



Association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence

Contribution à la consultation publique de la Commission européenne relative aux lignes directrices sur les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté

23 décembre 2013

A.P.D.C.

11 place Dauphine – 75053 Paris cedex 01

Courrier : c/o Maître Robert Saint-Esteben - Cabinet Bredin Prat

130, rue du Faubourg Saint-Honoré 75008 Paris

robertsaintesteben@bredinprat.com

INTRODUCTION

1. Nous tenons en premier lieu à saluer l'initiative de la Commission européenne (ci-après la **Commission**) de donner l'opportunité aux tiers de commenter son nouveau projet de lignes directrices sur les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration (ci-après le **Projet** et les **aides S&R**).
2. L'initiative de la Commission de renouveler les règles applicables aux aides S&R ne peut qu'être accueillie favorablement. Depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2004 des lignes directrices actuelles (ci-après, **les lignes directrices de 2004**), la pratique décisionnelle s'est beaucoup développée, notamment à l'occasion de la crise économique qui frappe l'Europe depuis 2008. Certains points des lignes directrices de 2004 avaient pu poser des problèmes d'application lors de leur mise en œuvre, et il apparaît dès lors opportun que la Commission, dans le cadre de la modernisation du droit des aides d'Etat, adopte de nouvelles lignes directrices permettant de lever les ambiguïtés existantes et d'adapter le droit des aides d'Etat aux évolutions économiques de ces dernières années.
3. Le Projet énonce d'emblée que la Commission entend « *concentrer l'examen ex ante [...] sur les cas ayant la plus forte incidence sur le marché intérieur* ». Si on doit bien entendu se féliciter de cette déclaration d'intention, force est cependant de constater à la lecture du Projet l'absence de tout élément quantitatif ou qualitatif visant à centrer l'attention de la Commission sur les aides ayant la plus forte incidence sur le marché intérieur. Au contraire, on constate en réalité un durcissement de l'ensemble des critères listés dans les lignes directrices, qu'il s'agisse du champ d'application de celles-ci ou des règles de compatibilité. Or, un tel durcissement, loin de concentrer l'attention de la Commission sur les aides les plus nuisibles, va au contraire, toutes choses égales par ailleurs, accroître (i) le nombre de mesures entrant dans le champ d'analyse de la Commission et (ii) le nombre de mesures dont la compatibilité nécessite une procédure formelle d'examen.
4. L'orientation générale du Projet de la Commission semble donc plutôt favorable à davantage de contraintes quant à l'éligibilité des entreprises aux aides S&R (introduction des « filtres » relatifs à la vérification de l'intérêt commun poursuivi, définition de la notion d'entreprise en difficulté etc.), ainsi qu'à un contrôle plus restrictif de leur compatibilité (répartition des charges de la restructuration, augmentation du plancher de rémunération des aides au sauvetage etc.)¹. En cela, le Projet de la Commission s'inscrit dans l'évolution du droit des aides d'Etat entamée ces dix dernières années sous l'impulsion des commissaires Monti et Kroes, et tout particulièrement depuis l'adoption du plan d'action pour les aides d'Etat de 2005 dont l'objectif était, ainsi que le révélait son titre, d'autoriser des aides d'Etat « *moins nombreuses mais mieux ciblées* ».

¹ A titre d'illustration, le Projet prévoit d'introduire un angle d'analyse de compatibilité totalement refondu (celui de la « *contribution à un objectif d'intérêt commun* ») dont la Commission devra vérifier dans chaque cas le respect.

5. On pourra néanmoins regretter que, ce faisant, le Projet ne semble pas tenir pleinement compte de la crise économique actuelle qui rend nécessaire un nombre accru d'interventions étatiques dans l'économie européenne aux fins de sauvetage ou de restructuration d'entreprises en difficulté et de maintien de l'emploi. Ce besoin ne s'étant pas estompé près de cinq ans après le début de la crise, bien au contraire, il est possible de s'interroger sur la pertinence de maintenir le cap envers et contre tout sur un durcissement des règles en matières d'aides d'Etat alors même que les signaux d'un retour à la croissance en Europe se font toujours attendre.
6. Même si les banques commencent à se redresser (notamment grâce aux aides d'Etat massives dont elles ont pu bénéficier²), l'économie réelle demeure sans aucun doute affectée par un accès restreint au financement. Or, entre décembre 2008 et octobre 2011, ceci avait justifié l'application par la Commission de règles plus souples en matière d'aides d'Etat par le biais du Cadre temporaire pour les aides d'Etat destinées à l'économie réelle³. La Commission avait renoncé à poursuivre la mise en œuvre du plan d'action de 2005 visant des aides moins nombreuses et mieux ciblées. Or, en l'espèce, au vu de la prolongation des effets de la crise économique, il ne nous semble pas justifié de réaffirmer l'objectif de 2005 ni de l'utiliser pour instaurer encore davantage de restrictions à l'octroi d'aides S&R. Une telle politique pourrait même sembler aller à l'encontre de l'objectif que s'est assigné la Commission européenne⁴.
7. A ce titre, l'introduction dans le Projet de la notion « *d'aléa moral* » (point 9) – empruntée aux textes applicables au secteur financier et découlant du caractère systémique des établissements financiers – risque d'être difficilement compréhensible pour les acteurs de l'économie « réelle ». Outre le fait que la période de crise actuelle semble plus propice au conservatisme qu'à la prise de risques excessifs, les exigences de la Commission en matière de mesures de limitation des distorsions de concurrence (anciennement mesures « *compensatoires* ») aux aides S&R, qui sont notoirement élevées, permettent en tant que telles de considérer que le risque d'aléa moral est minimal. Il en va de même de la « *course aux subventions* » (point 10) qui ne semble pas réaliste en ce qui concerne les aides S&R.

² Entre octobre 2008 et décembre 2010, les aides d'Etat accordées aux banques représentaient en montant nominal, 36 % du PIB de l'Union Européenne de l'année 2009, soit 4 300 milliards d'euros.

³ A cet égard, il est possible de remarquer que la Commission semble avoir parfaitement accepté l'objectif d'éviter des faillites d'entreprises dans un secteur marqué par des surcapacités en se félicitant de ce que l'application du cadre temporaire pour l'économie réelle avait permis d'éviter une restructuration du secteur automobile (*Staff Paper* de la Commission européenne – *the effects of temporary State aid rules adopted in the context of the financial and economic crisis*, page 68 : « *the [automobile] sector [is] characterised by significant overcapacities. [Yet], no major player exited the market and no major restructuring was notified to the Commission. That phenomenon may be due to the fact that the use of the Temporary Framework acted as cushion* »).

⁴ Ainsi que le précise la communication de la Commission du 8 mai 2012 relative à la modernisation de la politique de l'UE en matière d'aides d'Etat : « *la stratégie Europe 2020 en faveur de la croissance reconnaît le rôle des aides d'Etat pour la croissance et la capacité de la politique menée dans ce domaine à contribuer de manière active et positive aux objectifs d'Europe 2020* ».

8. Cela étant précisé, il convient de saluer l'objectif général affiché par la Commission – de manière cohérente puisque le droit des aides d'Etat fait partie du droit général de la concurrence – de protéger le processus concurrentiel sur les marchés en vue de maximiser le bien-être du consommateur, plutôt que de favoriser les concurrents du bénéficiaire de l'aide d'Etat. Il conviendra de s'assurer que cet objectif est bien poursuivi en pratique, en particulier dans le cadre de la détermination des « *mesures de limitation des distorsions de concurrence* ».
9. Sur le fond, nos commentaires sur le Projet porteront sur son champ d'application (I.) et sur l'analyse de la compatibilité des aides (II.).

1. CHAMP D'APPLICATION DU PROJET

10. Les commentaires se concentreront sur la notion d'« entreprise en difficulté » (1.1.), sur le nouveau type d'aide au soutien temporaire à la restructuration (1.2.) et sur les aides destinées à couvrir les coûts sociaux d'une restructuration (1.3.).

1.1. Notion d'« entreprise en difficulté »

11. La principale modification proposée par la Commission concernant cette notion revient à privilégier les « *critères stricts au détriment des critères souples* » afin d'accroître la « *clarté et la sécurité juridique* » (voir la Note Explicative). Les critères souples ne pourraient plus être utilisés que dans des circonstances exceptionnelles.
12. Nous sommes défavorables à une telle modification. En effet, nous n'avons pas constaté de déficit de sécurité juridique en la matière. L'approche des services de la Commission permet toujours de « tester » l'application que l'on envisage de faire des critères souples, et ce dans des délais compatibles avec les exigences du dossier. Cette approche au cas par cas entraîne notre entière satisfaction⁵.
13. En outre, l'application que fait la Commission des mesures de limitation des distorsions de concurrence et du principe de non-réurrence, ainsi que l'impossibilité de bénéficier en pratique d'autres types d'aides d'Etat pendant la période de restructuration⁶, n'incite pas les entreprises fondamentalement saines à rechercher par tous moyens à entrer dans le champ

⁵ A titre de comparaison, il convient de saluer la modification introduite au point 23 du Projet et par laquelle il est décidé de n'avoir recours qu'aux critères stricts pour les besoins de l'application des règlements de la Commission. En effet, ce cas de figure ne donne lieu par hypothèse qu'à un *self-assessment* (sans approche de la Commission), exercice pour lequel l'application de critères stricts est clairement préférable.

