de récupération, du fait de circonstances propres à un bénéficiaire particulier. Le Projet pourrait reprendre en partie la rédaction de la Communication de 2007 pour clarifier ce point 99.
63. Deuxièmement, des éclaircissements supplémentaires pourraient également être utilement apportés.
64. Ainsi, si l'ADPC salue les précisions apportées par la Commission sur les conditions dans lesquelles elle acceptera qu'un Etat membre applique rétroactivement la règle de minimis pour ne pas exiger le remboursement d'une aide illégale et incompatible, il serait utile d'indiquer qu'un juge national pourra également utiliser le même raisonnement pour écarter une demande de récupération.
65. De plus, dans un souci de plus grande transparence à l'égard des bénéficiaires, mais également des autres parties intéressées, notamment leurs concurrents, le principe devrait être, comme c'est aujourd'hui le cas dans la Communication de 2007, que la Commission doit s'efforcer, dans la mesure du possible, de quantifier elle-même l'aide à récupérer.
66. Or, le Projet reste sibyllin quant aux cas où la Commission est en mesure de le faire et ceux pour lesquels cette mission ne peut qu'être confiée aux Etats membres. La Communication de 2007 indique pourtant que « *lorsqu'elle disposera des données nécessaires* », la Commission doit s'efforcer de donner une indication précise du montant à récupérer (point 37). Ceci paraît, a priori, être le cas de la plupart des mesures d'aide individuelles que la Commission examine dans le cadre d'une procédure formelle, souvent assez longue, et qu'elle qualifie, in fine, d'aide illégale et incompatible. La Commission semble en effet aussi bien placée, sinon mieux, que l'Etat membre concerné pour déterminer avec précision le montant à récupérer dans de telles affaires.
67. En tout état de cause, l'ADPC considère qu'il serait opportun que le Projet donne quelques indications sur les méthodes et les encadrements minimaux à donner aux Etats membres pour leur permettre de quantifier les montants exacts à récupérer dans les situations où ils sont en revanche plus à même de le faire, notamment lorsque sont en cause l'application de régimes fiscaux ou de sécurité sociale impliquant des dispositifs nationaux complexes.
68. A cet égard, si la Commission peut laisser aux autorités nationales le soin de calculer le montant précis, il n'en reste pas moins que la jurisprudence exige de sa part qu'elle guide de manière précise l'exercice à mener par l'Etat membre. La méthode définie par la Commission doit ainsi être suffisamment détaillée pour que le destinataire de la décision puisse calculer « *sans difficultés excessives* » le montant qui devra être remboursé⁵¹ et que le juge puisse exercer pleinement son contrôle⁵².
69. Le respect de cette exigence ne paraît pas totalement assuré dans le Projet, dans la mesure où, comme il y est indiqué, cette étape de quantification par les autorités nationales se passe en effet dans le cadre

⁵⁰ 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 (JO L 248 du 24.9.2015, p. 9-29), Article 16(3).

⁵¹ Voir, par exemple, Aff. C-480/98, Espagne / Commission, arrêt du 12 octobre 2000, EU:C:2000:559, para. 25 et Aff. C-415/03, Commission / Grèce, arrêt du 12 mai 2005, EU:C:2005:287, para. 39.

⁵² Voir, par exemple, Aff. T-369/00, Département du Loiret / Commission, arrêt du 29 mars 2007, EU:T:2007:100, para. 35.

d'échanges bilatéraux avec la Commission, et donc hors de la présence des premiers concernés, à savoir les bénéficiaires.

