

**Les aides d'Etat et l'aéronautique civile en
droit communautaire de la concurrence**

Antoine LACHENAUD

Mémoire soutenu en vue de l'obtention du
DESS Droit des affaires
Magistère juriste d'affaires

Sous la direction de Madame Annie TARGA
Contrôleur d'Etat à la direction de la concurrence

Synopsis

Introduction

I. Les pratiques et les règles

A. Les pratiques en matière d'aides d'Etat dans l'aéronautique civile

1. L'importance des aides versées dans le secteur
2. Evolutions
 - 2.1. de la répartition géographique des aides
 - 2.2. de la répartition sectorielle

B. Les règles de fond

1. critères de l'aide d'Etat
 - 1.1. critères généraux
 - 1.1.1. un avantage
 - 1.1.2. consenti par l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat
 - 1.1.3. favorisant certaines entreprises ou productions
 - 1.1.4. susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres
 - 1.2. application : l'exemple de Ryanair à Charleroi
 - 1.2.1. un avantage
 - 1.2.2. consenti par l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat
 - 1.2.3. favorisant certaines entreprises ou productions
 - 1.2.4. susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres
 - 1.3. autres exemples d'application
 - 1.3.1. avantages consentis
 - 1.3.2. l'entité qui accorde l'aide
2. régime des aides d'Etat
 - 2.1. régime général
 - 2.1.1. les aides illicites
 - 2.1.1.1. typologie
 - 2.1.1.2. les obligations de restitution et de récupération
 - Existence
 - Contenu
 - 2.1.2. dérogations au principe d'incompatibilité
 - 2.1.2.1. les aides autorisées d'office
 - 2.1.2.2. autres dérogations
 - 2.1.2.3. aides horizontales compatibles avec le marché commun
 - 2.1.2.3.1. aides régionales
 - 2.1.2.3.2. aides au sauvetage ou à la restructuration
 - 2.1.2.3.3. aides à la protection de l'environnement
 - 2.1.2.3.4. aides à l'emploi et à la formation
 - 2.1.2.3.5. aides à la recherche
 - 2.1.2.3.6. aides destinées à remédier à une atteinte grave à l'économie d'un Etat membre
 - 2.2. régime propre au secteur aérien

- 2.2.1. cadre juridique
 - 2.2.1.1. l'exploitation des aérodomes français
 - 2.2.1.2. régime des redevances et taxes perçues par les concessionnaires
 - 2.2.1.3. un régime spécifique d'exploitation justifié par les exigences du service public
- 2.2.2. doctrine de contrôle des aides spécifique au transport aérien
 - 2.2.2.1. contenu
 - 2.2.2.2. applications

II. Le droit des aides entre souveraineté et supranationalité, service public et concurrence

- A. Finalité de l'action étatique et autorité de l'Etat
 - 1. finalité de l'action étatique
 - 1.1. distinction des missions régaliennes et du secteur concurrentiel
 - 1.2. l'Etat, un investisseur comme les autres?
 - 2. quelle autonomie pour les Etats membres ?
 - 2.1. centralisation relative du contrôle
 - 2.2. opportunité d'une décentralisation ?
- B. Aspects procéduraux : les entreprises, la commission et les juridictions étatiques
 - 1. les procédures
 - 1.1. communautaires
 - 1.1.1. la notification des aides nouvelles
 - 1.1.2. la notification des aides existantes
 - 1.1.3. les aides non notifiées
 - 1.1.4. procédure accélérée spécifique au transport aérien
 - 1.1.5. contrôle permanent
 - 1.1.6. publicité des décisions
 - 1.1.7. recours contre les décisions communautaires
 - 1.1.7.1. recours en annulation
 - 1.1.7.2. recours en carence
 - 1.1.7.3. recours en responsabilité non contractuelle
 - 1.2. nationales
 - 1.2.1. devant les juridictions administratives
 - 1.2.2. devant les juridictions judiciaires
 - 1.2.3. devant le conseil de la concurrence
 - 1.3. les procédures à l'encontre des Etats membres

2.stratégie procédurale

2.1. les intérêts d'une action au niveau communautaire

2.1.1. la préservation du secret des affaires

2.1.2. étendue des pouvoirs des autorités communautaires et nationales

2.1.3. autorité de la décision

2.1.4. intérêt pour agir

2.2. les intérêts d'une action au niveau national

2.2.1. questions générales différents types d'actions possibles

l'action en annulation

l'action aux fins d'injonction

l'action en responsabilité de

l'Etat

Pour des raisons historiques, le transport aérien est longtemps resté étranger aux règles communautaires de concurrence. Après la seconde guerre mondiale et l'adoption, le 7 décembre 1944, de la Convention de Chicago qui confirme le principe de souveraineté nationale, l'aviation civile s'est essentiellement développée par le biais d'accords bilatéraux entre les Etats. Ce système, qui leur abandonnait toute latitude pour désigner les compagnies nationales habilitées à exercer les droits de trafic, a favorisé l'émergence des flags carriers, compagnies d'Etat contrôlées et subventionnées par ceux-ci, sauf aux Etats unis où le marché intérieur était assez important, pour que la concurrence s'y développe librement, mais uniquement entre compagnies américaines. Les flags carriers étaient conçus comme un instrument de politique nationale, et leur exploitation ne répondait bien souvent à aucun impératif de rentabilité. L'Etat contrôlait généralement la totalité du capital de la compagnie qu'il plaçait en situation de monopole national. L'octroi d'aides d'Etat était inhérent à cette organisation du transport aérien. Si une certaine concurrence n'était pas exclue entre les transporteurs, le marché était loin d'être ouvert du fait du contrôle des tarifs, et de l'accès au marché. Le marché était segmenté par de multiples accords bilatéraux restrictifs de répartition.

Or, le conseil a au début des années 1990 grandement fait progresser le programme de libéralisation des transports aériens dans la communauté¹. Dans un contexte de concurrence accrue dans la communauté, l'application plus stricte des règles concernant les aides d'Etat répondait, dès 1994, selon la commission, à « un besoin évident ». Mais aucune des mesures adoptées dans le cadre des « trois paquets » législatifs de 1987, 1990 et 1992 ne portait directement sur l'article 87 du Traité (ancien article 92). La mise en œuvre de l'assujettissement du transport aérien aux articles 86 et 87 du Traité fut donc l'œuvre de la Cour de justice des communautés européennes elle même². Après que la Cour a indiqué en 1974 que le transport aérien était soumis aux règles générales du Traité³, puis dans une affaire concernant le secteur ferroviaire, que les « aides au transport » n'étaient pas soumises au régime général du traité concernant les aides, elle a eu l'occasion d'affirmer clairement l'application des règles de concurrence au secteur du transport aérien dans un arrêt *Nouvelles frontières*⁴.

A partir de 1991, deux éléments donnèrent à la Commission l'occasion de préciser sa position en matière d'aides d'Etat au transport aérien : les premiers succès de son programme de libéralisation et une vague de restructuration du secteur aérien,

¹Programme mené en trois temps : « premier paquet » adopté en décembre 1987 a visé les tarifs et l'accès au marché pour les services réguliers intracommunautaires entre les principaux aéroports, « deuxième paquet » de juillet 1990 a autorisé l'accès aux services entre la plupart des aéroports communautaires et abordé la répartition des capacités, « troisième paquet » de juillet 1992 fixe la liberté de l'air dans la Communauté, la libre tarification, et met fin à la répartition de la capacité en sièges.

² Ci-après désignée CJCE

³ CJCE, 4 avril 1974, Commission c. France, aff. 167/73, Rec., p. 357 p.32

⁴ CJCE, 30 avril 1986, Ministère public c. Lucas Asjes et autres, aff. Jointes 209 à 213/84, Rec., p.1425

conséquence de la crise du Golfe⁵. La Commission imposa, par exemple, son contrôle lors des affaires *Sabena*⁶ et *Air France*⁷.

Les premières victimes des aides d'Etat sont les entreprises qui n'en bénéficient pas. Fort de cette idée, et soucieux de préserver l'effet vertueux de la concurrence, le droit des aides d'Etat, vise à supprimer au maximum les entorses à la pleine compétition, qui seule, serait gage d'efficacité économique.

Ni le 11 septembre 2001⁸, ni la crise irakienne, ne sont parvenus à infléchir significativement l'hostilité de principe du droit communautaire à l'égard des aides d'Etat dans l'aéronautique civile. Loin de justifier l'octroi d'aides supplémentaires, ces événements exceptionnels, placent, selon certains plaideurs, l'offre sur le marché du transport aérien en situation de « surcapacité structurelle ». On sait que lorsque un secteur est en situation de surcapacité, il convient d'imposer des réductions de capacité afin d'éviter de compromettre la viabilité des entreprises les plus solides. Il n'appartiendrait donc pas aux pouvoirs publics, fusse au nom de la sauvegarde de l'emploi, de soutenir les compagnies aériennes les plus vulnérables, tel que ce fut le cas pour la défunte *Air Liberté*⁹. En ce qui concerne le conflit en Irak, la Commission européenne ne prévoit que des interventions minimales pour aider les compagnies aériennes à faire face aux conséquences de la guerre en Irak sur leurs activités. Comme l'a affirmé Loyola de Palacio, la commissaire en charge des Transports : « *Nous ne sommes pas partisans d'aides publiques comme celles qui sont actuellement réclamées par les compagnies aériennes américaines* ». Or, ces aides ont depuis effectivement été obtenues aux Etats unis. Des aides furent également versées en Europe, mais, semble-t-il, dans une moindre mesure.

Certaines interventions publiques ont été envisagées pour aider les compagnies à s'assurer contre les risques de guerre et de terrorisme¹⁰. Faisant preuve de pragmatisme, la Commission, consciente des difficultés actuelles, s'est par ailleurs efforcée d'atténuer les conséquences de son hostilité de principe aux aides en adoptant, dans un domaine voisin, une proposition de règlement visant la protection des compagnies

⁵ Et peut être même du programme de libéralisation lui même

⁶ Décision du 24 juillet 1991, 91/555/CEE, relative aux aides que le gouvernement belge prévoit d'octroyer au transporteur aérien SABENA JOCE L 300 du 31 octobre 1991, p.48

⁷ Décision du 27 juillet 1994, 94/662 JOCE L258 du 6 octobre 1994

⁸ Décision de la Commission du 11 décembre 2002, « concernant le régime d'aides d'Etat C 42/02 que la France envisage de mettre à exécution en faveur des compagnies aériennes françaises ».