⁶ Il semblerait en effet que la Commission interprète les points 52 et 70 des lignes directrices de 2004 comme impliquant que toute aide, de quelque nature que ce soit, octroyée au cours de la période de restructuration, devrait entraîner une modification des conditions d'approbation de l'aide à la restructuration dans les conditions du point 52 de ces lignes directrices.

de la notion d'entreprise en difficulté. Si le but recherché était de diminuer le nombre d'entreprises pouvant prétendre à une aide S&R, il nous semble que la marge de manœuvre dont dispose la Commission dans l'application des critères souples devrait suffire à dissuader les principaux cas « abusifs ».

14. Enfin, notre expérience suggère que les difficultés rencontrées par les entreprises peuvent être de nature très différentes et que l'application du critère souple s'avérerait particulièrement utile, non pas pour contourner l'application des critères stricts, mais bien pour compenser leur caractère limitatif. Si le critère souple venait à n'être applicable que dans des conditions exceptionnelles, un grand nombre de difficultés ne pourraient plus être traitées par une aide S&R, non pas parce qu'elles ne seraient pas authentiques, mais parce qu'elles n'auraient pas été prévues par les critères stricts.
15. Pour les raisons mentionnées ci-dessus, nous sommes favorables à ce que la notion « *d'entreprise en difficulté* » soit celle mentionnée au point 20 du Projet (à savoir le fait que, sans intervention de l'Etat, l'entreprise soit quasiment certaine de déposer son bilan à court ou moyen terme⁷) et que la preuve de cet état de fait puisse être rapportée par tout moyen, sous le contrôle de la Commission et de la Cour de justice, et notamment – mais pas uniquement – sur la base des critères listés au point 21 du Projet.

1.2. Les aides au soutien temporaire à la restructuration

16. Le Projet vise à mettre en place un nouveau régime d'aides au soutien temporaire à la restructuration. Ce régime permet d'accorder une aide à une PME sous la forme d'un apport de liquidité, pour une durée de 12 ou de 18 mois. Il est très similaire au régime préexistant des aides au sauvetage. Toutefois, en raison du principe de non-réurrence, l'octroi d'une telle mesure de soutien empêchera toute intervention plus substantielle, en particulier sous la forme d'aide à la restructuration, contrairement à ce qui est possible pour les aides au sauvetage.
17. A l'heure actuelle, lorsque l'Etat membre s'est engagé, dans le cadre de la notification d'une aide au sauvetage, à transmettre à la Commission, un plan de restructuration dans un délai de six mois à compter de l'autorisation de l'aide au sauvetage, cette dernière est, en pratique, prorogée pendant la période d'analyse du plan de restructuration par la Commission, qui peut atteindre un an voire plus. Cette solution, qui permet d'étendre de manière pragmatique l'application de l'aide au sauvetage en l'attente d'une validation du plan de restructuration semble plus avantageuse que le « soutien temporaire » décrit ci-dessus car elle permet également de préserver la possibilité du versement, sous le contrôle de la Commission, d'une aide à la restructuration. Or, les lignes directrices de 2004 prévoyaient un mécanisme simplifié d'approbation des aides à la restructuration en faveur des PME dans la mesure où la Commission ne validait pas leur plan de restructuration.

⁷ A ce titre, il nous semble que « *renoncer à son activité* » n'est pas une traduction fidèle de « *going out of business* ».

18. Il en résulte que l'intérêt pratique pour les entreprises du soutien temporaire n'apparaît pas évident.

1.3. Les aides destinées à couvrir les coûts sociaux d'une restructuration

19. Le Projet prévoit l'introduction d'un dernier type d'aide : les aides destinées à couvrir les coûts sociaux d'une restructuration. Il s'agit principalement des cas où l'Etat prend en charge les obligations de l'employeur en cas de licenciement des salariés de l'entreprise.
20. Le Projet prend soin – à juste titre selon nous – d'écarter la qualification d'aide pour les mesures par le biais desquelles l'Etat prend en charge « *le coût des indemnités consenties par l'entreprise au personnel licencié au-delà de ses obligations légales ou contractuelles* » (soulignement ajouté) (point 33)⁸. Néanmoins, le Projet rajoute que « *si ces régimes servent à encourager la restructuration dans des secteurs bien précis, ils peuvent comporter une aide en raison du caractère sélectif de leur application* » (point 33).
21. Il nous semble que la qualification d'aide de telles mesures est très discutable. En effet, dans l'hypothèse formulée par la Commission (lorsque l'intervention de l'Etat va au-delà de ce qui est requis légalement ou conventionnellement), de telles indemnités ne viennent pas alléger les charges de l'entreprise puisque l'employeur n'a pas l'obligation de verser ces indemnités qui viennent justement s'ajouter à ses obligations légales ou conventionnelles et sont versées directement aux salariés. L'entreprise en question ne se voit alors octroyer aucun avantage et les seuls bénéficiaires d'une telle mesure sont les salariés eux-mêmes.
22. Il semble donc que le Projet devrait laisser expressément la possibilité à l'Etat de verser des sommes aux salariés au-delà des obligations de l'employeur sans craindre que cette mesure ne soit qualifiée d'aide d'Etat.

2. LA COMPATIBILITE DES AIDES AU SAUVETAGE ET A LA RESTRUCTURATION

23. Dans son introduction à la partie 3 du Projet, la Commission européenne présente l'ensemble des conditions auxquelles est soumise la compatibilité des aides au sauvetage et à la restructuration avec le marché intérieur.
24. Dans cette liste figure notamment deux éléments nouveaux par rapport aux lignes directrices de 2004.
25. Premièrement, le point 39(a) du Projet imposerait de démontrer que l'aide contribue à un objectif d'intérêt commun. Or, la Commission s'est fondée sur l'article 107, paragraphe 3(c), TFUE pour adopter les lignes directrices sur les aides au sauvetage et à la restructuration. Cette disposition suppose qu'une aide ne puisse être autorisée que si elle

⁸ Conformément à la décision de la Commission du 17 juillet 2002 dans l'affaire N797/2001 – Société française de production, points 25 et 26.

poursuit l'objectif « de favoriser le développement de certaines activités [...] économiques ». Dès lors, pour être autorisée, toute aide au sauvetage et à la restructuration devrait nécessairement favoriser le développement de certaines activités économiques et l'ensemble des conditions énoncées par ces lignes directrices devrait simplement permettre à la Commission de s'assurer que c'est bien le cas. Dans cette perspective, décliner plusieurs exemples de situations dans lesquelles l'aide serait réputée poursuivre cet objectif est une initiative qu'il convient de saluer. Eriger ces exemples en condition supplémentaire de compatibilité des aides pourrait en revanche apparaître redondant, voire circulaire.

26. Deuxièmement, le point 39(d) du Projet imposerait de démontrer qu'en l'absence de l'aide, le bénéficiaire aurait été restructuré, vendu ou liquidé sous une forme qui n'aurait pas permis d'atteindre l'objectif d'intérêt commun. Ce critère suppose d'établir une situation contrefactuelle en l'absence d'aide d'Etat, ce qui semble d'ailleurs être également le cas de la condition de compatibilité visée au point 39(b) du Projet qui, pour démontrer la nécessité de l'intervention publique, imposerait de fournir un scénario contrefactuel démontrant qu'en l'absence d'aide d'Etat, l'objectif d'intérêt général poursuivi par la mesure d'aide ne pourrait être atteint.
27. Or, rappelons qu'afin de prouver qu'une entreprise est en difficulté, il convient de démontrer qu'en l'absence de l'aide, l'entreprise en cause ne pourrait survivre. Cela suppose donc également d'établir la situation contrefactuelle en l'absence d'aide d'Etat. Dès lors, il pourrait être utile de s'interroger sur ce qu'apporte ce nouveau critère du point 39(d) du Projet par rapport à la démonstration que l'entreprise concernée est bien une entreprise en difficulté. En tout état de cause, une telle démonstration pourrait en pratique être particulièrement compliquée à mettre en œuvre dans la mesure où (i) elle suppose de rapporter une preuve négative (*i.e.* qu'un fait n'existe pas) ; (ii) elle devrait avoir plusieurs branches dans la mesure où elle devrait envisager des hypothèses de restructuration, de cession et de liquidation.
28. Ainsi que la Commission le précise, cette condition du point 39(d) du Projet devrait permettre de s'assurer de l'effet incitatif de l'aide. Une telle condition existe d'ores et déjà dans un certain nombre de textes, comme par exemple, les lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement⁹ ou l'encadrement communautaire des aides d'Etat à la recherche, au développement et à l'innovation¹⁰. Ainsi que ces deux textes le précisent, l'effet incitatif d'une aide à la protection de l'environnement ou pour la R&D impliquent que le bénéficiaire « *modifie son comportement* » dans des hypothèses où le marché ne crée aucune incitation pour une entreprise à protéger l'environnement ou à innover. Un tel critère est-il transposable s'agissant des aides au sauvetage et à la restructuration, dans la mesure où celles-ci visent à assurer la survie économique d'une entreprise en finançant sa restructuration ?