70. Le Projet pourrait être l'occasion pour la Commission, sur la base de la jurisprudence de la Cour et du Tribunal et de sa propre pratique décisionnelle, de fournir aux autorités nationales ainsi qu'aux entreprises bénéficiaires de mesures d'aide déclarées illégales et incompatibles, des indications sur les méthodes appropriées de valorisation de telles mesures, en fonction de leur nature.
71. Troisièmement, il semble que le principe posé au point 103 du Projet, selon lequel le remboursement d'une aide d'Etat ne pourrait jamais être imputé sur le bénéfice imposable d'un bénéficiaire, devrait souffrir quelques exceptions.
72. Si l'on peut admettre le fait qu'un bénéficiaire ne devrait pas bénéficier d'un nouvel avantage au moment du remboursement d'une aide indûment perçue, il n'en reste pas moins qu'un tel principe général pourrait conduire, dans certaines circonstances, à une forme de « double peine », alors même que la Cour a admis que la récupération d'une aide illégale et incompatible ne saurait être considérée comme une sanction⁵³.
73. Ce pourrait notamment être le cas d'aides perçues sous forme de subventions et déclarées ultérieurement illégales et incompatibles. Lors de leur versement, ces aides auront en effet constitué des produits pour la détermination du bénéfice imposable et auront donc donné lieu au paiement d'un impôt, en vertu du droit fiscal français, en tous cas. En vertu du parallélisme des formes, il semblerait logique que le remboursement de ces mêmes sommes puisse, à l'inverse, venir diminuer l'assiette imposable afin de ne pas conduire à une sorte de double imposition. La jurisprudence semble d'ailleurs aller clairement dans ce sens⁵⁴.

4.4 Quantification du montant à récupérer en cas de mesures fiscales

74. L'objet du Projet n'est évidemment pas de revenir sur la problématique de la qualification des aides d'Etat en matière fiscale et en particulier de l'identification d'un avantage « sélectif », sujet traité dans la Communication de la Commission relative à la notion d'aide d'Etat⁵⁵. En outre, la complexité des situations factuelles et du contexte juridique spécifiques aux mesures d'aide en matière fiscale rend délicate la formalisation de principes trop généraux.
75. Pour autant, le Projet reste très succinct sur la difficile question du chiffrage d'une aide identifiée en lien avec une mesure fiscale. Cette question revêt pourtant une importance particulière compte tenu des évolutions – pour ne pas dire révolutions – récentes qu'a connu la pratique décisionnelle de la Commission en matière d'aide fiscale, et tout particulièrement la question des rescrits.
76. Le Projet rappelle en effet les principes d'individualisation et de réalité (point 105) dans le chiffrage de l'impôt qui aurait dû être versé en l'absence de la mesure déclarée illégale, mais se limite à clarifier, par voie d'exemple, le seul cas lié aux autres déductions fiscales applicables au moment de l'octroi de l'aide, alors que les récentes décisions ont conduit la Commission à apporter nombre d'autres précisions.
77. La Commission pourrait ainsi utilement indiquer la portée qu'elle donne à ce principe de réalité, consistant à privilégier « *les choix effectivement opérés dans le passé* » sur « *d'autres choix hypothétiques qui auraient pu être faits* »⁵⁶, au regard de la récente jurisprudence de la Cour dans les affaires Aer Lingus et Ryanair⁵⁷. Il n'est en effet pas totalement intuitif de considérer que ce principe

⁵³ Voir, par exemple, Aff. C-75/97, Belgique / Commission, arrêt du 17 juin 1999, EU:C:1999:311, para. 65.

⁵⁴ Voir, par exemple, Aff. T-459/93, Siemens / Commission, arrêt du 8 juin 1995, EU:T:1995:100, para. 82-83.

⁵⁵ Communication de la Commission relative à la notion d'« aide d'Etat » visée à l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, points 156 et suivants.

⁵⁶ Voir, par exemple, Aff. C-148/04, Unicredito Spa / Agenzia delle Entrate, arrêt du 15 décembre 2005, EU:C:2005:774.

⁵⁷ Voir, par exemple, Aff. C-164/15 P et C-165/15 P, Commission / Aer Lingus, Ryanair, arrêt du 21 décembre 2016, EU:C:2016:990.

doit conduire à écarter la restitution du bénéfice économique effectivement réalisé par l'exploitation d'un avantage, au bénéfice d'une stricte évaluation dudit avantage, y compris dans les situations où le bénéfice économique réel peut s'avérer inexistant.