⁹ Maîtres Philippe Racinzaux et Xavier Nyssen, Avocats au barreau de Paris, Cabinet Coudert frères. Assignation en référé déposée en janvier 2003 dans l'affaire *Air Liberté*.

¹⁰ Une note de la présidence grecque du Conseil considère que « des mesures à long-terme » (sans préciser lesquelles) devraient être prises par les Etats membres si le conflit en Irak devait se prolonger. La même note estime que le secteur aérien européen sera beaucoup plus affecté par la guerre en Irak que le même secteur dans d'autres régions du monde, notamment de par le nombre de compagnies aériennes européennes qui desservent le Moyen-Orient (la Commission européenne, dans sa note du 21 mars, estimait que l'impact de la guerre sur la situation du secteur aérien ne devait « pas être surévalué »). Selon la note grecque, il faut s'attendre à une perte de 2,5 milliards d'euros, qui s'ajouteront aux 3,2 milliards perdus suite aux attentats du 11 septembre 2001.

aériennes des Etats membres contre les subventions et les pratiques tarifaires déloyales en provenance de pays non membres de la communauté¹¹.

Si l'opportunité et la réalité du phénomène de réduction de l'offre restent discutées, deux éléments caractérisent actuellement le secteur du transport aérien : le rapprochement des différentes compagnies, qui conduit à une concentration de l'offre ; et l'intégration européenne.

Le phénomène de rapprochement s'explique sans doute par l'âpreté de la concurrence dans le secteur. Il s'illustre, en tout cas, par des réseaux transnationaux¹², des partenariats stratégiques¹³, ou de véritables concentrations capitalistiques¹⁴. Pour faire face à la concurrence des compagnies internationales, qui sont souvent de plus grande taille que les compagnies communautaires, un mouvement de consolidation est donc nécessaire. Consciente du caractère fragmenté de l'offre communautaire en matière de transport aérien, la Commission juge souhaitable la consolidation actuellement à l'œuvre¹⁵. Le rapprochement des transporteurs communautaires révèle une logique d'ensemble lorsque on la rapproche de l'intégration européenne.

Cette intégration a en effet donné lieu à l'adoption par le Conseil et le Parlement européen le 10 mars 2004 d'un règlement visant à jeter les bases du « ciel européen unique » qui doit voir le jour le 31 décembre 2004, et qui serait le dernier acte du programme de libéralisation des transports aériens.¹⁶

Les aides versées dans le secteur du transport aérien sont bien entendu soumises aux articles 87 à 89 du traité sur la communauté européenne mais également à des règles de droit dérivé, par exemple les dispositions relatives aux aides à finalité régionale¹⁷, ou des dispositions propres au secteur aérien.¹⁸

¹¹ Doc. COM CE n° 110 final, 12 mars 2002

¹² e.g. Skyteam et Staralliance

¹³ Accord Air France/ Alitalia approuvé par la Commission le 7 avril 2004

¹⁴ Ainsi récemment d'Air France et de KLM

¹⁵ Communication du 10 octobre 2001, p.12

¹⁶ Règlement CEE n° 2343/90 du Conseil concernant l'accès des transporteurs aériens aux liaisons des services européens réguliers intracommunautaires et la répartition de la capacité en sièges entre les transporteurs sur les services aériens réguliers entre Etats membres, JOCE n° L 217, 11 août 1990.

¹⁷ Textes régissant les aides à finalité régionale :

Résolution du conseil du 20 octobre 1971 (JO C 111 du 4.11.1971)

Lignes directrices concernant les aides d'Etat à finalité régionale (JO C 74 du 10.3.1998)

Communication de la commission sur la politique régionale et la politique de concurrence (JO C 90 du 26.3.1998)

Encadrement sectoriel des aides à finalité régionale en faveur de grands projets d'investissement (JO C 107 du 7.4.1998)

¹⁸ Textes spécifiques aux transports aériens

Application des articles 86 et 87 du T. CE aux aides d'Etat dans le secteur de l'aviation (JO C 350 du 10.12.1994)

Rapport de la commission au conseil sur les aides existantes dans le secteur du transport aérien (19.3.1992).

Au sens de l'art. 87§1 du traité et de l'article 61§1 de l'accord EEE « sont incompatibles avec le traité et avec cet accord, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres et entre les parties contractantes, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en faveur de certaines entreprises ou de certaines productions ».

La confrontation de la pratique et des règles en matière d'aides d'Etat au transport aérien (I) doit permettre de s'interroger sur les finalités de la régulation concurrentielle, confrontée à des contradictions entre concurrence et service public ou entre souveraineté et supranationalité, sans oublier les aspects procéduraux du droit des aides, qui constituent le prolongement nécessaire des règles de fond, et l'illustration concrète du partage des compétences entre les autorités communautaires et les juridictions nationales(II).

I. Les pratiques et les règles

A. Les pratiques en matière d'aides d'Etat à l'aéronautique civile

1. importance des aides versées dans le secteur

En 2001, le secteur des transports absorbait à lui seul 46% des aides versées dans l'Union européenne. Pourtant, il semble que la part du transport aérien dans le total des aides versées soit en réalité très faible, on cite pour 1995 le chiffre de 3% du total des aides. L'essentiel des aides est en réalité absorbé par le secteur ferroviaire¹⁹ (6000 millions d'euros en 2000, contre 0 pour le secteur aérien la même année). Pourtant, si les aides directes demeurent relativement faibles en volume, les aides indirectes, dont l'appréhension, est nécessairement plus difficile se multiplient.

La doctrine la plus autorisée affirme par ailleurs que « dans le domaine des aides d'Etat, peu de dossiers suscitent autant de controverse que les aides aux transporteurs aériens »²⁰. Un climat quasi passionnel a effectivement entouré l'examen des dossiers d'aides concernant les grands transporteurs communautaires, en particulier *Aer Lingus*, *Air France*, *Olympic Airways*, *TAP*, *Iberia* ou *Alitalia*.

Les aides peuvent bénéficier directement aux compagnies aériennes et donc indirectement aux constructeurs, mises en mesure d'acquérir de nouveaux appareils, ou directement aux constructeurs.

A cet égard, l'on peut relever plusieurs facteurs qui contribuent à la spécificité de l'industrie aéronautique civile, et qui paraissent propres à justifier un régime d'aide particulier :

¹⁹ De 1997 à 2000 les aides directes versées, en France, au secteur du transport aérien étaient nulles, alors qu'elles s'établissaient à environ 6 milliards d'euros chaque année pour le secteur ferroviaire.
En 1996 cependant une aide directe de l'ordre de 780 millions d'euros fut versée au secteur aérien.

²⁰ Alexandra Subremon, in Revue du marché commun n° 404 janvier 1997

- La compétition internationale, avec la rivalité entre l'Europe et les Etats-Unis, illustrée par la concurrence farouche entre Airbus et Boeing. Cette compétition ne demeure pas, en principe, à la discrétion des Etats, puisque plusieurs textes spécifiques de droit international règlent les relations entre l'Europe et les Etats-Unis. Alors que les américains avaient entendu dès 1978 obtenir des européens leur accord pour un principe d'interdiction des aides à l'aéronautique civile, les textes signés se trouvent en réalité fort éloignés de cette objectif initial. Un accord de 1979, signé dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce, se révèle au fond sans grande portée, étant donné la grande généralité, l'imprécision et l'ambiguïté de ses termes. Un nouvel accord de 1992, procède de manière plus pragmatique par un principe de plafonnement chiffré des aides. Il n'est toutefois pas parvenu à enrayer le contentieux existant entre l'Europe et les Etats-Unis, puisque le président Clinton dénonçait dès 1993, la concurrence déloyale de Airbus, subventionné selon lui, à hauteur de 26 milliards de dollars. Selon le rapport d'une commission d'experts désignée par la Commission, les aides versées aux constructeurs sont quatre fois supérieures aux Etats unis par rapport à celles versées en Europe. L'on songe notamment au soutien accordé par l'administration américaine aux industries aéronautiques nationales, y compris civiles, via notamment le budget militaire.²¹

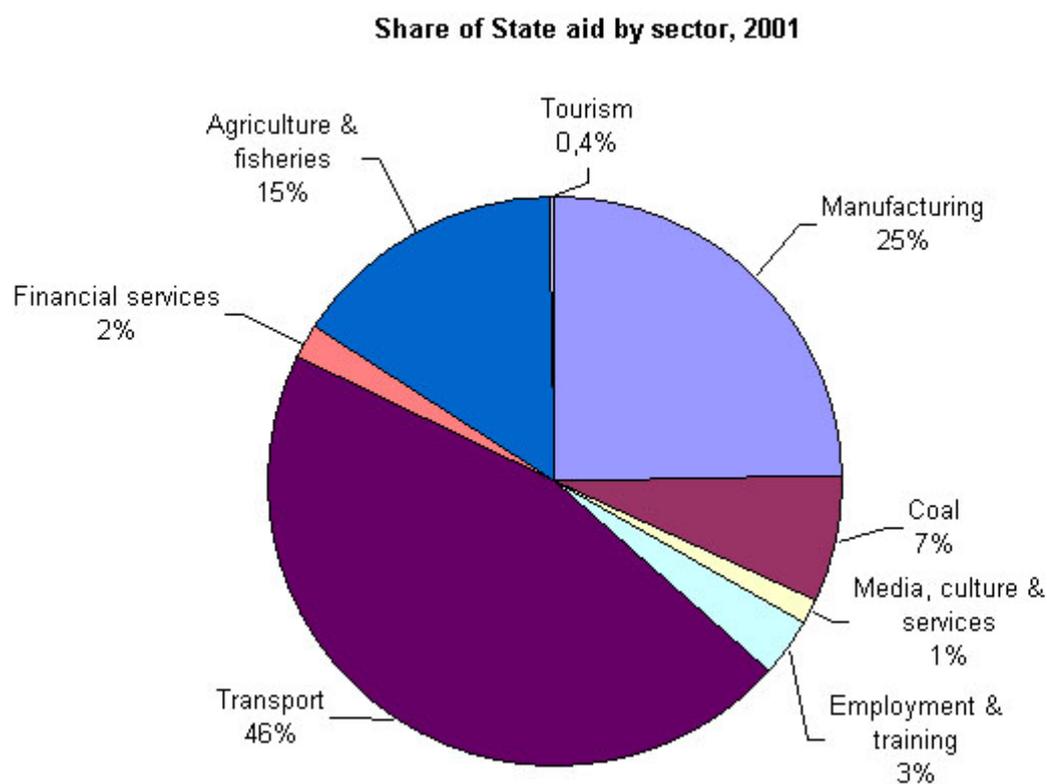
- Le secteur de l'aéronautique revêt un intérêt stratégique aussi bien au plan politique, technologique, qu'économique. Une industrie aéronautique performante apparaît comme ce que l'on pourrait appeler « un signe extérieur de puissance ». D'autre part les entreprises concernées créent sur le lieu de leur implantation, des emplois dits à forte valeur ajoutée, non seulement directement, mais également à travers le réseau de fournisseur dont elle suscite nécessairement la création. C'est au demeurant ce qui explique les tensions que l'on a pu observer, entre Toulouse et Hambourg, sur la question de savoir où serait localisée la chaîne d'assemblage de l'avion A3XX de Airbus.