⁹ JOCE C21 du 1^{er} avril 2008, p. 1.

¹⁰ JOCE C323 du 30 décembre 2006, p. 1.

2.1. Contribution à un objectif d'intérêt commun

2.1.1. Définition des objectifs d'intérêt commun (difficultés sociales ou défaillances de marché)

29. Il semble particulièrement louable de donner des exemples concrets par lesquels l'aide sera réputée poursuivre l'objectif d'intérêt commun et en particulier, de tenir compte des risques d'interruption d'un service important, du rôle systémique essentiel d'une entreprise dans une région ou dans secteur particulier, ainsi que du risque d'interruption de la continuité d'un services d'intérêt économique général (*SIEG*). Cette avancée significative doit être saluée, de même que la prise en compte au point 46 des spécificités des PME.
30. Néanmoins, il pourrait être utile de s'interroger sur la rédaction du point 45.
31. Premièrement, le point 45 s'ouvre sur le postulat que l'objectif d'intérêt général doit être d'éviter soit de graves difficultés sociales, soit d'importantes défaillances du marché. Ces deux notions semblent relativement larges. Néanmoins, ne pourrait-il pas être utile d'adopter une formulation plus ouverte (e.g. « ... d'entraîner *notamment* de graves difficultés sociales ou d'importantes défaillances du marché ») ? Cela pourrait conférer à la Commission une marge d'appréciation lui permettant d'adapter son approche en fonction des problématiques variées qui pourraient survenir au cours de la mise en œuvre de ce texte. L'intitulé du titre de la section 3.1.1. pourrait alors être revu en conséquences (e.g. « *définition des objectifs d'intérêt commun* »). Une telle rédaction serait ainsi cohérente avec le fait que toute aide d'Etat au sauvetage et à la restructuration doit nécessairement poursuivre l'objectif de favoriser le développement de certaines activités économiques, et que la Commission devrait autoriser toute aide d'Etat poursuivant un tel objectif.
32. Deuxièmement, la rédaction du point 45(a) pourrait apparaître singulièrement restrictive, notamment au regard de la généralité des objectifs sociaux pouvant être poursuivis par les Etats membres. Il semble en effet que, selon le Projet, l'aggravation du chômage qui résulterait de la faillite de l'entreprise concernée ne pourrait être prise en compte qu'à la condition que le taux de chômage dans la ou les régions concernées soit (i) supérieur au taux de chômage moyen dans l'UE ou au niveau national ; (ii) persistent ; et (iii) combiné à une difficulté de créer de nouveaux emplois dans la ou les régions concernées.
33. S'il faut bien évidemment se féliciter de la prise en compte des réalités sociales, cette rédaction semble :
- instaurer une discrimination entre, d'une part, les régions dans lesquelles le taux de chômage est supérieur à la moyenne de l'UE ou nationale et, d'autre part, les régions dans lesquelles il ne l'est pas, et ce alors même que les régions défavorisées bénéficient déjà du régime des aides à finalité régionale ;
 - ne pas tenir compte de la situation des groupes d'entreprises présents dans différentes régions dont seulement certaines pourraient relever des conditions posées par le point 45(a), ce qui pourrait poser des difficultés d'application ;

- créer un effet de seuil artificiel en fonction d'une moyenne nécessairement évolutive alors que rien n'indique sur quelle durée cette moyenne doit être observée ;
 - restreindre significativement la possibilité pour les Etats de déterminer leur politique sociale et d'arbitrer entre le coût d'une aide d'Etat et ceux subis par le contribuable du fait d'une faillite (comme par l'exemple, la prise en charge des régimes de garantie des salaires ou des indemnités de chômage, réduction des impôts et charges sociales perçues et autres coûts indirects liés à la dégradation du tissu économique) ; cela pourrait susciter des questions d'un point de vue strictement juridique, dans la mesure où la compétence que les articles 107 et 108 TFUE confèrent à la Commission pourraient ne pas lui permettre de s'immiscer ainsi dans les choix de politique sociale des Etats-membres.
34. Pour l'ensemble de ces raisons, il pourrait être utile d'ajouter un (3) au point 45(a) du Projet prévoyant une clause « *balai* » plus large permettant aux Etats membres de démontrer qu'en dehors des conditions exposées aux (1) et (2), il existe un intérêt d'objectif social avéré à soutenir telle ou telle entreprise en difficulté.

2.1.2. Plan de restructuration et retour à la viabilité à long terme

35. Premièrement, il semble possible de s'interroger sur l'articulation entre les sections 3.1.1 et 3.1.2 : en l'état du Projet, leur caractère cumulatif ou alternatif ne semble pas précisément établi. Si la rédaction du point 44 laisserait penser qu'il s'agit de critères cumulatifs, ne pourrait-il être considéré que le retour à la viabilité du bénéficiaire permettrait en lui-même de s'assurer que l'objectif de favoriser le développement de certaines activités économiques serait atteint ?
36. Il convient de saluer la rédaction du point 47 du Projet dans la mesure où celui-ci prévoit que « *la restructuration financière [prend] la forme d'apports de capitaux réalisés par de nouveaux actionnaires ou des actionnaires existants, et de réductions de dettes accordées par les créanciers existants* » (soulignements ajoutés). De tels apports de capitaux ou réductions de dettes apparaissent en effet fréquemment constituer un élément indispensable du retour à la viabilité des entreprises en difficulté.
37. A cet égard, la Commission devrait, nous semble-t-il, accepter de tenir compte des apports en capitaux ou des remises de dettes réalisés par les actionnaires publics ou des créanciers publics existants. En effet, dans le cas d'entreprises publiques, l'actionnaire public peut fréquemment souhaiter apporter des capitaux ou accorder des remises de dettes ainsi que peuvent le faire des actionnaires ou créanciers privés. Or, en pratique, la Commission qualifie quasi-systématiquement de telles interventions d'aides d'Etat, en dépit du principe de neutralité du droit européen consacré à l'article 345 TFUE. Ces interventions des actionnaires ou créanciers publics ne devraient pouvoir être qualifiées d'aides d'Etat que si la Commission démontre (i) que la mesure en cause est imputable à l'Etat ; et (ii) l'absence de respect du principe de l'investisseur ou du créancier privé avisé.

38. La rédaction du point 49 du Projet semble aller plus loin que celle de l'actuel point 35 des lignes directrices de 2004. En effet, cette dernière indiquait : « *le plan de restructuration, dont la durée doit être la plus courte possible...* » (soulignement ajouté). En pratique, la Commission acceptait des plans d'une durée allant de 3 à 5 ans. Le point 49 du Projet semble simplement formaliser une telle pratique, garantissant ainsi une sécurité juridique plus importante. Cela étant, le Projet considère désormais que la durée est en principe de 3 ans et qu'à titre exceptionnel, une durée de 5 ans pourrait être acceptée. Or, au regard des circonstances de marché (e.g., pour les industries ayant des cycles particulièrement longs), une période de principe de 5 ans, voire plus longue, pourrait dans certains cas se justifier. La condition que la période de restructuration soit « *la plus courte possible* » semblait ainsi permettre une meilleure prise en compte des réalités économiques et éviter d'enfermer la Commission dans un délai fixe.
39. Le point 51 du Projet expose les informations que doit contenir un plan de restructuration. Il contient une double nouveauté (i) en demandant que soit analysé « *si les difficultés du bénéficiaire auraient pu être évitées si des mesures appropriées avaient été prises en temps utile par sa direction et, si tel est le cas, démontrer que des changements ont été introduits dans sa gestion* » ; et (ii) en imposant que « *si les difficultés du bénéficiaire découlent [...] de son système de gouvernance, [ce dernier fasse] l'objet d'adaptations* ». Il est indéniable qu'en théorie, il est souhaitable que toute défaillance du gouvernement d'entreprise soit résolue pour permettre un retour à la viabilité. Néanmoins, mettre en œuvre un tel principe pourrait en pratique s'avérer particulièrement délicat. Tout d'abord, il peut être particulièrement difficile de déterminer si les difficultés d'une entreprise proviennent d'erreurs de son équipe dirigeante ou si elles résultent des conditions économiques. De plus, même si le plan de restructuration est juridiquement notifié par l'Etat-membre concerné (i) il est en pratique nécessairement préparé par l'entreprise concernée qui dispose seule des informations nécessaires ; et (ii) au regard de l'importance des mesures de restructuration, il dépasse en général le cadre de mesures de gestion ordinaire mais doit être approuvé par ses instances dirigeantes (conseil d'administration ou équivalent). Ainsi, hors hypothèse d'un changement récent de direction, il pourrait être illusoire de demander aux dirigeants d'approuver un plan de restructuration exposant qu'ils ont commis des erreurs alors que leur responsabilité pourrait être engagée.
40. Le point 53 du Projet expose notamment que les hypothèses du plan de restructuration ne peuvent en principe dépendre du lancement ou du développement de nouvelles activités pour lesquelles le bénéficiaire ne présente ni expérience ni résultats attestés. Ce principe est bien évidemment tempéré par une exception permettant de justifier du lancement de nouvelles activités lorsqu'une diversification s'impose ou que la viabilité du bénéficiaire en dépend (conditions alternatives qui pourraient apparaître redondantes). L'existence de cette exception semble cohérente avec la rédaction du point 47 du Projet qui précise que la restructuration peut passer par « *une diversification vers des activités nouvelles et rentables* ». Au regard de l'exigence que les entreprises se fassent concurrence par l'innovation, et de la nécessité pour une entreprise en difficulté d'abandonner des activités peu rentables pour se concentrer sur des secteurs ayant un potentiel de croissance important, il pourrait être

souhaitable que la Commission fasse en pratique preuve de pragmatisme dans l'appréciation de cette condition.