4.4.2 Problématiques relatives au calcul des intérêts de récupération

78. Le montant des intérêts imposés en plus du quantum de l'aide peut s'avérer particulièrement significatif en cas d'aides anciennes, portant sur des montants importants, comme par exemple en matière fiscale. Les règles applicables se doivent donc d'être claires et justifiées, conformément au principe de sécurité juridique rappelé en introduction du Projet. Or, à cet égard, la section de ce Projet consacrée à cette question, très brève, ne formule pas de proposition pour tenir compte de situations indûment défavorables au bénéficiaire.
79. S'agissant, premièrement, du taux d'intérêt à appliquer dans une situation donnée, le Projet se contente de rappeler les règles issues du Règlement de procédure et du Règlement d'application.
80. Or, les conditions de marché, auxquelles fait référence la méthode définie par la Commission au début des années 2000 et validée depuis par la Cour, ont significativement évolué depuis lors.
81. Ainsi, le renvoi à des taux de marché monétaire à court terme (1 an ou 3 mois) ne paraît plus nécessairement la référence la plus pertinente.
82. A l'inverse, la méthode appliquée par la Commission peut, dans certaines situations, conduire à un avantage indu, ou un enrichissement sans cause, dans le chef de l'Etat. C'est ainsi le cas, lorsque, comme c'est le plus probable, le taux retenu pour se rapprocher des conditions d'endettement sur le marché de l'entreprise bénéficiaire, est sans corrélation aucune avec les conditions auxquelles l'Etat aurait pu soit placer la somme octroyée en tant qu'aide, soit éviter de s'endetter pour un montant équivalent, pour la période donnée, et ce dans un sens généralement très favorable à ce dernier.
83. Dans la mesure où ces principes sont, pour la plupart, des règles que la Commission s'est en réalité imposées à elle-même, à savoir les règles du Règlement d'application, elle est donc libre de les adapter.
84. Ainsi, l'ADPC considère qu'il serait utile que le Projet soit l'occasion de mettre à jour les références et les méthodes utilisées pour calculer les intérêts de récupération pour tenir compte de l'évolution des marchés financiers et des conditions d'endettement des Etats depuis 2008.
85. A minima, cette révision devrait permettre de préciser la portée de la marge d'appréciation, reconnue à la Commission par la Cour⁵⁸ pour déterminer le taux d'intérêt pertinent, et en particulier les « cas exceptionnels » visés à l'article 9, paragraphe 3, du Règlement d'application, dans lesquels des méthodes différentes de détermination du taux d'intérêt ont vocation à être retenues.
86. Deuxièmement, une entreprise bénéficiaire d'une aide considérée, in fine, comme illégale et incompatible peut être pénalisée par une durée excessive de la procédure formelle d'examen, sans que ce dépassement du délai raisonnable soit dû à un manque de diligence de sa part, mais se trouve plutôt être le fait de l'inertie de tiers (doublement) intéressés (au premier rang desquels ses concurrents), lorsque ce n'est dû à l'Etat membre concerné, voire la Commission elle-même.
87. Dans la mesure où la récupération et donc les intérêts qui l'accompagnent courent sur une période de dix ans à compter de l'ouverture d'une procédure formelle, et non de la décision finale, un allongement de la durée de la procédure se traduit, pour le bénéficiaire, par des intérêts dus sur une période plus longue.

⁵⁸ Voir, par exemple, Aff. T-288/06, Regionalny Fundusz Gospodarczy / Commission, arrêt du 1^{er} juillet 2009, EU:T:2009:234, para. 52, 54-55.