Ces considérations expliquent que malgré un contrôle des aides fondé sur les règles strictes du droit de la concurrence, les aides tendent à perdurer, et la Communauté tend même à accompagner l'évolution de l'industrie aéronautique civile. La Commission se trouve partagée entre son rôle de sauvegarde de la concurrence au sein de la Communauté, et la nécessité de protéger les transporteurs européens contre les pratiques américaines. On a ainsi noté au cours des trois dernières années, une tendance à l'augmentation des aides propre à permettre des pratiques prédatrices préjudiciables aux transporteurs communautaires. Alors que les Américains développent massivement leur soutien au secteur aéronautique, la Commission tente d'obtenir du Conseil un mandat pour négocier un accord transatlantique sur les pratiques de dumping et d'aides.

La question de la loyauté de la compétition entre les Etats unis et l'Union en matière de transport aérien s'est posée avec une acuité supplémentaire après les événements du 11 septembre 2001. La Commission a adopté une communication visant à définir sa politique quant aux conséquences du 11 septembre sur le régime des aides au transport aérien. Si la France, comme l'ensemble des autres Etats membres a pu, avec

²¹ R. Behboodi Industrial Subsidies and friction in World Trade explique d'ailleurs : « without the close connection between Boeing and the US Department of defence and the concomitant secure Market, R and D support, and generous depreciation tax allowances, the commercial aircraft industry in the US would not have developed to the degree it now has.

l'assentiment de la Commission, indemniser les compagnies pour les pertes subies du fait de la fermeture de l'espace aérien²², la Commission n'a en revanche que très partiellement admis la prise en compte des conséquences économiques profondes du 11 septembre. Alors qu'aux Etats unis, le Congrès a adopté une aide directe et immédiate de 5 milliards de dollars, ainsi que d'autres aides plus indirectes tels des prêts bonifiés ou des garanties d'emprunt, la Commission européenne s'est montrée beaucoup plus prudente. Soucieuse de veiller à l'application rigoureuse du Traité, la Commission a réitéré dans sa communication du 10 octobre 2001 sa volonté d'éviter que les « événements du 11 septembre 2001 soient utilisés comme prétexte pour remédier, en dehors de l'encadrement existant des restructurations, aux graves difficultés rencontrées depuis plusieurs mois ou plusieurs mois ou plusieurs années (donc antérieurement au 11 septembre) par certaines compagnies aériennes communautaires en phase de restructuration ».



Source : commission européenne

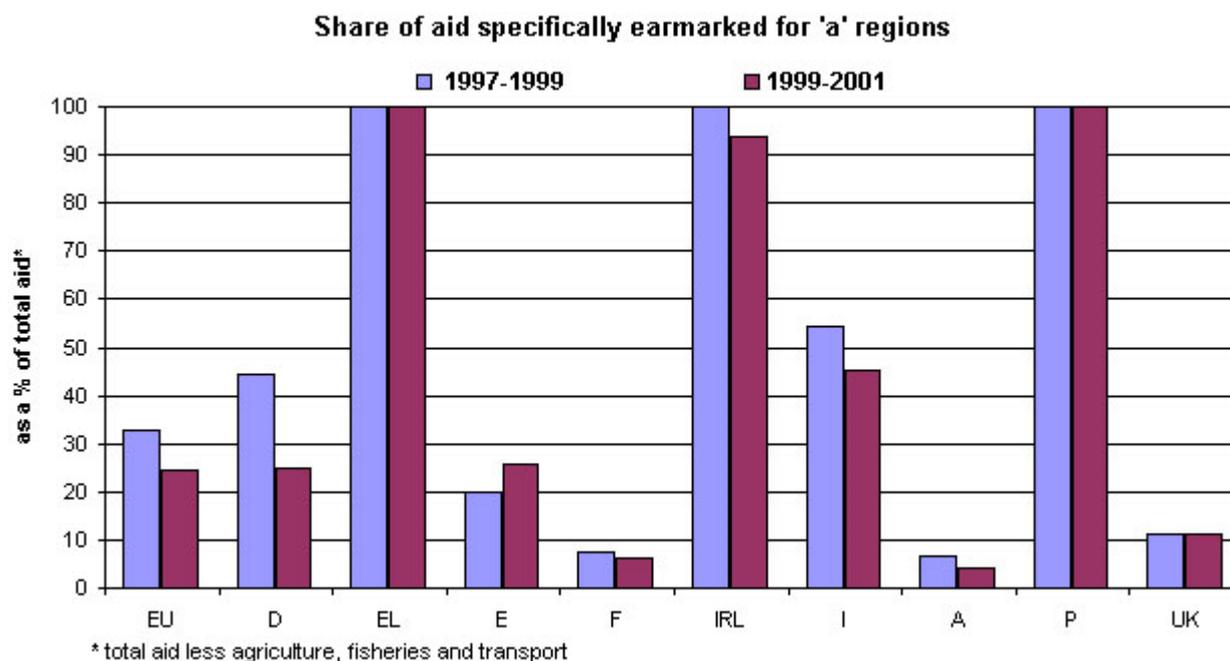
²² La compensation versée par l'Etat aux compagnies aériennes françaises à la suite de la fermeture de l'espace aérien pendant la période du 11 au 14 septembre 2001 s'est élevée à 360 millions de francs.

2. évolutions

2.1 de la répartition géographique des aides

L'on observe que le montant des aides à finalité régionale perçues en France demeure faible, ce qui se conçoit bien en présence d'une politique visant à corriger les déséquilibres régionaux en soutenant les zones les plus défavorisées. L'attractivité d'une zone géographique déterminée est également fonction, pour un transporteur aérien du niveau des redevances et taxes perçues, il paraît relativement élevé en France. La comparaison des taxes et redevances, versées par les compagnies aux aéroports, réalisé entre Paris, Londres, Amsterdam et Francfort, montre aussi bien pour le court et moyen courrier que pour le long courrier une faible compétitivité de Paris. La mise en concurrence des grands aéroports entre eux, favorisée par l'interopérabilité croissante du rail et de l'air, conjuguée à la concurrence faite aux grands aéroports par des aéroports secondaires, pourrait impliquer une baisse des redevances et taxes, mais l'hypothèse semble peu réaliste. La tendance est plutôt à une augmentation mesurée, de nature à corriger les effets de l'inflation. En revanche, il est certain que des aéroports tels que celui de Beauvais ou de Charleroi acquièrent une importance nouvelle en terme de nombre de passagers transportés. Toutefois ce développement n'a pas entravé celui d'aéroports comme Roissy ou Orly, où le trafic augmente de manière constante.

Si le montant des aides à finalité régionale perçues est effectivement faible. La France occupe en revanche la seconde place en ce qui concerne le montant des aides attribuées tous secteurs confondus.



Source : commission européenne (aides à finalité régionale de l'article 87.3.a)

Pourtant, il semble que le niveau pertinent pour apprécier les évolutions géographiques soit non seulement celui des Etats membres mais également celui des aéroports des Etats membres. Les aides y prennent un caractère indirect, et n'apparaissent pas nécessairement dans les statistiques communautaires. C'est ainsi que la compagnie Ryanair pratique une politique de mise en concurrence agressive des différents aéroports français et européens en exigeant des réductions de redevances et taxes pour ouvrir des liaisons aériennes dans des aéroports de seconde importance.

2.2. de la répartition sectorielle

Le volume des aides accordées entre 1999 et 2001, a chuté par rapport à celles accordées entre 1997 et 1999, et ce dans de nombreux secteurs : industrie, services, agriculture, extraction minière. En revanche, sur la même période, les aides au secteur du transport ont augmenté. En ce qui concerne plus précisément chaque Etat membre, on observe des fluctuations importantes dans la répartition des aides entre les différents secteurs. Les aides en faveur du transport ont augmenté d'au moins dix pour cent en Italie, au Luxembourg, au Pays Bas ainsi qu'en Grande Bretagne.

La tendance à l'augmentation des aides au transport devrait perdurer suite aux événements du 11 septembre, et à la crise en Irak. A la demande des compagnies aériennes, une campagne a été lancée par l'International Air transport Association (IATA) pour demander de diminuer les redevances. En mars 2003, les aéroports de Singapour, Prague, Hong-Kong, Athènes avaient répondu positivement en accordant des baisses de 10% à 50% sur le montant des taxes et redevances. Dans la mesure où ces baisses sont accordées par des entités publiques en charge de la gestion d'aéroports situés dans l'Union, elles peuvent être considérées comme des aides d'Etat puisque accordées à un secteur déterminé, par une autorité publique, et susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres.

La France a effectivement mis en place des mesures d'accompagnement suite au 11 septembre. Il s'agit d'un dispositif public de garantie du secteur aérien pour risque de guerre, qui a été notifié par les autorités françaises le 8 juillet 2002. Ce régime ayant été mis en oeuvre avant la prise de décision de la Commission à son sujet, il a été enregistré comme aide non notifiée.