2.2. Nécessité de l'intervention de l'Etat

41. Ainsi qu'exposé ci-dessus (cf. point 26), présenter un contrefactuel étayé démontrant la nécessité de l'intervention de l'Etat semble dans une large mesure recouper la démonstration que l'entreprise concernée est bien en difficulté (ainsi que précisé au point 61 du Projet, ce critère recoupe également dans une large mesure la démonstration de l'effet incitatif de l'aide). Il suppose en outre de rapporter une preuve négative, ce qui est en général très difficile à réaliser en pratique. Imposer aux entreprises qu'elles démontrent qu'aucune des différentes options proposées au point 55 du Projet n'est envisageable pourrait apparaître comme constituant une *probatio diabolica* (en tout état de cause, soulignons que la première phrase du point 55 vise « un autre scénario » alors que sa deuxième phrase vise « ces scénarios »). La portée de l'obligation en découlant semble ainsi peu claire).

2.3. Caractère approprié de l'aide

2.3.1. Aides au sauvetage

42. Le point 57 du Projet reste largement identique aux dispositions entourant la compatibilité des aides au sauvetage en vertu des lignes directrices de 2004. Néanmoins, la Commission pourrait profiter de l'opportunité de l'adoption de nouvelles lignes directrices pour clarifier certains points qui avaient en pratique posé problème.
43. Par exemple, la formule « tout prêt doit être remboursé et toute garantie doit prendre fin dans un délai de six mois au maximum à compter du versement de la première tranche au bénéficiaire » venant préciser le caractère temporaire de l'aide au sauvetage a pu poser des problèmes d'interprétation lorsqu'une garantie d'émissions obligataires était autorisée à titre d'aide au sauvetage, notamment dans des cas relevant tant des lignes directrices de 2004 que des communications adoptées pour le secteur bancaire et financier dans le cadre de la crise.
44. En effet, lorsqu'une garantie porte sur des émissions obligataires, elle présente un caractère temporaire dès lors que la fenêtre d'émission des obligations est limitée à six mois (sous réserve d'une prorogation de l'aide au sauvetage résultant de la notification d'un plan de restructuration). Au-delà de cette période temporaire d'émissions qui prend fin dans un délai de six mois sauf prorogation éventuelle liée à la notification d'un plan de restructuration, l'entreprise bénéficiaire ne pourra plus bénéficier de nouvelles liquidités mais devra se contenter de rembourser les obligations émises à mesure de leur échéance.
45. En revanche, le caractère temporaire de l'aide au sauvetage ne saurait ni imposer que les obligations émises aient une maturité inférieure à six mois, ni qu'elles doivent perdre le bénéfice de la garantie au terme des six mois. Imposer que les obligations émises viennent à échéance dans un délai de six mois ne permettrait pas à l'entreprise bénéficiaire de disposer des liquidités nécessaires à sa survie pendant le temps de l'instruction du plan de restructuration, celle-ci ayant fréquemment une durée supérieure à six mois. Cela imposerait également d'émettre des obligations d'une maturité inférieure à six mois (sauf le

premier jour d'émission) alors que la Commission a, dans le cadre des aides aux banques, émis des réserves sur l'opportunité d'émissions de courtes maturités. De plus, cela créerait une discrimination entre les aides au sauvetage accordées sous forme de prêts (qu'il serait simplement possible de proroger lors de la notification d'un plan de restructuration) et celles accordées sous forme de garanties d'émissions obligataires (l'entreprise bénéficiaire devrait émettre de nouvelles obligations garanties, exercice ayant un coût important, et il ne serait en pratique pas possible de déterminer leur maturité, qui devrait dépendre de la durée d'autorisation de l'aide au sauvetage, c'est-à-dire de la date à laquelle la Commission pourrait adopter sa décision relative à l'aide à la restructuration).

46. De même, imposer que les obligations émises perdent le bénéfice de la garantie au terme des six mois constituerait une mesure ayant un caractère non pas temporaire mais rétroactif dans la mesure où elle priverait les investisseurs ayant souscrit aux obligations du bénéfice de la garantie au cours de la durée de vie des obligations garanties. Dans la mesure où une garantie est en pratique fréquemment appelée au moment de l'échéance des obligations garanties, la certitude de perdre la garantie avant la date d'échéance de ces obligations dissuaderait les investisseurs d'y souscrire et priverait en pratique l'aide au sauvetage de tout effet utile.
47. Dès lors, la Commission aurait pu souhaiter modifier la rédaction du point 57 du Projet pour clarifier son approche quant à la portée de la condition que les garanties accordées à titre d'aides au sauvetage aient un caractère temporaire et prennent fin dans un délai de six mois. Un tel problème d'interprétation n'est bien entendu qu'un exemple des problématiques pouvant survenir dans la mise en œuvre de ce texte.
48. Enfin, le point 57(e) du Projet prévoit que des mesures structurelles, comme l'acquisition ou la vente de branches ou d'actifs importants, ne devraient pas être mises en œuvre avec une aide au sauvetage, sauf si une action immédiate est requise. S'il est compréhensible que l'aide au sauvetage en elle-même ne doive pas être structurelle (bien que la Commission ait adopté la solution inverse dans le cadre des aides aux établissements financiers lors de la crise), il semble plus difficile de comprendre pourquoi l'entreprise ne pourrait pas immédiatement adopter des mesures structurelles, *a fortiori* si de telles mesures permettent de limiter le montant de l'aide au sauvetage ou de faciliter la restructuration de l'entreprise par exemple en générant immédiatement un apport en trésorerie significatif. En pratique, il pourrait également être difficile de déterminer si une telle mesure structurelle, intervenue au cours de la période d'autorisation de l'aide au sauvetage, a été mise en œuvre avec cette aide ou uniquement grâce à des ressources de l'entreprise bénéficiaire.

2.3.2. Aides à la restructuration

49. Le point 58 du Projet s'ouvre sur un postulat qu'il convient de louer : « *les Etats membres sont libres de choisir la forme que prend l'aide à la restructuration* ». Celle-ci peut en effet dépendre d'une grande variété de facteurs, relevant non seulement de la situation de l'entreprise concernée mais également (i) lorsque l'entité dispensatrice de l'aide est un Etat ou une collectivité, des contraintes budgétaires et de droit administratif et budgétaire ; (ii) lorsque l'entité dispensatrice de l'aide est une entreprise publique, notamment de ses contraintes de

trésorerie. Ainsi, s'il est compréhensible que la Commission souhaite que l'instrument d'aide soit adapté selon que l'entreprise bénéficiaire connaisse des problèmes de liquidité ou de solvabilité, il semble que cette affirmation ne devrait rester qu'un exemple et non se muer en obligation juridiquement contraignante. Il en va d'autant plus ainsi que la frontière entre des problèmes de liquidité et de solvabilité peut être ténue, l'un pouvant déboucher sur l'autre. Par exemple, une injection de capital pourrait permettre à une entreprise de faire face à des problèmes de liquidités avant que ceux-ci ne viennent entamer ses fonds propres.

2.3.3. Soutien temporaire à la restructuration

50. À cet égard, il convient de renvoyer *supra* aux points 16 à 18. Soulignons de plus que les conditions d'autorisation des aides au sauvetage et d'un soutien temporaire à la restructuration semblent largement identiques : seules la durée d'autorisation et l'exigence de soumettre un plan simplifié diffèrent. Dès lors, l'utilité de la notion de soutien temporaire à la restructuration peut apparaître difficilement perceptible. Il en va d'autant plus ainsi que s'agissant des aides à la restructuration de PME, les lignes directrices de 2004 ne prévoient pas que la Commission doive autoriser leur plan de restructuration¹¹.