88. Il paraîtrait donc légitime que les entreprises concernées puissent démontrer leur diligence et leur bonne foi lors de la procédure d'examen par la Commission, pour bénéficier de circonstances exceptionnelles permettant de leur appliquer un taux plus favorable, voire réduire la période de recouvrement.
89. Troisièmement, on relèvera que le Projet ne traite pas de la question des intérêts dus par un Etat membre dans l'hypothèse où une aide est initialement recouvrée (avec intérêts) en vertu d'une décision négative qui se trouve ensuite annulée.
90. Lors du reversement à l'entreprise concernée des montants dont elle a, indûment, été privée pendant la durée du recours en annulation, cette dernière devrait également percevoir des intérêts (calculés sur le montant initialement remboursé à l'Etat membre), pour la période pendant laquelle elle n'a pu bénéficier des fonds auxquels elle avait droit, ce qui n'est pas toujours le cas en vertu des droits nationaux.
91. Pour conclure, l'APDC invite à nouveau la Commission à prévoir une implication plus directe et plus formelle des bénéficiaires de mesures qualifiées d'aides illégales et incompatibles, s'agissant de cette question des intérêts de récupération.
92. Il est ainsi difficile de voir une raison objective à ce que l'accès à l'instrument mentionné en note de bas de page 112 soit réservé aux seuls agents de la Commission et des Etats membres. Il paraîtrait au contraire justifié et opportun que des entreprises auxquelles incombe un remboursement d'aide puissent, rapidement après l'adoption d'une décision de récupération, évaluer le montant d'intérêts qui devrait leur être imposé en sus du quantum principal. Ceci vaut tout autant pour des petites et moyennes entreprises qui ne disposent pas nécessairement en interne des moyens leur permettant d'apprécier cette charge additionnelle, que pour des grandes entreprises cotées qui, du fait de leurs obligations de communication financière, devront très rapidement provisionner le montant total à acquitter.

4.6 Mise en œuvre provisoire de la récupération

93. L'APDC soutient la proposition de la Commission figurant aux points 115 et 116, selon laquelle lorsqu'une décision de récupération peut encore faire l'objet de recours juridictionnels, un Etat membre peut accepter le remboursement provisoire de l'aide à récupérer. À cette fin, l'Etat membre concerné doit veiller à ce que l'avantage lié à l'aide illégale et incompatible quitte le bénéficiaire. Toutefois, pour justifier une telle mesure, l'Etat membre devrait soumettre une description exhaustive de la mesure provisoire envisagée. Le Projet traite en particulier de l'utilisation des contrats de dépôt fiduciaire.
94. Toutefois, nous encourageons la Commission à fournir des indications supplémentaires sur les deux points suivants :
 - a) Paiement par le bénéficiaire du montant total de la récupération sur un compte séquestre**
95. Le Projet prévoit, au point 117, qu'une mise en œuvre provisoire de la décision de récupération peut être réalisée par le paiement par le bénéficiaire du montant total de la récupération sur un compte séquestre. Conformément aux points 23, 65 et 117, la Commission est disposée à partager des exemples de conventions de dépôt fiduciaire appropriées. À cette fin, la Commission s'engage à coopérer étroitement et à aider l'Etat membre concerné à mettre en œuvre la décision de récupération.
96. Les institutions européennes mettent en avant leur engagement pour la transparence et le fait qu'elles fournissent des outils suffisants visant à faciliter l'examen de leur travail par les citoyens. L'engagement en faveur de la transparence est également reflété par le droit primaire, qui prévoit qu'« *afin de promouvoir une bonne gouvernance, et d'assurer la participation de la société civile, les institutions, organes et organismes de l'Union œuvrent dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture* »⁵⁹.
97. Toutefois, la Commission n'a pas encore partagé des exemples de conventions de dépôt fiduciaire appropriées dans le cadre du Projet. Afin de contribuer efficacement à cette consultation publique,

⁵⁹ Article 15 du TFUE.

l'APDC invite la Commission à partager ces documents, qui concernent au premier chef les bénéficiaires potentiels puisqu'ils régiront directement leurs droits et obligations.