Du fait de la forte diminution des garanties accordées à compter du 25 septembre 2001 aux compagnies aériennes et aux prestataires de services aéroportuaires par les assureurs pour les dommages aux tiers résultant de sinistres liés aux risques de guerre et de terrorisme du fait des attaques terroristes survenues aux Etats-Unis le 11 septembre 2001, la France avait mis en place, par la voie d'une décision du ministre de l'économie du 22 septembre 2001, son propre système d'assurance au transport aérien. Par sa décision du 20 décembre 2001, la Commission avait approuvé un tel régime jusqu'au 31 décembre 2001.

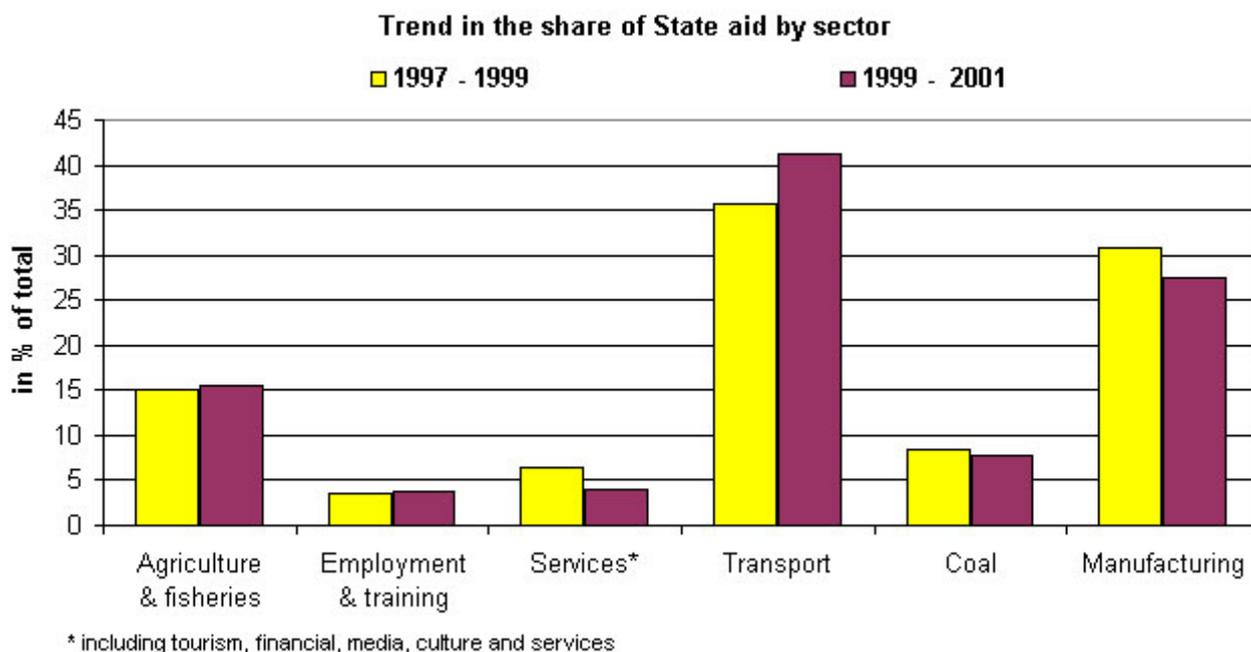
Ce régime accorde une assurance fournie par un organisme d'Etat, la Caisse Centrale de Réassurance, à divers acteurs du transport aérien ayant leur siège en France : il s'agit

« des compagnies aériennes titulaires d'une licence en France, des prestataires aéroportuaux opérant en France et des organismes de financement pour des avions exploités par des transporteurs éligibles »²³.

La couverture ne porte sur la responsabilité civile de l'opérateur « relative aux dommages subis par des tiers non transportés, et dus aux risques de guerre civile ou étrangère, aux émeutes et risques assimilés, aux actes d'origine politique ou terroriste, de malveillance et de sabotage, aux confiscations ou saisies par toute autorité, aux détournements aériens ». Ces risques, jusqu'au 24 septembre 2001, étaient inclus dans les polices d'assurance.

Cette couverture est réalisée grâce à la réassurance de contrats d'assurance privés effectuée par la Caisse Centrale de Réassurance. La Caisse, organisme d'Etat, est, de par le code des assurances à son article L.431-4, « agissant avec la garantie de l'Etat, habilitée à pratiquer les opérations (...) de réassurance des risques résultant de faits à caractère exceptionnel, tels qu'états de guerre étrangère ou civile, atteintes à l'ordre public (...), lorsque ces risques naissent de l'utilisation de moyens *de transport de toute nature* ».

Dans le graphique reproduit ci-dessous, l'on observe que le secteur du transport est le seul à voir, de 1999 à 2001, sa part relative dans le total des aides progresser de manière significative, il est possible que cette hausse soit imputable aux mesures d'aides mises en place postérieurement au 11 septembre.



Source : commission européenne

²³ Décision de la Commission du 9 juillet 2003 C(2003) 2147 fin

B . les règles de fond

1.critères de l'aide d'Etat

1.1.les critères généraux de l'aide d'Etat

1.1.1. un avantage :

La Commission fait remarquer « qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer les aides d'Etat des mesures générales pour certaines formes d'intervention qui se présentent sous la forme de dépenses fiscales ou de mesures de sécurité sociale. »

Afin d'apprécier si une mesure étatique constitue ou non une aide, il convient de déterminer si l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qui lui évite de supporter des coûts qui auraient du normalement grever les ressources financières propres de l'entreprise. Autrement dit, il faut pour que la mesure étatique ne soit pas considérée comme une aide qu'elle puisse être considérée comme l'application normale d'une règle objective, par exemple fiscale ou sociale.

Sont donc considérés comme des avantages notamment les :

-privilèges fiscaux

La Commission a précisé la distinction entre aides et mesures générales en matière de mesures fiscales dans une décision de 1996 concernant une aide fiscale aux amortissements au profit des compagnies aériennes allemandes. Selon cette décision, constituent des aides d'Etat les mesures dont le « caractère dérogatoire par rapport au droit commun n'est pas justifié par la nature ou l'économie du système ».

-investissements publics d'infrastructure

Les investissements publics d'infrastructure (aéroports, autoroutes, ponts, etc.) constitue, aux termes de la communication de la commission « une mesure de politique économique générale que la commission ne peut contrôler au titre des règles du traité relatives aux aides d'Etat ».
Cependant, dans l'hypothèse où les infrastructures construites bénéficieraient uniquement à un transporteur aérien déterminé, il pourrait exister une aide d'Etat.

-aides sociales

-aides à l'exploitation

-apports de capitaux

Une décision de la commission autorisant Air France à percevoir une recapitalisation publique de 20 milliards de francs, qui n'était pas suffisamment motivée relativement à la nouvelle situation concurrentielle de la compagnie a été annulée par le TPICE (25-6-1998).

-garanties

La garantie offerte par l'Etat pour les dettes souscrites par EDF a été considérée comme une aide d'Etat illicite.

A la fin de 1989, l'Etat allemand céda MBB, entreprise publique disposant du contrôle de Deutsche Airbus, partenaire allemand du GIE Airbus, à DASA, filiale de Daimler engagée dans des activités aéronautiques, en lui offrant des garanties contre les risques de change liées aux fluctuations du dollar. La commission européenne approuva l'opération en mars 1989- mais les américains portèrent l'affaire devant le comité des subventions créé par les accords du GATT, qui leur donna raison.

La qualification d'aide d'Etat peut également résulter du caractère discrétionnaire d'une mesure étatique. L'existence d'un pouvoir discrétionnaire dans l'octroi d'un avantage permet de caractériser l'aide, « même si les entreprises bénéficiaires du régime ne sont pas toutes identifiables à l'avance »²⁴.

1.1.2. accordé par l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat

La définition de l'aide est fondée sur un double critère d'origine : soit l'Etat est à l'origine de l'aide, soit l'argent public se trouve à l'origine de la ressource.

Dans le premier cas, selon la CJCE « il n'y a pas lieu de distinguer selon que l'aide est accordée directement par l'Etat ou par les organismes publics ou privés qu'il institue pour gérer l'aide »²⁵. L'aide d'Etat est donc constituée dès lors qu'elle est versée par un organisme, privé ou public, contrôlé par l'Etat.

Dans le second cas, à savoir celui de l'origine publique de la ressource, la CJCE a élargi le champ de la notion d'aide d'Etat en affirmant une triple indifférence :

- indifférence par rapport à la forme de l'engagement des ressources publiques : dépense ou renonciation à une recette
- indifférence par rapport au caractère provisoire ou non de la détention des ressources par l'Etat : les ressources étatiques comprennent « tous les moyens pécuniaires que le secteur public peut effectivement utiliser pour soutenir les entreprises (...) que ces moyens appartiennent ou non de manière permanente à l'Etat »²⁶
- indifférence par rapport à la nature des fonds dès lors que l'Etat en a le contrôle. Ainsi dans l'affaire Ladbroke, les fonds en cause étaient des dépôts privés gérés par la caisse des dépôts et consignations. Le simple fait que l'Etat soit investi à un moment donné de la faculté de décider de l'orientation des fonds suffit à rendre ces fonds publics au sens de l'article 87. Ainsi que l'affirme la Cour « une aide ne doit pas nécessairement être financée par des ressources de l'Etat pour être qualifiée d'étatique ». C'est ainsi que le financement de la compagnie Air France par la Caisse des dépôts et des consignations, a été considéré comme une aide d'Etat contrairement à la position des autorités françaises.

²⁴ J.Y. Chérot, Les aides d'Etat dans les communautés européennes, p.62

²⁵ CJCE 23 mars 1977, Steinike, aff. 78/76

²⁶ TPICE, 12 décembre 1996, Ladbroke

A cet égard, dans l'arrêt *Stardust*²⁷, la Cour a pour la première fois expressément affirmé que toutes les ressources des entreprises publiques pouvaient constituer des ressources d'Etat au sens de l'article 87. Toute intervention financière ou investissement d'une entreprise publique est susceptible de constituer une aide d'Etat.

1.1.3.favorisant certaines entreprises ou productions

La spécificité ou la sélectivité d'une mesure constitue une caractéristique essentielle de la notion d'aide d'Etat. A défaut d'une sélectivité suffisante la mesure étatique est qualifiée de mesure générale de soutien économique. Or de telles mesures relèvent de la liberté des Etats membres de choisir la politique économique la plus appropriée et ne peuvent être qualifiées d'aides d'Etat.