2.4. Proportionnalité de l'aide/limitation de l'aide au minimum nécessaire

2.4.1. Aides au sauvetage

51. Le point 62 du Projet prévoit que « *les aides au sauvetage doivent être limitées au montant nécessaire pour maintenir le bénéficiaire en activité pendant six mois* » (soulignement ajouté). Cette rédaction diffère de celle du point 25(d) des lignes directrices de 2004, qui prévoyait que « *l'aide doit être limitée au montant nécessaire pour maintenir l'entreprise en activité pendant la période pour laquelle l'aide est autorisée* » (soulignement ajouté). Ce point permettait ainsi de tenir compte non seulement de la période initiale d'autorisation de l'aide au sauvetage de six mois mais également d'une prorogation de cette période en cas de notification d'un plan de restructuration (cette dernière hypothèse étant au demeurant la plus fréquente). La rédaction proposée par le Projet ne semble pas nécessairement permettre une augmentation du quantum de l'aide, alors qu'il semble difficile que les aides à la restructuration puissent être systématiquement instruites et autorisées dans un délai de six mois à compter de l'autorisation de l'aide au sauvetage.
52. Il conviendrait donc de prévoir un mécanisme permettant au montant de l'aide au sauvetage d'être revu au moment de la notification du plan de restructuration afin que l'aide au sauvetage puisse effectivement maintenir le bénéficiaire en activité pour la période d'examen du plan de restructuration.

¹¹ « pour les PME, le plan de restructuration n'a pas besoin d'être validé par la Commission » même s'il doit remplir les critères de fond des lignes directrices de 2004, point 59.

2.4.2. Aides à la restructuration

53. Cette partie du Projet semble pouvoir appeler des commentaires sur les quelques points ci-après. A titre d'introduction, soulignons que l'expression « *contribution propre à la restructuration* » a été remplacée par l'expression « *contribution importante à la restructuration* » (soulignement ajouté), ce qui pourrait à nouveau traduire une sévérité accrue de la part de la Commission, comme nous l'avons souligné en introduction aux points 3 à 7.
54. Premièrement, la rédaction du point 63 du Projet nous semble particulièrement bienvenue et opportune. En effet, elle précise que « *le montant et l'intensité des aides à la restructuration doivent être limités au minimum nécessaire pour permettre la réalisation de la restructuration en fonction des disponibilités financières du bénéficiaire, de ses actionnaires ou du groupe auquel il appartient* » (soulignement ajouté). Les points 64 et 66 du Projet reprennent cette condition en soulignant que « *une contribution importante à la restructuration est exigée sur les ressources propres du bénéficiaire, de ses actionnaires ou créanciers du groupe auquel il appartient* » (soulignement ajouté).
55. Ainsi que déjà souligné *supra*, il semblerait qu'au regard du principe de neutralité consacré par l'article 345 TFUE, la Commission pourrait devoir appliquer ce principe y compris dans des cas où les actionnaires ou le groupe auquel appartient l'entreprise concernée sont publics. Dans de telles circonstances, et pour être cohérente avec la rédaction du Projet, la Commission ne devrait pouvoir refuser de tenir compte d'une contribution importante d'un actionnaire ou créancier public qu'à condition de démontrer de manière détaillée et circonstanciée non seulement l'imputabilité à l'Etat¹² mais également l'absence de respect du principe de l'investisseur privé avisé. Il semble que ce soit seulement à ces conditions que la Commission puisse qualifier d'aide d'Etat le soutien des actionnaires ou créanciers publics (et donc refuser d'en tenir compte au titre de la contribution des actionnaires ou créanciers à la restructuration).
56. Or, dans sa pratique décisionnelle, la Commission a pu refuser de prendre en compte une contribution émanant d'un actionnaire public, y compris lorsque cet actionnaire public souhaitait accorder un prêt à une entreprise en difficulté aux mêmes conditions que celles exigées par une banque (offre bancaire à l'appui) afin d'internaliser la marge de la banque. Un tel prêt, accordé à des conditions de marché, et permettant à l'actionnaire de rentabiliser ses liquidités disponibles, devrait pouvoir constituer une contribution à la restructuration sauf à méconnaître le principe d'égalité de traitement.
57. Par ailleurs, la fin du point 64 du Projet semble soulever une question quant à l'application du principe de neutralité, puisque la Commission y indique que « *la contribution de l'Etat, par*

¹² Comme elle a pu le faire dans sa décision du 24 avril 2007 dans l'affaire C46/2005 – InterFerryBoats, point 208 : « *l'encadrement de la SNCB, c'est-à-dire l'administrateur délégué et les membres du comité de direction, gèrent l'entreprise de manière autonome, sans intervention de la part des autorités publiques. Dès lors, en l'absence d'indices concrets d'une intervention de l'Etat dans la gestion du dossier IFB, la Commission doit conclure que la décision de l'encadrement de la SNCB de tolérer le non-paiement des factures d'ITFB pendant la période allant de fin 2000 à juillet 2002 n'est pas imputable à l'Etat belge* » (soulignement ajouté).

exemple en sa qualité d'actionnaire ou de créancier, ne permet pas de remédier aux problèmes d'aléa moral ni de démontrer que les marchés croient à la faisabilité du retour à la viabilité et ne sera donc pas prise en considération à cet effet». D'une part, il semble que la question de l'aléa moral peut se poser tant pour les entreprises publiques que privées et au regard des seules aides d'Etat et non des interventions publiques respectant le principe de l'investisseur privé avisé ou n'étant pas imputables à l'Etat (s'agissant d'aides aux banques privées comme publiques, la Commission en a d'ailleurs tenu compte très largement dans son application du cadre temporaire pour la crise économique et financière). D'autre part, il semble que démontrer que les marchés croient dans le retour à la viabilité du bénéficiaire concerne la question du retour à la viabilité de l'entreprise et non celle de l'appréciation de la contribution des actionnaires à la restructuration.

58. Deuxièmement, le point 64 du projet énonce que les ventes d'actifs qui ne sont pas indispensables à la survie du bénéficiaire peuvent être prises en compte pour la contribution propre du bénéficiaire. Néanmoins, lorsque celui-ci connaîtra des problèmes de solvabilité, une telle vente ne pourrait être prise en compte que dans la mesure où elle aurait lieu au-dessus de la valeur comptable des actifs concernés. Cette condition pourrait soulever des questions, voire des difficultés. En effet, dans la mesure où la vente des actifs serait réalisée à une valeur de marché, même très inférieure à leur valeur comptable, il semble difficile de comprendre pourquoi il ne serait pas possible d'en tenir compte au titre de la contribution à la restructuration.
59. Certes, la cession à une valeur inférieure à la valeur comptable devrait *in fine* créer une moins-value contribuant de manière négative au résultat net de l'entreprise sur l'exercice. Mécaniquement, une telle cession aurait un impact sur les capitaux propres de l'entreprise. Néanmoins, est-il pour autant justifié de refuser d'emblée de tenir compte d'une telle cession au titre de la contribution à la restructuration ? Par exemple, une cession pour 95 euros d'un actif ayant une valeur comptable de 100 euros apporterait 95 euros de trésorerie pour financer la restructuration pour un impact sur les fonds propres de 5 euros. Ne faudrait-il pas tenir compte de la possibilité pour l'entreprise d'arbitrer entre les deux, en particulier dans des hypothèses où la cession pourrait par ailleurs avoir un impact positif par exemple sur le niveau d'endettement du groupe (*i.e.*, cession des titres d'une filiale endettée) ? Il semble au demeurant que les entreprises en difficulté peuvent en pratique fréquemment vendre des actifs à une valeur inférieure à leur valeur comptable, soit que le marché (généralement en situation de surcapacité) se soit effondré entre la date de fixation de la valeur comptable de l'actif et la date de sa cession, soit que l'entreprise, ayant un besoin pressant de trésorerie, doive accepter un prix de vente permettant de réaliser la cession rapidement. Il semble ainsi que tant que les cessions sont réalisées à une valeur de marché, démontrant l'absence de volonté de créer une contribution à la restructuration artificielle, toute cession d'actifs devrait être prise en compte.
60. Troisièmement, les modalités de calcul de la contribution propre, telles que proposées dans l'option 1 apparaissent particulièrement difficiles à mettre en œuvre, et ce pour au moins trois raisons.