b) Autres moyens de mise en œuvre provisoire

98. Le Projet prévoit que d'autres moyens de mise en œuvre provisoire puissent également être utilisés dans des cas exceptionnels, pour autant que les principes énoncés au sein de ses points 115 et 116 soient respectés.
99. L'APDC considère que l'actuel Projet ne fournit pas suffisamment d'indications aux États membres pour évaluer efficacement dans quelles conditions d'autres moyens de mise en œuvre provisoire pourraient être acceptés par la Commission.
100. Plus précisément, nous invitons la Commission à fournir des exemples récents d'acceptation de cette mise en œuvre provisoire. En particulier, la Commission devrait préciser sous quelles conditions, le cas échéant, un État membre pourrait parvenir à une mise en œuvre provisoire de la décision de récupération en plaçant les actifs de certains bénéficiaires sur un compte séquestre.

4.8 Sur les procédures d'insolvabilité

101. Premièrement, selon le point 126 du Projet, « *un bénéficiaire d'aide qui n'est pas en mesure de rembourser l'aide et les intérêts de récupération dus survit en principe sur le marché uniquement grâce à l'aide reçue* ».
102. Si une telle affirmation peut parfois être exacte, sa généralisation semble excessive. En effet, de nombreux facteurs exogènes pourraient expliquer les difficultés financières conduisant le bénéficiaire d'une aide à être dans l'incapacité de la rembourser, *a fortiori* quand plusieurs années se sont écoulées entre l'octroi de l'aide et la décision de récupération. En effet, les procédures d'aides d'Etat peuvent s'avérer particulièrement longues. Ainsi, l'incapacité de rembourser l'aide ne saurait-elle présumer de façon générale et mécanique la survie du bénéficiaire sur le marché uniquement grâce à l'aide reçue.
103. Dans ce contexte, la conséquence tirée de l'incapacité du bénéficiaire de l'aide d'Etat à la rembourser (avec les intérêts dus) au moment où la décision de récupération est mise en œuvre, à savoir sa sortie nécessaire du marché intérieur, semble elle aussi excessive et mériterait d'être tempérée et circonstanciée.
104. Deuxièmement, aux termes du point 127 du Projet, « *afin de récupérer l'aide auprès d'un bénéficiaire insolvable, l'Etat membre peut procéder à la saisie des actifs du bénéficiaire de l'aide et à sa liquidation uniquement si ce dernier est incapable de rembourser l'aide, ou prendre toute autre mesure permettant la récupération de l'aide* » (nous soulignons).
105. En premier lieu, rappelons que la récupération de l'aide d'Etat illégale et incompatible a pour objet de supprimer la distorsion de concurrence instaurée par l'octroi de cette aide. Le corollaire nécessaire à ce postulat voudrait alors que le placement en liquidation judiciaire du bénéficiaire de l'aide ne soit justifié que lorsque le scénario contrefactuel à l'octroi de l'aide correspond à la disparition de son bénéficiaire. En pratique, une telle hypothèse ne se présenterait *a priori* que pour les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté.
106. En deuxième lieu, le placement en liquidation judiciaire du bénéficiaire de l'aide peut parfois aboutir à une situation d'affaiblissement de la concurrence, notamment dans l'hypothèse où le nombre d'acteurs sur le marché concerné est très limité, et ce d'autant plus que la liquidation intervient plusieurs années après l'aide ayant créé la distorsion de concurrence, dans un contexte économique souvent différent. Dans une telle hypothèse, la récupération de l'aide d'Etat déclarée illégale et incompatible peut aboutir à faire disparaître l'un de ces acteurs et créer des situations de monopole et d'oligopole, susceptibles de réduire l'intensité concurrentielle au détriment du bien-être des consommateurs. Dès lors, la mise en liquidation systématique du bénéficiaire qui n'est pas en mesure de rembourser l'aide au moment de l'exécution de la décision de récupération peut parfois se révéler une mesure inadaptée à la protection de la concurrence, qui n'a pas pour objet de protéger les concurrents mais bien les consommateurs.