1.1.4.susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres

Le commerce entre Etats membres n'est pas affecté :

Si l'aide présente un caractère purement local.

Si elle ne concerne que des échanges avec des pays tiers au marché commun.

Si l'aide ne franchit pas les seuils de minimis (100.000 euros par entreprise appréciés sur 3 ans)²⁸.

1.2.application : l'exemple de Ryanair à Charleroi

Suite à des informations parues dans la presse belge au mois de juillet 2001 concernant l'octroi par la région wallonne de divers avantages à la compagnie aérienne Ryanair pour l'exploitation de services aériens sur l'aéroport de Charleroi, la Commission a adressé aux autorités belges le 24 septembre 2001 un courrier demandant la copie de l'accord ou du projet d'accord conclu entre les parties, ainsi que toute information pouvant être nécessaire à la compréhension du dossier. Les autorités belges ont répondu à la commission au mois de novembre 2001. Le 7 janvier 2002, la Commission a reçu une plainte faisant état d'aides illégales au bénéfice de la société de gestion de l'aéroport de Charleroi, Brussels South Charleroi Airport (BSCA) et de Ryanair. BSCA est une entreprise publique contrôlée par la région wallonne. Le plaignant a demandé que son identité soit tenue confidentielle.

1.2.1.un avantage

Ryanair obtient deux types d'avantages de la région wallonne. Le premier est une réduction de l'ordre de 50% des taxes à l'atterrissage par rapport à ce que prévoit la loi. Le second est un engagement d'indemnisation en cas de pertes pour Ryanair du fait d'une modification des horaires d'ouverture de l'aéroport ou d'une modification du niveau des taxes aéroportuaires durant les quinze prochaines années.

²⁷ CJCE, 16 mai 2002, République française c/ Commission, aff. C-482/99

²⁸ Communication de la commission du 6 mars 1996

Par ailleurs BSCA accorde à Ryanair :

- des participations aux dépenses de Ryanair (coûts d'hôtels, d'ouverture de nouvelles liaisons aériennes ou encore mise à disposition de bureaux).
- des charges d'assistance en escale réduites à un dixième du prix normal
- des contributions marketing que BSCA verse à une société de promotion de Brussels South Charleroi Airport (ou société Promocy) dont BSCA et Ryanair sont chacune actionnaire à 50%.

1.2.2. accordé par l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat

S'agissant de taxes et redevances perçues en vertu d'un acte unilatéral de l'autorité publique (en l'espèce un arrêté du gouvernement wallon), l'avantage est manifestement consenti au moyen de ressources d'Etat. Il n'y a donc pas lieu de distinguer suivant que l'aide est accordée directement ou via des entités publiques ou privées que l'Etat institue en vue de gérer l'aide (en l'espèce BSCA).

Cependant lorsque l'aide n'est pas accordée au moyen de ressources d'Etat, la qualification d'aide d'Etat ne pourra être retenue que si l'on prouve une implication suffisante de l'Etat. Ainsi que l'a affirmé la Cour dans l'arrêt *Stardust*²⁹ « *même si l'Etat est en mesure de contrôler une entreprise publique et d'exercer une influence dominante sur les opérations de celle-ci, l'exercice effectif de ce contrôle dans un cas précis ne saurait être automatiquement présumé. Une entreprise publique peut agir avec plus ou moins d'indépendance, en fonction du degré d'autonomie qui lui est laissé par l'Etat. Dès lors, le seul fait qu'une entreprise publique soit sous contrôle étatique ne suffit pas pour imputer des mesures prises par celles ci, telles que les mesures de soutien financier en cause, à l'Etat. Il est encore nécessaire d'examiner si les autorités publiques doivent être considérées comme ayant été impliquées, d'une manière ou d'une autre, dans l'adoption de ces mesures.* »

1.2.3. favorisant certaines entreprises ou productions

L'avantage octroyé à Ryanair ne profite qu'à cette compagnie. Ses concurrents (Thomas Cook, Ecoair, Titian Airways, etc.) restent sujettes aux conditions fiscales et réglementaires en vigueur et à venir.

1.2.4. susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres

Les mesures prises affectent les échanges entre Etats membres dès lors qu'elles concernent une société dont l'activité de transport , qui touche par nature directement aux échanges, couvre l'ensemble du marché commun. De plus, la commission ajoute, qu' « elles faussent ou menacent de fausser également la concurrence à l'intérieur de ce marché puisque elles ne visent qu'une seule entreprise placée en situation de concurrence avec les autres compagnies aériennes communautaires sur son réseau européen. »

1.3. autres exemples d'application

²⁹ CJCE 16 mai 2002 *République française c./ Commission*

1.3.1. les avantages consentis

Ils consistent le plus fréquemment dans des transactions financières au sens étroit :

- injections de capital dans les affaires Sabena³⁰, contrat de plan d'Air France³¹, Alitalia³²
- conversion de la dette en capital
- réduction de capital effacement de la dette dans les affaires Sabena et Olympic Airways³³
- des privilèges et autres mesures de nature fiscale ou sociale

Dans ses lignes directrices de 1994, la Commission a rappelé qu'en principe, la réduction ou le report de contributions fiscales ou de cotisations sociales ne constituaient pas une aide mais une mesure d'économie générale, sauf s'ils assuraient un avantage concurrentiel à certaines entreprises en leur évitant de devoir supporter des coûts qui auraient du normalement être financés par leurs ressources financières propres. Pour distinguer les mesures d'économie générale on fait référence au critère dit de sélectivité, tel que rappelé ci-après.

De manière surprenante, dans deux cas, des mesures sociales ad hoc, en faveur d'une seule entreprise ont échappé à la qualification d'aides. La Commission s'est d'abord prononcée en ce sens à l'occasion du *Transfert de l'école publique de pilotage RLS à KLM*³⁴, puis dans le cas du projet du gouvernement allemand d'apporter une contribution à une *Caisse de retraite en faveur des salariés de Lufthansa*³⁵ dans le cadre du programme de privatisation de cette compagnie. Dans la première affaire, l'aide a été déclaré compatible sur le fondement de l'article 87§2 a sur les aides de caractère social accordées aux consommateurs individuels. Dans la seconde, la Commission est parvenue à la conclusion de l'absence d'aide sur la base du critère dit de l'investisseur privé en économie de marché.

1.3.2. entité qui accorde l'aide

La Commission a eu de multiples occasions de faire application au secteur aérien de la jurisprudence selon laquelle il n'y a pas lieu de distinguer entre les situations où l'aide est accordée directement par l'Etat et celles où elle l'est par des organismes publics ou privés qu'elle institue en vue de gérer l'aide.

C'est ainsi, par exemple que lorsque l'Espagne a notifié le Second plan de restructuration d'Iberia, la Commission a estimé que l'injection de capital envisagée devait être considérée comme une ressource d'Etat car, bien que n'étant pas

³⁰ Décision du 24 juillet 1991

³¹ Décision du 20 novembre 1991

³² Les Echos du 23 avril 2004

³³ Décision du 7 octobre 1994

³⁴ Décision du 30 novembre 1994

³⁵ Décision du 10 mai 1995

directement effectuée sur le budget de l'Etat espagnol, elle était réalisée par une holding Teneo, qu'il détenait et contrôlait entièrement.

La Commission décourage donc la création d'entités juridiques ad hoc à caractère fictif, en amont pour accorder l'aide ; mais également en aval, pour la recevoir, puisque peu importe le caractère privé ou public de l'entreprise bénéficiaire de l'aide.

2. régime des aides d'Etat

2.1 régime général

2.1.1. les aides illicites

2.1.1.1. typologie

Des décisions de la Commission et des arrêts de la Cour de justice ont permis de dégager un certain nombre d'exemples d'aides interdites que nous citons rapidement ci-après sans prétendre à l'exhaustivité :

- aides financières : bonifications d'intérêts, prêts sans intérêts, prêts avec différés de remboursement
- prises de participation : les Etats sont tenus de notifier à la commission leurs prises de participation dans le capital d'entreprises privées. La commission a défini sa position à l'égard des participations des autorités publiques dans le capital des entreprises en septembre 1984³⁶
- dotations en capital
- aides fiscales
- aides aux investissements
- aides à l'exportation
- aides à l'importation
- aides régionales

2.1.1.2. les obligations de restitution et de récupération des aides illicites et illégales

-le principe de l'existence des obligations

La Commission, avec l'aide du juge, devait compléter les dispositions de l'article 88§2 du traité CE (selon lesquelles la Commission « décide que l'Etat intéressé doit supprimer l'aide ou la modifier... »), en mettant à la charge de l'autorité publique nationale une obligation de récupération des aides non conformes. Cette règle a été consacrée par l'arrêt de la CJCE du 12 juillet 1973, *Commission des communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, dans lequel la Haute juridiction décide que « l'objectif du traité étant d'aboutir à l'élimination effective des manquements des Etats membres et de leurs conséquences passées et futures, il appartient aux autorités communautaires, qui ont pour mission d'assurer le respect du traité, de déterminer la mesure dans laquelle l'obligation incombant à l'Etat membre concerné peut éventuellement être concrétisée » par la récupération de l'aide

³⁶ Bull. CEE 1984/9

irrégulièrement versée. Cette exigence se fonde sur l'exigence de sauvegarde de l'effet utile des traités, toute autre forme de réparation, pourrait avoir pour effet d'inciter à la violation du traité.

Cette position est confirmée par le TPICE dans l'affaire *Ladbroke* : « lorsque la commission des communautés européennes constate l'incompatibilité d'une aide d'Etat avec le marché commun, elle peut enjoindre à l'Etat membre concerné d'ordonner à l'entreprise bénéficiaire sa restitution, la suppression d'une aide illégale par voie de restitution étant la conséquence logique de cette constatation dans la mesure où elle permet le rétablissement de la situation antérieure. »³⁷

Un arrêt *Vlaamse Gewest* du TPICE du 30 avril 1998 a confirmé la qualification d'aide d'un prêt sans intérêt, et a appliqué une sanction relativement originale, qui ne consiste pas dans une restitution du capital, mais dans le versement rétroactif et pour l'avenir d'un taux d'intérêt correspondant à celui qui aurait été conclu entre deux personnes indépendantes.