61. Tout d'abord, le point 65 du Projet indique qu'une contribution propre sera considérée comme appropriée si (i) son montant est au moins aussi élevé que le montant de l'aide¹³ ; (ii) si la contribution des actionnaires historiques et des créanciers est raisonnable eu égard aux pertes qu'ils auraient vraisemblablement subies en cas d'insolvabilité. Outre que cette condition ne pourrait devoir s'appliquer que dans le strict respect du principe de neutralité, le calcul des pertes subies par les actionnaires et/ou les créanciers en cas d'insolvabilité peut se révéler en pratique particulièrement délicat. Quels cas de figure d'insolvabilité faudra-t-il considérer ? Devra-t-on considérer les pertes subies par les actionnaires et/ou les créanciers dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire (et dans ce cas, dans le cadre d'un plan de continuation ou d'un plan de cession), voire de liquidation judiciaire¹⁴. Faudrait-il également envisager la vente d'actifs en blocs ou séparément, comme la Commission a pu l'envisager¹⁵ ? Même à supposer qu'il faille examiner le cas extrême d'une liquidation judiciaire, la pratique décisionnelle de la Commission en ce qui concerne la qualification de prix négatifs dans les opérations de privatisation atteste des difficultés à quantifier les coûts admissibles : elle a ainsi par exemple accepté de tenir compte des conséquences d'une liquidation sur l'image de marque de l'actionnaire dans l'affaire SNCM¹⁶ avant de refuser d'en tenir compte dans les décisions Austrian Airlines¹⁷ et Combust¹⁸, en dépit de la jurisprudence en la matière¹⁹. Elle semble particulièrement hésiter s'agissant de la prise en compte du risque d'une action en comblement de passif (ou toute autre action visant à retenir la responsabilité de l'actionnaire pour insuffisance d'actifs), alors même qu'il s'agit fréquemment d'un risque sérieux. Enfin, la Commission a pu imposer de déterminer à la fois le coût de liquidation dans une procédure amiable et dans une procédure judiciaire.
62. De plus, le point 65 du Projet précise que la contribution des actionnaires et créanciers doit être « *raisonnable* » au regard des pertes vraisemblables en cas d'insolvabilité. Aucune indication, aucune précision n'est donnée s'agissant de la manière dont le caractère

¹³ Ce qui pourrait, peu ou prou, correspondre à la rédaction des points 43 et 44 des lignes directrices de 2004, selon lesquels la contribution propre doit être d'au moins 50 % des coûts de la restructuration. Confronter le montant des contributions propres à celui du montant de l'aide permet d'évacuer la question de la détermination des coûts de la restructuration, et notamment de l'éligibilité de certains coûts qui avait pu poser question. La Commission avait d'ores et déjà adopté cette méthodologie en pratique.

¹⁴ Pour ne parler que des procédures collectives d'insolvabilité existant en France.

¹⁵ Décision de la Commission du 25 septembre 2007 dans l'affaire C40/2007 – Mittal Steel Roman, point 21.

¹⁶ Décision de la Commission du 8 juillet 2008 dans l'affaire C58/02 – SNCM.

¹⁷ Décision de la Commission du 28 août 2009 dans l'affaire C6/2009 – Austrian Airlines.

¹⁸ Décision de la Commission du 13 juillet 2009 dans l'affaire C10/2005 – Combust.

¹⁹ CJCE, arrêt du 21 mars 1991, *République Italienne c/ Commission*, affaire C-305/89, *Rec. p. I-1635*, point 53 où la Cour avait considéré qu'un investisseur privé accepterait qu'une filiale subisse des pertes sans la liquider afin de permettre sa cession dans les meilleures conditions possibles, ou en raison d'autres préoccupations, comme maintenir l'image du groupe ou réorienter ses activités.

raisonnable de la contribution sera apprécié. Dans ces conditions, il pourrait apparaître difficile pour les entreprises d'évaluer *ex ante* l'ampleur de l'effort qui sera attendu d'elles.

63. Enfin, le point 65 considère que l'ampleur de la contribution propre devra être déterminée au regard du montant nominal de l'aide, à moins que l'Etat membre concerné ne démontre de manière objective et vérifiable que l'élément d'aide est inférieur. Cette condition apparaît très particulière, et en contradiction tant avec la pratique décisionnelle la plus établie qu'avec un ensemble de lignes directrices relatives au calcul de l'élément d'aide d'Etat. Citons par exemple la communication de la Commission sur les aides d'Etat octroyées sous forme de garanties²⁰, qui prévoit que le montant de l'aide d'Etat correspond en principe à la différence entre le prix de marché de la garantie et le prix payé à l'Etat (ou à une entité publique) pour la garantie constitutive d'une aide, ou à défaut de prix de marché, entre le coût du financement grâce à la garantie et le coût de financement en l'absence de garantie²¹. Cette méthodologie permet de quantifier précisément l'avantage obtenu du fait du recours à une aide plutôt qu'à une solution de marché. Dans la mesure où elle reflète une réalité économique, il semble difficile de comprendre pourquoi la Commission souhaiterait ne tenir compte que du montant nominal de l'aide. Cela pourrait par exemple rendre difficile le recours aux garanties publiques : leur montant nominal peut s'avérer particulièrement élevé, rendant impossible qu'une contribution d'un montant aussi élevé soit apportée, et ce alors même qu'elles ne mobilisent aucune ressource publique tant qu'elles ne sont pas appelées.
64. Pour l'ensemble de ces raisons, il semblerait préférable que la Commission ait recours à l'option 2, s'agissant de la répartition des charges. Cette option 2 peut cependant également soulever des questions.
65. Premièrement, il semble difficile de comprendre pourquoi l'aide d'Etat ne pourrait pas contribuer à couvrir les pertes passées. Il semble en effet que l'aléa moral décrit au point 68 du Projet existe que les pertes passées ou celles futures soient couvertes. Dans les deux cas, le retour à la viabilité du bénéficiaire permet de redonner de la valeur à l'entreprise et donc aux investissements des actionnaires. De plus, il apparaîtrait légitime de s'interroger sur l'équilibre devant exister entre, d'une part, les conditions permettant le retour à la viabilité du bénéficiaire des aides et, d'autre part, la nécessité d'imposer une juste répartition des charges. En d'autres termes, s'il est avéré que la couverture des pertes passées pourrait permettre plus facilement le retour à la viabilité, est-il opportun de l'interdire au regard du critère de la répartition des charges ?
66. Deuxièmement, à nouveau, s'il est envisagé que les actionnaires historiques supportent les pertes passées, il conviendrait d'appliquer cette obligation dans le strict respect du principe de neutralité du droit européen. Or, si la Commission considère que toute intervention d'un actionnaire historique devait constituer une aide d'Etat, cet actionnaire historique

²⁰ JOCE C155 du 20 juin 2008, p. 10.

²¹ Partie 4.2 de la communication.

serait dans l'incapacité de supporter les pertes passées du bénéficiaire. Celui-ci pourrait alors difficilement démontrer que le critère de répartition des charges est rempli.

67. Enfin, il pourrait être utile de s'interroger sur l'opportunité de faire participer les créanciers subordonnés aux charges de la restructuration. Ce critère, issu du cadre pour les aides à la restructuration du secteur bancaire, semble avoir été créé pour consolider les fonds propres des banques²². On peut néanmoins se demander s'il est possible de le transposer à l'économie réelle. Notamment, ne faudrait-il pas prendre en considération son effet sur la capacité des entreprises en difficulté à attirer des financements privés ?

2.5.Effets négatifs

2.5.1. Principe de non-récurrence

68. Il semble tout d'abord possible de s'interroger sur la structure du Projet qui dans une partie relative aux effets négatifs des aides au sauvetage et à la restructuration inclut tout à la fois le principe de non-récurrence, les mesures de limitation des distorsions de concurrence, et la situation des bénéficiaires d'aides antérieures illégales. Or, ces trois situations semblent largement différentes, et les effets négatifs de l'aide ne semblent concerner que la sous partie relative aux mesures de limitation des distorsions de concurrence. De telles mesures visent en effet à limiter un effet négatif de l'aide, c'est-à-dire les distorsions de concurrence qui en découlent. En revanche, la question du principe de non-récurrence concerne avant tout la question de l'efficacité de l'aide par rapport au bénéficiaire et celle de son retour à la viabilité (l'entreprise devant pour cela voler de ses propres ailes sans devoir bénéficier d'un nouveau soutien public). De même, la question de la prise en compte des aides illégales antérieures semble davantage constituer une mesure de police procédurale. Ce ne sont donc pas les effets négatifs de l'aide qui sont traités mais, pour ces deux éléments, la situation du bénéficiaire.
69. Au point 75(b), il pourrait être utile de clarifier si un soutien temporaire à la restructuration pourrait être suivi d'une aide à la restructuration (ce que la rédaction actuelle de la première phrase du point 75(b) laisse transparaître). Il nous semble également que, de manière générale, la formulation du point 75(b) (2) gagnerait à être clarifiée.
70. A ce même point du Projet, il semble possible de s'interroger sur l'articulation entre les conditions d'application de l'exception au principe de non-récurrence lorsqu'une aide à la restructuration a déjà été octroyée et lorsque seule une aide au sauvetage a été octroyée. En effet, dans le premier cas, une nouvelle aide d'Etat peut être accordée sans condition de délai dès lors que des « *circonstances exceptionnelles, imprévisibles et non imputables au bénéficiaire* » sont présentes. Dans le second cas, il est nécessaire d'attendre 5 ans même si des « *circonstances imprévisibles [et] non imputables au bénéficiaire* » sont présentes. Or, il pourrait être

²² Voir, point 26 de la Communication de la commission sur le retour à la viabilité et l'appréciation des mesures de restructuration prises dans le secteur financier dans le contexte de la crise actuelle, conformément aux règles relatives aux aides d'Etat, JO C 195, 19.8.2009, p. 9.

difficile de distinguer en pratique les situations caractérisées par des circonstances à la fois exceptionnelles, imprévisibles et non-imputables au bénéficiaire de celles caractérisées par des circonstances seulement imprévisibles et non-imputables au bénéficiaire (qui ne seraient donc pas « *exceptionnelles* »...). Dès lors, une condition supplémentaire (le délai de 5 ans) serait imposée pour les entreprises ayant bénéficié seulement d'une aide au sauvetage et non d'une aide à la restructuration, sans que l'on comprenne très bien où se situe concrètement la ligne de démarcation (on imagine mal des circonstances « *imprévisibles* » et « *non-imputables au bénéficiaire* » qui ne seraient pas « *exceptionnelles* »).