D'autres mesures de récupération visant à rétablir la situation antérieure au versement de l'aide, plus proportionnées, devraient pouvoir être envisagées dans une telle hypothèse, telles que l'échelonnement de la récupération, lié, notamment, à l'amélioration des performances financières de l'entreprise bénéficiaire assorti si nécessaire de limitations au développement de l'entreprise dans certains secteurs et d'obligations d'assainissement de sa situation financière, voire, comme pour le secteur bancaire, d'une interdiction de versement de dividendes et de coupons obligataires afin de faire de l'autorité publique dispensateur de l'aide le créancier privilégié par rapport aux actionnaires et aux porteurs d'obligations.

107. En dernier lieu, la mise en liquidation judiciaire du bénéficiaire de l'aide constitue une mesure irréversible. Une telle mesure est donc particulièrement délicate en présence d'une décision de récupération de la Commission frappée de recours en annulation devant les juridictions de l'Union européenne, recours qui est certes non suspensif. Dans ces conditions, le placement du bénéficiaire de l'aide en liquidation judiciaire apparaît être une mesure disproportionnée, à tout le moins jusqu'à ce que la décision ordonnant la récupération de l'aide soit devenue définitive.

5. PROCEDURES JUDICIAIRES DEVANT LES JURIDICTIONS NATIONALES

108. La Commission consacre une section de son Projet aux procédures judiciaires devant les juridictions nationales et s'inquiète de ce que les recours contre les mesures nationales prises en vue d'exécuter une décision de récupération puissent entraîner un retard dans l'exécution de cette dernière.
109. A cet égard, le Projet rappelle que les mesures de sursis à exécution de mesures nationales adoptées pour mettre en œuvre une décision de récupération ne peuvent être accordées que sous réserve du respect de conditions cumulatives strictes établies et rappelées de manière constante par la Cour :
- l'existence de doutes sérieux sur la validité de l'acte de l'Union ayant entraîné une saisine de la Cour pour apprécier la validité de l'acte concerné ;
 - l'urgence à prendre des mesures provisoires pour éviter un préjudice grave et irréparable ;
 - la prise en compte des intérêts de l'Union ;
 - le respect des décisions antérieures de la Cour ou du Tribunal sur les questions en litige.
110. Aux termes d'une jurisprudence constante, lorsque ces conditions ne sont pas remplies, l'Etat membre ne peut se prévaloir de mesures provisoires octroyées par des juridictions nationales pour justifier le défaut d'exécution de la décision.
111. En effet, la seule situation admise par la Cour de justice comme justifiant l'inexécution de la décision de récupération par un Etat membre est celle de l'impossibilité absolue de récupérer l'aide. La Commission rappelle que cette situation est interprétée de manière très restrictive par les juridictions de l'Union (voir supra section 2.4.3).
112. Si les conditions énoncées ci-dessus reflètent l'état de la jurisprudence, l'APDC estime que la Commission pourrait utilement rappeler dans son Projet qu'il ne suffit pas que la juridiction nationale saisisse la Cour d'un renvoi préjudiciel sur la validité d'une décision pour satisfaire la condition relative à l'existence de doutes sérieux, mais qu'elle doit indiquer, au moment d'octroyer la mesure de référé, les raisons pour lesquelles elle estime que la Cour sera amenée à constater l'invalidité de cette décision.
113. De la même manière, il pourrait être utile de préciser que le préjudice invoqué par le requérant pour justifier de l'urgence doit être susceptible de se concrétiser avant que la Cour ait pu statuer sur la validité de l'acte attaqué, et qu'un préjudice purement pécuniaire ne saurait en principe être regardé comme irréparable.
114. Enfin, la notion de l'intérêt de l'Union gagnerait à être explicitée, que ce soit au regard du principe d'effet utile de l'acte en cause, ou du risque financier pour l'Union. A cet égard, l'APDC considère que

le Projet devrait rappeler que l'intérêt de l'Union doit être mis en balance avec celui du secteur économique concerné par la décision de récupération.