- Le contenu des obligations

- obligation de récupération :

Il faut préciser que la procédure de récupération des aides non conformes doit être réalisée suivant des procédures de droit national, sous réserve que son application ne rende pas impossible la récupération exigée par le droit communautaire. Le régime applicable pourrait, à cet égard, s'inspirer de la théorie civiliste de la répétition de l'indu.(article 1235 du code civil).

L'autorité nationale ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire pour mettre à exécution la décision de la Commission, et elle est donc tenue d'entreprendre immédiatement toute démarche auprès du ou des bénéficiaires pour obtenir la restitution.³⁸

Elle n'est pas davantage fondée à invoquer le caractère disproportionné de l'obligation, ni la prétendue confiance légitime qu'elle aurait pu éprouver à l'endroit de l'institution communautaire. Seule une impossibilité absolue d'exécution peut être invoquée par l'autorité nationale pour se soustraire à son obligation.³⁹ Lorsque la récupération de l'aide a comme conséquence nécessaire, la faillite de la société bénéficiaire, l'Etat doit néanmoins théoriquement exiger la récupération de l'aide.

Toutefois la jurisprudence a admis que s'il se heurte à des difficultés imprévues ou imprévisibles, ou s'il prend conscience de conséquences non envisagées par la commission, l'Etat peut soumettre ces problèmes à l'appréciation de la commission en proposant les modifications appropriées, dans le cadre de la coopération loyale et de la collaboration de bonne foi prévues par le Traité.

Ainsi, dans l'affaire *Air France-CDC*, la Commission a accepté la proposition de la France et d'Air France de déposer la somme litigieuse, qui s'élevait à près d'un milliard

³⁷ TPICE 27 janvier 1998 *Ladbroke Racing limited c/ Commission*

³⁸ CJCE 20 mars 1997 *Land Rheinland Pfalz*

³⁹ CJCE 21 mars 1991 *France c/ Commission*

et demi de francs, sur un compte bloqué jusqu'à ce que la Cour de justice et le tribunal de première instance aient statué sur les recours introduits. Dans cette affaire, selon la Commission, il apparaissait que « *compte tenu des particularités de l'aide, qui a pris la forme d'une opération réalisée au moyen d'instruments complexes et associant un investisseur public et des investisseurs privés, la mise en œuvre de la décision contestée, à savoir la décision de restitution de l'aide, avant que la Cour n'ait pris une décision finale, aurait des conséquences irréversibles non envisagées* ⁴⁰. »

Ces règles s'appliquent aussi bien aux aides illicites, qu'aux aides illégales. L'aide est illicite lorsque, quoique notifiée elle est appliquée de façon abusive. Toute aide est illégale à défaut de notification.

- Obligation de restitution

La jurisprudence communautaire tend à reconnaître au bénéficiaire de l'aide de l'aide illégale la possibilité d'invoquer l'existence de circonstances exceptionnelles ayant pu fonder sa confiance dans le caractère régulier de l'aide pour s'opposer à sa restitution⁴¹. Les points 73 à 77 de l'arrêt *SFEI*⁴², inspirés des conclusions de l'avocat général Jacobs, ont déterminé les circonstances exceptionnelles qui ont pu légitimement trompé le bénéficiaire de l'aide. Ce sont notamment :

- l'incertitude concernant la question de savoir si l'avantage concerné constitue une aide au sens de l'article 87 du traité ;
- l'attitude de la commission, par exemple un retard inexplicable à adopter sa décision ou la clôture sans suite de son examen ;
- et des situations dans lesquelles le remboursement ne constitue pas une réponse adaptée pour garantir l'efficacité de l'interdiction, une action en responsabilité de l'Etat par les concurrents de l'entreprise bénéficiaire constituant une alternative plus appropriée.

Cependant, la Commission précise qu'elle considère avoir tout mis en œuvre pour contourner l'invocation de l'argument du principe de confiance légitime, en publiant des communications au journal officiel informant les bénéficiaires d'aides de la précarité des aides qui leur auraient été octroyées sans notification (communications de la commission du 24 novembre 1983 et du 22 juin 1995). Ces arguments n'ont pas semblé convaincre la CJCE, qui a admis le refus de restitution fondé sur le principe de confiance légitime, nonobstant les communications de la commission.

En outre, il semble que l'exécution de l'obligation de restitution soit en pratique bien souvent ineffective, à tel point qu'un auteur a pu parler d'un « mythe de la récupération systématique des aides non conformes⁴³ ». La publicité faite autour du remboursement exigé par Bruxelles auprès de 600 entreprises françaises ayant bénéficié du plan Borotra ou de plus de 2000 entreprises belges soutenues par le plan Maribel « milite

⁴⁰ Décision du 4 avril 1995, 95/367/CE, concernant la souscription par la CDC d'obligations émises par Air France, JOCE, L 219 du 15 septembre 1995.

⁴¹ TPICE 27 janvier 1998, Racing Ltd, aff. T 67/94 Rec.II-7

⁴² CJCE 16 juillet 1996 SFEI, aff. C 39/94 Rec.I-547

⁴³ M. Karpenschif RTD eur. 37(3), juillet-septembre 2001

incontestablement en faveur de la diffusion de l'image d'une institution inflexible appliquant de manière rigoureuse les tables de la loi du contrôle des aides publiques ». Il est le plus souvent vain de demander au juge communautaire d'annuler ou de suspendre une décision de la commission tendant à la récupération de l'aide.

Pourtant ainsi que le révèle la Cour des comptes française dans son rapport pour 1998 sur le fonds national d'aménagement et de développement du territoire les aides illégalement allouées ne sont en réalité quasiment jamais récupérées. Cet état de fait s'explique à la fois par l'absence d'une procédure unifiée permettant de récupérer les aides illégales, mais également par l'impossibilité de restaurer le statu quo ante, du fait des effets irréversibles de l'aide versée qui tiennent non seulement à la survie artificielle d'entreprises vouées à disparaître, à la restructuration des bénéficiaires à l'abri des contraintes économiques ou au développement d'activités financées par le contribuable. Il n'est par ailleurs pas toujours aisé d'identifier le débiteur de l'obligation de restitution en présence de bénéficiaires indirects. Ainsi, lorsque la société ayant bénéficié de l'aide a été revendue, puis dissoute, le véritable bénéficiaire de l'aide est-il le cédant ou le cessionnaire ?

Les exigences de la Commission en matière de récupération des aides se sont par ailleurs renforcées puisque elle exige depuis 1995 le paiement outre du principal d'un intérêt équivalent à celui réellement pratiqué pour des entreprises de même type dans le même secteur et non plus simplement le paiement de l'intérêt légal.

2.1.2. les dérogations au principe d'incompatibilité

2.1.2.1. aides autorisées d'office

Sont considérées comme compatibles de plein droit avec le marché commun (art.87§2 du traité CE), sans qu'une notification à la commission soit nécessaire :

-les aides destinées à remédier aux calamités naturelles et aux événements extraordinaires

La Commission a envisagé dans une communication du 10 octobre 2001 l'hypothèse d'une participation des Etats membres aux frais d'assurance des compagnies. Traditionnellement, les transporteurs aériens bénéficient d'une couverture importante en ce qui concerne la perte de leurs avions, leur responsabilité à l'égard des passagers ou de tiers. Or, à la suite des événements du 11 septembre, les assureurs des compagnies aériennes ont notifié à leurs clientes, de nouvelles exclusions de garanties, et une augmentation des primes. Tous les Etats membres ont mis en place des mécanismes provisoires permettant de garantir pendant une période de trente jours la continuité des conditions d'assurance des compagnies aériennes. Cette mesure se justifiait puisque à défaut d'une couverture adéquate des risques, les Etats membres auraient été contraints de retirer les droits de trafic et de survol. Cette aide exceptionnelle était donc nécessaire au maintien à court terme du trafic à destination ou au départ de l'Union.

Le 11 septembre 2001 fut pour les Etats membres l'occasion d'envisager des mesures de soutien aux transporteurs nationaux – qui estimaient t-ils devaient être déclarées compatibles en vertu des dispositions dérogatoires du Traité.

Du reste, la situation résultant des attentats n'était pas fondamentalement nouvelle au regard du droit des aides d'Etat aux transporteurs aériens.

D'une part, des mesures de soutien transitoires avaient déjà été mises en place à l'occasion de la première crise du golfe, avec l'assentiment de la Commission, qui avait annoncé son intention d'examiner avec bienveillance certaines formes d'aides d'Etat, consistant notamment dans la perception différée d'une partie des redevances du trafic aérien.

D'autre part, l'article 87.2.b), au titre duquel « sont compatibles avec le marché commun, les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires » devait permettre, ainsi que la Commission elle-même l'admit, d'exempter les aides consécutives au 11 septembre.

Seules les conséquences directes des « événements extraordinaires » visés par l'article 87.2.b. sont susceptibles d'être prises en charge par les Etats membres. Il est donc a priori impossible, autrement qu'en appliquant les règles relatives aux aides aux restructurations, de prendre en compte au titre des aides justifiées par des « événements extraordinaires », les conséquences à long terme du 11 septembre, et donc de parer à une éventuelle crise de la demande.

Le contrôle, au cas particulier, s'opère donc selon deux critères généraux : l'exigence du respect d'un lien suffisant de causalité entre le préjudice subi et l'événement extraordinaire, ainsi que celle d'une stricte proportionnalité entre le montant des aides et ce préjudice.

La décision de la Commission du 11 décembre 2002 concernant le régime d'aide d'Etat que la France envisageait de mettre à exécution en faveur des compagnies aériennes françaises a déclaré incompatible l'aide française. Outre l'indemnisation des compagnies pour la fermeture de l'espace aérien américain à la suite du 11 septembre 2002, qui avait été validée par la Commission, la France a notifié à la Commission, un régime d'aide destiné à couvrir les conséquences à long terme du 11 septembre. Ce second volet de l'aide fut déclaré incompatible par la Commission au motif que l'indemnisation de la phase postérieure à la réouverture de l'espace aérien prenaient en compte des « conséquences indirectes », insusceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 87.2.b.