71. S'agissant de l'application du principe de non-récurrence dans le cadre des groupes de sociétés, il est important que le point 77 du Projet ait repris la précision du point 75 des lignes directrices de 2004 selon laquelle lorsqu'une entité au sein d'un groupe a reçu une aide au sauvetage et à la restructuration, le groupe dans son ensemble ou d'autres entités du même groupe peuvent continuer à bénéficier d'une aide au sauvetage ou à la restructuration dès lors que toute nouvelle aide ne pourrait être transmise à l'entité du groupe bénéficiaire des aides antérieures. L'application de ce principe demanderait cependant une approche pragmatique de la part de la Commission, en identifiant précisément, dans ses décisions, les entités bénéficiaires des aides d'Etat au sein de chaque groupe, et en appréciant la question de la transmission de l'avantage sans préjugé.
72. En revanche, au point 77 du Projet, la Commission précise que lorsqu'un « *groupe d'entreprises* »²³ a bénéficié d'une aide au sauvetage ou à la restructuration ou d'un soutien temporaire à la restructuration, le groupe lui-même et les entités qui le composent seront tenus par le principe de non-récurrence. Cette proposition pourrait susciter des questions. Par exemple, dans un groupe de sociétés exploitant des activités distinctes, il semble difficile de déterminer ce que la notion d'aide à un « *groupe d'entreprises* » pourrait recouvrir. En effet, si un groupe de sociétés exploite plusieurs activités économiques logées au sein de diverses sociétés dont l'une est bénéficiaire d'aides d'Etat, et qu'une société de ce groupe exploitant une autre activité bénéficie d'une autonomie juridique, économique, financière et organisationnelle suffisante, et de ce fait, se comporte à l'égard du reste du groupe dans des conditions de marché, il semble improbable que cette deuxième société puisse bénéficier de l'aide antérieure octroyée à la première société, ni qu'une aide ultérieure octroyée à la seconde société puisse bénéficier à d'autres entités du groupe de sociétés.
73. Enfin, l'adoption du Projet pourrait être l'occasion de préciser l'application du principe de non-récurrence dans l'hypothèse d'une modification de la propriété du bénéficiaire de l'aide. A cet égard, le point 78 du Projet semble être une nouveauté par rapport aux lignes directrices de 2004 dont l'opportunité pourrait soulever des questions. Premièrement, le terme « *repreneur* » qu'il utilise pourrait apparaître peu précis : les actifs d'une entreprise ayant bénéficié d'une aide d'Etat peuvent fréquemment être repris par un groupe de

²³ Il semble d'ailleurs qu'une « *entreprise* » au sens du droit de la concurrence pouvant être constituée de plusieurs sociétés et qu'un groupe de sociétés pouvant former une même et seule « *entreprise* », l'expression « *groupe d'entreprises* » pourrait utilement être remplacée par l'expression « *groupe de sociétés* ».

sociétés exploitant plusieurs activités différentes. Seule l'entité de ce groupe reprenant les actifs en cause pourrait éventuellement bénéficier de l'avantage découlant de l'aide d'Etat, et ainsi, se voir opposer le principe de non-récurrence. Il semblerait dans ce cadre peu logique de considérer que le « *repreneur* » serait le groupe de sociétés dans son ensemble. Deuxièmement, tant la Commission que la jurisprudence considèrent qu'une cession à un prix de marché permet d'exclure qu'un avantage soit transféré à l'acquéreur des actifs²⁴, y compris lorsqu'une telle cession est réalisée dans le cadre d'une procédure collective d'insolvabilité, par un tiers indépendant ayant pour objectif de maximiser la valeur de liquidation des actifs concernés. Dès lors, le principe de non-récurrence ne devrait pas s'appliquer dans une telle hypothèse.

74. Enfin, en l'état, le point 78 ne permettrait pas à un acquéreur ayant bénéficié d'une aide au sauvetage et à la restructuration, légale et compatible, d'acquérir les actifs d'une autre société ayant également bénéficié d'une aide au sauvetage ou à la restructuration compatible (sauf à ce que la Commission considère que le cumul de ces deux aides, réunies dans un seul groupe par le simple effet d'une opération d'acquisition, ne contrevienne pas au principe du non-récurrence). Ainsi, ce principe créerait une discrimination selon que l'acquéreur des actifs ait déjà bénéficié d'une aide au sauvetage ou à la restructuration, ou non.

2.5.2. Mesures de limitation des distorsions de concurrence

75. À ce sujet, il convient tout d'abord de saluer le changement sémantique. Ainsi que la doctrine avait pu le relever, l'utilisation du terme mesure « *compensatoire* » mettait l'accent sur le fait que les mesures en cause venaient compenser, c'est-à-dire indemniser, les concurrents de l'entreprise aidée. La manière de « *limiter* » les distorsions de concurrence était ainsi d'indemniser les concurrents, vraisemblablement de la perte d'une chance d'occuper les parts de marché du bénéficiaire si ce dernier était sorti du marché.
76. Peut-être peut-on espérer de cette modification sémantique une réorientation de la politique de la Commission, qui prendrait mieux en compte l'effet réel de l'aide en concentrant l'analyse de la distorsion de concurrence sur le processus concurrentiel plutôt que sur la situation des concurrents ?
77. De ce point de vue, il peut apparaître regrettable que le point 96 du Projet précise que « [*les mesures de limitation des distorsions de concurrence*] ne doivent pas non plus être prises au détriment des consommateurs et de la concurrence ». En effet, les mesures de limitation des distorsions de

²⁴ Communication de la Commission intitulée « *Vers une mise en œuvre effective des décisions de la Commission enjoignant aux États membres de récupérer les aides d'État illégales et incompatibles avec le marché commun* », JO C272 du 15 novembre 2007, p. 4, pt. 33 ; TPICE, arrêt du 19 octobre 2005, *CDA Datenträger Albrechts GmbH c/ Commission*, affaire T-324/00, pts. 99 et 100 ; TPICE, 1^{er} juill. 2009, aff. T-291/06, *Operator ARP sp. z o.o. c/ Commission*, pt. 67 : « *dans le cas de rachat d'actifs (...) si un prix d'achat conforme au marché a été payé par l'acheteur pour la reprise d'éléments d'actifs, celui-ci ne conserve pas la jouissance effective de l'avantage concurrentiel lié au bénéfice des aides octroyées au vendeur* ».

concurrence ne devraient poursuivre que le seul objectif de protéger le jeu de la concurrence et donc *in fine* le bien-être des consommateurs. Il peut également apparaître regrettable que le point 81 du Projet ait repris la formule des lignes directrices de 2004 selon laquelle « *les cessions, les radiations comptables et la fermeture d'activités déficitaires qui seraient en tout état de cause nécessaires pour rétablir la viabilité ne sont généralement pas suffisantes [...] pour lutter contre les distorsions de concurrence* ». Il semble effet qu'imposer des mesures de limitation des distorsions de concurrence allant au-delà de ce qui est nécessaire pour le retour à la viabilité du bénéficiaire n'a de lien évident ni avec l'ampleur de la distorsion de concurrence causée par l'aide d'Etat ni avec le niveau de concurrence sur le marché. Cette exigence semble au contraire découler d'une logique strictement punitive qui, dans les faits, favorise les concurrents au lieu de limiter l'impact de l'aide sur le processus concurrentiel. Elle est d'autant moins justifiée qu'elle va fréquemment à l'encontre de l'objectif du retour à la viabilité en conduisant le bénéficiaire à se priver d'activités ou de branches d'activités rentables.