6. CONSEQUENCES DU MANQUEMENT DE L'OBLIGATION D'EXECUTION D'UNE DECISION DE RECUPERATION DE LA COMMISSION

115. La section 6 appelle deux séries de commentaires de la part de l'APDC : la première concerne le point 146 ; la seconde concerne la portée d'une formule employée à deux reprises en lien avec l'initiative d'une action de la Commission sur le fondement soit de l'article 108, paragraphe 2, du TFUE, soit de l'article 260, paragraphe 2, du TFUE.

a) Commentaires sur le point 146

116. S'il ne fait nul doute que les concurrents du ou des bénéficiaires sont, avec les contribuables (voire parfois avec le ou les bénéficiaires eux-mêmes), les victimes des violations des règles en matière d'aides d'Etat, ils ne parviennent encore que trop rarement à obtenir réparation de la part de l'Etat du dommage subi devant les juridictions nationales. En particulier, la Commission n'ignore rien de leurs difficultés à établir le lien de causalité ou à évaluer le montant de leur dommage devant le juge national.

117. C'est pour cette raison que l'APDC salue l'insertion, au point 146 du Projet⁶⁰, d'une référence au lien de causalité entre les infractions aux dispositions du TFUE concernant les aides d'Etat et le préjudice subi par les concurrents du ou des bénéficiaires.

118. L'APDC y voit un signal positif en faveur des actions indemnitaires des concurrents lésés par les aides d'Etat illégales et incompatibles.

119. L'APDC se demande toutefois si la Commission ne devrait pas saisir l'opportunité de cette révision pour aller plus loin dans la promotion des actions indemnitaires. A cet effet, il pourrait, par exemple, être ajouté au même point, sous la forme d'un rappel, que les concurrents du ou des bénéficiaires doivent pouvoir obtenir réparation auprès de l'Etat-membre concerné en cas de préjudice subi du fait de l'octroi d'aides illégales et incompatibles devant les juridictions nationales. Il pourrait aussi être précisé que le défaut de récupération dans le délai prescrit est une circonstance de nature à aggraver le préjudice subi par les concurrents du ou des bénéficiaires. Il pourrait enfin être envisagé que les concurrents du ou des bénéficiaires puissent solliciter, dans le cadre d'un contentieux national, un avis de la Commission, faute de disposition analogue à l'article 15(3) du règlement 1/2003⁶¹ en matière d'application des articles 101 et 102 TFUE (rôle d'« amicus curiae » de la Commission auprès des juridictions nationales).

b) Commentaires sur les points 151 et 157

120. Concernant l'initiative de la Commission de lancer une action contre un Etat membre sur le fondement soit de l'article 108, paragraphe 2, du TFUE, soit de l'article 260, paragraphe 2, du TFUE, une même formule un peu ambiguë est utilisée. Ainsi est-il indiqué que « [l]a Commission envisage systématiquement de saisir la Cour de justice sur le fondement de l'article 260, paragraphe 2, du TFUE ». Faut-il simplement y voir une expression de fermeté de la Commission vis-à-vis des Etats-membres qui seraient en défaut d'exécution ? Ou est-ce le reflet d'une étape préalable à sa prise de décision au cours de laquelle un nouveau dialogue avec l'Etat-membre, une sorte de dialogue de la dernière chance, serait encore possible ? S'il s'agit de la seconde proposition, il serait sans doute utile de le préciser et de préciser également les contours de cette étape intermédiaire.

⁶⁰ « Les infractions aux dispositions du TFUE concernant les aides d'Etat affectent les échanges et portent directement préjudice aux intérêts des autres acteurs sur les marchés concernés, qui ne bénéficient pas du même type de soutien » (nous soulignons).

⁶¹ Règlement (CE) n° 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.