-les aides à caractère social : appliquée au secteur aérien la dérogation tenant au caractère social d'une aide s'entend de celle qui « concerne en principe uniquement certaines catégories de passagers utilisant la liaison, comme par exemple les enfants, les handicapés, les personnes à faible ressources, mais s'il s'agit de liaisons avec une région défavorisée, essentiellement des îles, l'aide pourrait couvrir la totalité de la population concernée ». Cette dernière remarque tenant aux régions défavorisées ne semble plus valable aujourd'hui puisque, s'applique en principe, en la matière, le

régime spécifique des liaisons faisant l'objet d'obligations de service public, voire celui des aides régionales.

-les aides autorisées par le conseil : le conseil dispose aussi bien d'un pouvoir réglementaire que d'une compétence individuelle. En vertu de l'article 87.3.e. du Traité, il peut déterminer des catégories d'aides supplémentaires qui peuvent être considérées comme compatibles par la Commission. Cette possibilité, qui demeurait jusque récemment faiblement exploitée a été mise en œuvre par le règlement d'exemption par catégorie du 7 mai 1998.

2.1.2.2. autres dérogations

La Commission peut autoriser les aides d'Etat qui sont nécessaires à la réalisation des objectifs énoncés à l'article 87§3, c'est à dire celles qui contribuent à :

- corriger des déséquilibres régionaux graves
- promouvoir la réalisation d'un projet européen important
- faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques
- promouvoir la culture et la conservation du patrimoine.

D'autres dérogations doivent être envisagées sur la base de l'article 86§2 du Traité CE qui permet d'octroyer des régimes spéciaux aux entreprises chargées de la gestion des services d'intérêt économique général.

L'interprétation de cette disposition donne lieu à certaines difficultés. Les concessionnaires d'un service d'intérêt économique général perçoivent fréquemment des subventions destinées à compenser l'insuffisance du produit des taxes et redevances par rapport aux coûts résultant de l'exploitation d'un service d'intérêt économique général. Longtemps la commission a considéré ces subventions comme des aides d'Etat. Cette opinion a été confortée dans un premier temps par la jurisprudence communautaire, lorsque le tribunal de première instance, saisi par les sociétés d'assurance françaises contre la Poste, a estimé que la compensation financière des charges liées à l'accomplissement d'une mission d'intérêt général était bien une aide d'Etat, mais qu'elle n'était pas nécessairement incompatible avec le marché commun. Le tribunal a précisé qu'il en allait ainsi chaque fois que « *l'aide s'avère nécessaire pour que l'entreprise puisse assurer ses obligations de service public dans des conditions d'équilibre financier.* »⁴⁴

Cette jurisprudence a été contredite par la CJCE, qui a jugé qu'il n'y a aide d'Etat que lorsque la subvention excède les surcoûts que supporte l'entreprise dans l'accomplissement des obligations de service public qui lui sont imposées par la réglementation⁴⁵.

⁴⁴ TPICE, 27 février 1997, Fédération française des sociétés d'assurance, T- 106/95.

⁴⁵ CJCE, 22 novembre 2001 , Ferring SA c/ Agence centrale des organismes de sécurité sociale, C-53/00.

Cependant dans les conclusions qu'il a déposées le 19 mars 2002 sur une affaire *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg*⁴⁶, l'avocat général Léger se montre très critique à l'égard de l'approche compensatoire suivie par la Cour, à laquelle il reproche de confondre deux questions juridiques distinctes, à savoir la qualification d'une mesure d'aide et sa justification. Il relève également que l'approche compensatoire ôte à l'article 86§2 du Traité CE et aux conditions qu'il impose tout effet utile dans l'analyse du financement étatique des services d'intérêt général. Enfin, selon lui, l'approche compensatoire a le défaut de placer le financement étatique des services d'intérêt économique général à l'abri du contrôle de la commission.

La CJCE a rendu sa décision dans l'affaire *Altmark* le 24 juillet 2003. L'avocat général Léger est désavoué. L'approche compensatoire est retenue à quatre conditions :

- L'entreprise bénéficiaire est chargée de l'exécution d'obligations de service public clairement définies.
- Le mode de calcul de la compensation est précisément défini
- Le montant de la compensation est limité à ce qui est strictement nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution du service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.
- Lorsque le choix de l'entreprise chargée de l'exécution du service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, doit être déterminée, in abstracto, selon les coûts et recettes d'une entreprise bien gérée et adéquatement équipée, et non pas in concreto.

Dans les conclusions déposées le 30 avril 2002 sur une affaire *GEMO*, au sujet de l'équarrissage en France, l'avocat général Jacobs propose pour sa part de réserver l'approche compensatoire aux cas dans lesquels les mesures de financement sont clairement destinées, en tant que stricte contrepartie, à des obligations d'intérêt général clairement définies. Dans les autres cas, il serait présumé que la mesure de financement est une aide d'Etat devant être notifiée à la commission. La CJCE suit l'avocat général Jacobs en jugeant que lorsque les destinataires du service ne supportent aucun coût alors qu'ils bénéficient d'un service, en l'occurrence celui de l'équarrissage, il existe bien une aide d'Etat, le service étant intégralement financé par la collectivité sans prise en compte des recettes qui auraient normalement du résulter de l'exécution du service. La jurisprudence *Altmark* est confirmée par un arrêt *Enirisorse* du 27 novembre 2003.

Les règlements d'exemption et les actes de portée générale pris par le conseil ou la commission dans le domaine des aides :

Le règlement du conseil du 7 mai 1998 sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE permet à la commission d'adopter des règlements d'exemption par catégorie dans le domaine des aides d'Etat. La Commission a notamment adopté les règlements d'exemption suivants : aides de minimis, aides en faveur des PME, aides à la formation, aides en faveur de l'emploi.⁴⁷

⁴⁶ Affaire C-280/00

⁴⁷ Respectivement Règlements n° 69/2001, 70/2001, 68/2001 du 12 janvier 2001 et règlement n° 2204/2002 du 12 décembre 2002.

2.1.2.3. aides horizontales compatibles avec le marché commun

Sans prétendre à l'exhaustivité, l'on peut citer certains types d'aides, qui bien que faisant l'objet d'une discipline horizontale qui n'a a priori rien de particulier à l'aéronautique civile, s'y rencontre particulièrement.

2.1.2.3.1. aides régionales

Cette dérogation au principe d'interdiction des aides d'Etat est fondée sur l'article 87§2 du traité, points a et c.

Selon ses dispositions « Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun :

- a) les aides destinées à favoriser le développement économique des régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous emploi.
- c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun »

Selon la commission, le point a) peut être utilisé pour accorder des exemptions en faveur de sociétés établies ou ayant investi dans des régions éligibles, mais il ne peut être utilisé dans le secteur des transports aériens sauf dans des cas très particuliers⁴⁸, puisque il existe un régime harmonisé, depuis juillet 1992, sur les liaisons faisant l'objet d'obligations de service public, qui est considéré comme exclusif des cette disposition.

Le point c) ne peut selon la commission, jamais être invoqué, pour justifier des aides à l'exploitation quelles qu'elles soient.

L'affaire *Air Caraïbes* constitue une excellente illustration de l'application de la notion d'aide à finalité régionale au secteur aérien. Le gouvernement français, souhaitait encourager les investissements privés en outre mer par la mise en place d'un régime fiscal particulier, permettant des réductions de l'impôt sur le revenu aux contribuables qui investissent dans l'achat d'un certain type d'avion, l'investissement ayant lieu via des entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée, regroupées dans une société en nom collectif (SNC) et détenues par des investisseurs. Cette SNC devait acquérir un avion neuf et le donner en location vente pendant une période de cinq ans à Air Caraïbes. Les loyers prévus étaient en réalité inférieurs à ceux du marché grâce aux réductions d'impôts dont bénéficiaient les investisseurs. La Commission estime ainsi que 60% de l'effort consenti par l'Etat profite à la compagnie aérienne, grâce à la minoration des loyers. Néanmoins par application de la discipline des aides régionales l'aide fut déclarée compatible, car elle n'a pas le caractère d'une aide individuelle mais s'inscrit dans le cadre d'une mesure préalablement approuvée par la Commission, et elle paraît nécessaire au développement d'une région marquée, au sens de l'article 299.2. du Traité CE par « son éloignement, son insularité, sa faible superficie, son relief et son climat difficile »

⁴⁸ Le remboursement des obligations de service public était exempté sur le fondement des dispositions de l'actuel article 87§3 a) concernant les liaisons desservant les îles portugaises, qui n'étaient pas couvertes par le « troisième paquet ».

2.1.2.3.2.aides au sauvetage ou à la restructuration

Des aides au sauvetage semblent avoir été régulièrement versées dans le secteur dans le secteur aérien, ainsi que l'illustre l'affaire *Air liberté*. Dans les faits il n'est pas toujours facile de les distinguer des aides à la restructuration. Pourtant les deux types d'aides font l'objet de régimes juridiques bien distincts.

Pour être approuvées les aides au sauvetage doivent :

- consister en des aides de trésorerie prenant la forme de garantie de crédits ou de crédits remboursables portant un taux équivalent à celui du marché
- se borner dans leur montant à ce qui est nécessaire à l'exploitation de l'entreprise
- n'être versées que pour la période nécessaire à la définition des mesures de redressement (en général moins de six mois)
- être justifiées par des raisons sociales aiguës et ne pas avoir pour effet de déséquilibrer la situation industrielle dans d'autres Etats membres.

Les aides à la restructuration, quant à elles, ne devraient être autorisées que dans les cas où elles remplissent certaines conditions :

- être liées à un programme viable de restructuration ou de redressement qui permette de rétablir la compétitivité de l'entreprise dans un délai raisonnable ;
- des mesures sont prises pour éviter les conséquences défavorables pour les concurrents
- le montant et l'intensité de l'aide sont limités au strict minimum pour permettre la restructuration.

Dans sa décision *Sabena* rendue sous l'empire du Mémoire de 1984, la Commission a imposé comme condition à l'acceptation du plan de restructuration de la compagnie belge, que la Belgique renonce à l'octroi de toute aide supplémentaire à Sabena. Cette application pure et simple du principe mieux connu sous l'expression anglaise « one time last time » a trouvé grâce aux yeux du Comité des sages. Cependant la position de la Commission est plus nuancée, si le principe est celui du non renouvellement des aides, une aide supplémentaire peut toujours être octroyée en présence de « circonstances exceptionnelles, imprévisibles, et indépendantes de la volonté de la compagnie ».