78. Enfin, il semble possible de s'interroger sur la rédaction du point 82 du Projet selon lequel les mesures de limitation des distorsions de concurrence « *doivent* » favoriser l'entrée de nouveaux concurrents, l'expansion des petits concurrents, ou l'activité transfrontière. Une telle exigence ne se justifierait pas dans les cas où la situation sur le marché ne permettrait d'atteindre aucun de ces trois objectifs alors même que les mesures en cause pourraient garantir le maintien d'un niveau de concurrence suffisante sur le marché. Par exemple, il pourrait n'y avoir aucun nouvel entrant sur un marché pour des raisons n'ayant aucun rapport avec l'octroi d'une aide au sauvetage ou à la restructuration. En tout état de cause, la Commission devrait simplement considérer qu'une mesure de concurrence puisse être recevable dès lors qu'elle permet effectivement de limiter la distorsion de concurrence, telle que cette dernière aura été appréciée au terme d'une analyse économique circonstanciée. Dès lors, une rédaction plus adéquate serait que les mesures de limitation des distorsions de concurrence « *peuvent* » favoriser l'entrée de nouveaux concurrents, l'expansion des petits concurrents ou l'activité transfrontière, voire que dans de tels cas, il soit présumé que les effets défavorables de l'aide sur les conditions des échanges aient été de ce seul fait réduits au minimum au sens du point 79 du Projet.
79. La rédaction du point 88 du Projet nous semble devoir être approuvée en ce qu'elle précise que la Commission ne pourra pas imposer des mesures de limitation des distorsions de concurrence sous forme de mesures comportementales « *sauf dans des circonstances exceptionnelles* ». Ce point semble encadrer la discrétion de la Commission, et celle-ci devrait ainsi continuer à valoriser toute mesure comportementale spontanément proposée par le bénéficiaire afin de limiter les distorsions de concurrence découlant de l'aide. De la même manière, il est important de noter que le point 89 du Projet reprend la possibilité pour la Commission d'imposer à l'Etat des mesures d'ouverture des marchés. De telles mesures pourraient en effet remplacer les mesures de limitation des distorsions de concurrence qui sont normalement exigées du bénéficiaire des aides.
80. S'agissant enfin du calibrage des mesures de limitation des distorsions de concurrence, il convient d'approuver le fait que, ainsi qu'indiqué au point 97, les aides destinées à des

mesures sociales n'entrent pas en ligne de compte pour déterminer l'ampleur des dites mesures. De telles mesures sociales ne créant aucune distorsion de concurrence, elles ne doivent dès lors pas donner lieu à une obligation de proposer des mesures de limitation des distorsions de concurrence.

81. En revanche, au même point 97, est exposée l'idée que « *la Commission veillera, dans le cadre du plan de restructuration, à limiter au minimum les effets sociaux de la restructuration dans les Etats membres autres que celui qui octroie l'aide* ». Cette affirmation semble particulièrement étonnante. D'une part, elle semble concerner les mesures de restructuration de l'entreprise aidée et non le calibrage des mesures de limitation des distorsions de concurrence. D'autre part, les mesures de restructuration devraient avoir pour seul objectif le retour à la viabilité du bénéficiaire. Au regard de cet objectif, il semble difficile d'exclure *a priori* la possibilité d'adopter des mesures de restructuration dans d'autres Etats membres que celui qui accorde l'aide d'Etat. Ainsi, la Commission ne devrait pas prendre en considération l'équilibre européen dans son appréciation des mesures de restructuration. En tout état de cause, un tel principe risquerait de soulever des problèmes d'application particulièrement compliqués à chaque fois que le bénéficiaire des aides sera un groupe international disposant d'activités dans plusieurs Etats membres de l'Union européenne.

3. AIDES A LA RESTRUCTURATION DANS LES REGIONS ASSISTEES

82. S'agissant des aides à la restructuration dans les régions assistées, au point 102, il est indiqué que « *pour promouvoir le développement régional, il est de l'intérêt des régions concernées que leurs ressources soient utilisées pour développer le plus rapidement possible des activités viabes et durables* » (soulignement ajouté). La compatibilité des aides S&R étant par hypothèse conditionnée au développement d'activités viables et durables, cette précision nous semble redondante. Ce critère ne saurait donc fonder une sévérité accrue de la Commission pour ce qui est des régions assistées, contrairement à ce que celle-ci semble envisager.

4. AIDES AUX PRESTATAIRES DE SIEG EN DIFFICULTE

83. L'initiative de la Commission d'introduire des éléments précisant les règles applicables aux prestataires de SIEG en difficulté au sein du Projet ne peut qu'être accueillie favorablement, en ce que la spécificité de ces entreprises est prise en compte en vue d'assurer la continuité du service public.
84. En introduction au point 106 du Projet, la Commission précise, dans le cadre de l'analyse générale de la compatibilité de l'aide S&R à une entreprise SIEG en difficulté, qu'il sera tenu compte de l'ensemble des aides d'Etat perçues par le prestataire, « *y compris toute compensation reçue en contrepartie d'obligations de service public* ». Nous comprenons que la Commission, par cette formulation, souhaite prendre en compte de manière générale l'ensemble des aides perçues par un prestataire de SIEG lors de l'évaluation de l'aide S&R. Or, il nous semble nécessaire de souligner que, dans ce cadre, la Commission devra

nécessairement inclure les coûts supportés par l'opérateur résultant de la prestation du SIEG. Une telle compensation reçue en contrepartie d'obligations de service public devra par conséquent être prise en compte en considérant les coûts qu'elle vient compenser.

85. Nous accueillons par ailleurs favorablement la possibilité offerte au point 107 de ne pas recourir systématiquement à une cession d'actifs dans le cas où ceux-ci seraient nécessaires à la prestation du SIEG. De même, s'agissant du point 108, il convient de louer la possibilité d'autoriser une aide S&R ne remplissant pas les conditions du Projet à condition que l'Etat membre démontre que l'aide est strictement limitée au montant et à la durée indispensables pour confier le service à un nouveau prestataire. Ces propositions dérogeant aux principes applicables aux autres entreprises permettent, dans le contexte spécifique des SIEG, d'assurer la continuité du service public.
86. Cependant, il nous semblerait utile, au point 108, que la Commission précise davantage les cas de figure dans lesquels elle compte utiliser la faculté d'autoriser une aide S&R ne remplissant pas les conditions du Projet.

5. REGIMES D'AIDES POUR LES FAIBLES MONTANTS ET LES PETITS BENEFICIAIRES

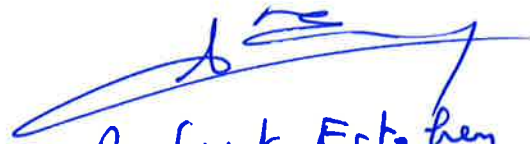
87. S'agissant des régimes d'aides pour les faibles montants et les petits bénéficiaires, au point 110, nous remarquons que le montant maximal total de l'aide octroyée à une entreprise de 10 millions d'euros présent dans les lignes directrices de 2004 a été divisé par deux dans le Projet, ainsi limité à 5 millions d'euros. Cela ne nous semble pas cohérent avec l'objectif affiché du Projet, à savoir « *concentrer l'examen ex ante [...] sur les cas ayant la plus forte incidence sur le marché intérieur* » (cf. *supra* point 2), dans la mesure où la réduction du montant va appeler automatiquement une analyse individuelle d'un nombre beaucoup plus important de régimes d'aides.
88. Par ailleurs, il nous semble qu'il serait opportun de clarifier le point 115, qui vise à limiter les évaluations par la Commission des régimes d'aides pour les faibles montants et les petits bénéficiaires aux régimes d'aides « *portant sur des montants élevés [...]* » (soulignement ajouté). Or, ce régime d'aides vise précisément à octroyer des montants « *limités* » (point 109). L'utilisation du terme « *élevés* » au point 115 devrait donc être explicitée.
89. Nous comprenons, au point 111, que seuls les critères stricts énoncés au point 21 (sur la notion d'entreprises en difficulté) doivent être pris en compte dans le cadre de l'exemption de notification individuelle des régimes d'aides pour les faibles montants et les petits bénéficiaires. Cette disposition aurait pour effet de restreindre fortement le champ des entreprises pouvant avoir accès à un tel régime, et donc de créer une discrimination entre les différentes entreprises en difficulté, selon qu'elles remplissent les critères stricts, ou peuvent être admises au titre du critère souple. Il nous semble donc qu'il serait utile de prendre en compte également les critères du point 22.
90. S'agissant du point 112, il nous semble qu'il serait judicieux de clarifier ce que doit être entendu par le terme « *mesures* », qui doivent être notifiées à la Commission en cas de

reprise par une entreprise des actifs d'une autre entreprise qui a elle-même déjà reçu une aide S&R.

6. PROCEDURES

91. Enfin, s'agissant de la procédure en cas de modification du plan de restructuration, il serait opportun d'introduire plus de souplesse au point 123 c), en indiquant que « le montant de l'aide peut être réduit en conséquence » si « les mesures en matière de concurrence proposées sont moindres que celles initialement imposées ». afin de prendre en compte les circonstances dans lesquelles une telle réduction ne se justifierait pas, par exemple car les mesures initialement proposées se seraient révélées impossibles à mettre en œuvre.
92. L'adoption du Projet pourrait également être une opportunité pour préciser que lorsque l'aide approuvée n'a pas pu être mise en œuvre dans sa totalité, et ainsi que le montant de l'aide d'Etat effectivement versée au bénéficiaire diminue, les conditions d'approbation de l'aide, et notamment les mesures de limitation des distorsions de concurrence, pourraient être assouplies.

Fait à Paris le 23/12/2013


R. Saint-Esther
Président