Cette position résulte d'une interprétation de l'arrêt *Alumina- Comsal*⁴⁹. Dans cet arrêt la Cour avait estimé que lorsque une seconde exemption était demandée à la Commission, cette dernière pouvait, faute d'éléments nouveaux de nature à modifier son appréciation sur l'inobservation des conditions posées dans sa première décision, dont celle de ne pas accorder d'aides supplémentaires. Dans le secteur de l'aviation civile, la Commission a estimé qu'en raison de l'achèvement du processus de libéralisation en avril 1997, les seuls éléments nouveaux susceptibles d'être pris en considération pour justifier l'exemption d'une aide supplémentaire étaient les circonstances exceptionnelles, imprévisibles et indépendantes de la volonté de la compagnie.

La Commission conditionne également son acceptation des aides à la restructuration à la non ingérence de l'Etat dans la gestion de la compagnie. Les Etats doivent donc s'abstenir d'intervenir dans les compagnies pour des raisons autres que celles qui tiennent à leurs droits de propriété et faire en sorte qu'elles soient gérées selon des

⁴⁹ CJCE, 3 octobre 1991, Italie c. Commission (« Alumina- Comsal »)

principes commerciaux. Cette condition peut impliquer l'obligation de mettre les statuts de la compagnie en conformité avec ceux du droit commun des sociétés commerciales.

De cette manière la Commission s'emploie à modifier progressivement le comportement des sociétés d'Etat, en les familiarisant aux nouvelles conditions de marché, tout en respectant le principe de neutralité quant à leur actionnariat public.

L'abandon d'une activité n'est pas mentionné en tant que condition d'acceptation d'un plan de restructuration dans les lignes directrices, il est néanmoins fréquemment imposé aux compagnies aériennes. C'est ainsi que la compagnie Air France, lors de l'examen du *Projet pour l'entreprise*, a dû vendre sa participation dans la société des hôtels Méridien. L'objectif déclaré de cette opération était, non seulement, de contribuer au financement du plan de restructuration par la revente d'actifs à leur plus haute valeur, mais également de faire en sorte que la compagnie se recentre sur son activité principale, le transport aérien. Cependant, la Commission a épargné les participations de la compagnie française dans Sabena et Air Inter, dans la mesure où elles étaient « deux éléments constitutifs importants de l'activité aérienne d'Air France ». La décision sur la *Seconde restructuration d'Iberia* marque un tournant puisque, pour la première fois, une compagnie aérienne est contrainte de se séparer d'actifs en rapport avec son activité principale.

Des aides à la compagnie *Alitalia* sont envisagées par le gouvernement italien, sous forme de réductions de redevances d'atterrissage ou de réductions de TVA, des plaintes des compagnies concurrentes, dont Lufthansa seraient en cours devant la Commission européenne⁵⁰. Le 17 mai 2004, le porte parole, Gilles Gantelet, de la commissaire aux Transports, Loyola de Palacio, indiquait que la « Commission attendait une notification officielle » du crédit relais que Rome envisageait en faveur d'Alitalia. Pour le porte parole « le crédit relais est de toute façon considéré comme une aide ».⁵¹ Cette constatation ne préjuge pas sa conformité au droit communautaire.

2.1.2.3.3. aides à la protection de l'environnement

La protection de l'environnement peut justifier des aides d'Etat. La commission a défini l'encadrement communautaire de telles aides qui doivent être spécifiques et sont plafonnée s'il s'agit d'aides à l'investissement pour adapter des installations (à 14 % de l'investissement total) ou pour de nouvelles installations (30%).

2.1.2.3.4. aides à l'emploi et à la formation

L'emploi et la formation devraient être au cœur de l'action communautaire en matière d'aides. C'est en tout cas la manière dont la Commission présente sa politique. En réalité, la politique de l'emploi semble largement subordonnée à celle de la concurrence. Le régime particulièrement restrictif qui entoure les aides au sauvetage ou à la restructuration démontre que l'action communautaire est principalement guidée par le souci d'éviter les distorsions de concurrence. La conseil invite d'ailleurs la

⁵⁰ Les Echos du 23 avril 2004

⁵¹ La Tribune du 17 mai 2004, p.16

Commission à mener une politique d'aides visant « à l'efficacité économique et à l'emploi, sans pour autant entraîner des distorsions de concurrence »⁵².

2.1.2.3.5.aides à la recherche

La commission a traditionnellement adopté une attitude favorable à l'égard des aides d'Etat à la recherche et au développement. Elle en définit les conditions de validité dans une communication du 17 février 1996. De manière générale, la recherche fondamentale peut être financée en totalité par des fonds publics, tandis que l'intensité de l'aide ne doit pas dépasser 50% des coûts pour les projets de recherche industrielle et 25% pour les activités susceptibles de donner lieu à moyen terme à des activités concurrentielles (activités dites de « développement préconcurrentiel »).

En France, dans le domaine de la recherche aéronautique civile, l'aide publique provient à 25% de la politique communautaire de la recherche. Conformément aux articles 163 et suivant du traité CE, l'action de la communauté en matière de recherche est déterminée par un programme cadre. Ce programme pluriannuel est déterminé par le Conseil, après consultation du Parlement européen. Cependant, la Communauté a su sauvegarder la souplesse nécessaire, et il semble que la commission bénéficie d'un large pouvoir d'appréciation et de décision dans la gestion quotidienne de l'aide.

2.1.2.3.6.aides destinées à remédier à une atteinte grave de l'économie d'un Etat membre

Conformément à l'article 87§3 b, les aides destinées « à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un Etat membre » peuvent être autorisées. Cette exemption facultative n'est utilisée que de manière exceptionnelle et il est difficilement concevable qu'elle puisse servir lorsque l'aide est accordée au profit d'une seule entreprise.

La Commission eut recours à cette exemption lorsque elle décida de ne pas soulever d'objections à l'encontre du projet du gouvernement grec de privatiser environ 200 entreprises appartenant au secteur public, compte tenu de l'état de son économie. Cependant le cas *d'Olympic Airways* avait été expressément réservé comme devant faire l'objet d'une notification séparée et, lorsque le gouvernement grec voulut invoquer à nouveau cette exemption lors de l'examen du plan de restructuration de la compagnie de 1994, il se heurta à un refus au motif que les mesures litigieuses ne visaient qu'à éviter la faillite de cette seule entreprise et non à remédier à une perturbation grave de l'économie grecque.

2.2 régime propre au secteur aérien

⁵² Point 27 des lignes directrices pour renforcer l'action de l'Union en faveur de l'emploi adoptées au conseil européen de Luxembourg – 20/21 novembre 1997

2.2.1.cadre juridique

2.2.1.1.l'exploitation des aéroports français

Les plates-formes aéroportuaires à partir desquels les vols sont assurés font l'objet de conventions de service public conclues entre l'Etat et les chambres de commerce et d'industrie (CCI). Les CCI sont des établissements publics régis par les articles 711-1 à 713-15 du code de commerce. Ces conventions sont assorties d'un cahier des charges applicables à chacune des concessions et prévoyant notamment :

- les obligations à la charge du concessionnaire en particulier en ce qui concerne l'égalité de traitement des compagnies aériennes.
- en contrepartie des dépenses engagées par le concessionnaire le droit pour ce dernier de percevoir des redevances et autres recettes d'exploitation.

Les redevances perçues par le concessionnaire sont des redevances aéronautiques : redevance d'atterrissage, redevance de balisage, redevance d'usage d'installations aménagées pour la réception de passagers.

En outre, les concessionnaires ont le choix, soit d'exploiter un service en escale, soit de le sous-traiter, soit encore de permettre à des tiers d'assurer un tel service. Le fait pour le concessionnaire de consentir des réductions des taxes et redevances s'analyse en une aide d'Etat.

La solution est-elle la même si le concessionnaire est une personne privée ? L'on sait qu'une personne privée peut fort bien être chargée de l'exécution d'un service public. (CE. Epoux Martin 1956). Mais une personne privée peut-elle être à l'origine d'une aide d'Etat ? La réponse est positive car seule importe la qualification des fonds reçus par l'agent économique. Il suffit qu'il s'agisse de fonds sur lesquels l'autorité publique exerce un contrôle. Or, les redevances et taxes sont fixées par l'autorité publique et alimentent à la fois le budget général de l'Etat et le budget annexe de l'aviation civile. La privatisation d'Aéroports de Paris (ADP), établissement public en charge de la gestion des aéroports de Roissy et Orly devrait donc être sans incidence sur d'éventuels contentieux en matière d'aides d'Etat.

2.2.1.2.régime des redevances et taxes perçues par les concessionnaires

La gratuité des services publics ne figure pas au nombre des lois de Rolland⁵³. De fait, on aurait quelque peine à y voir un principe reconnu par le droit positif. Un tel principe qui n'aurait pas de sens pour les services publics industriels ou commerciaux, n'est pas non plus un principe régissant les services publics administratifs. Selon une étude du conseil d'Etat⁵⁴, l'absence d'un tel principe explique que la jurisprudence reconnaisse traditionnellement la compétence de l'autorité administrative pour instituer, sans habilitation législative particulière, des redevances pour service rendu.

La compétence ainsi reconnue à l'autorité administrative ne s'exerce naturellement pas sans limite. Il apparaît cependant que la distinction entre les services qui peuvent impliquer un financement par l'utilisateur, et donc donner lieu à redevance, et ceux qui

⁵³ Droit administratif général, René Chapus, 15^e édition n° 793

⁵⁴ CE Ass. Etude du 24 octobre 2002, *Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public*

doivent être financés par l'impôt, est complexe, et parfois même marquée par une subtilité telle que les administrations ont quelque peine, ont parfois peine à la respecter.

a. la distinction des taxes et des redevances

Après une période d'incertitude la distinction entre taxes et redevances est aujourd'hui fixée par la décision *Syndicat national des transporteurs aériens*⁵⁵. Les critères de la distinction sont en apparence simples. La redevance doit :

- être demandée à l'utilisateur : ce qui suppose l'identification du bénéficiaire du service, lorsque le redevable n'est pas l'utilisateur, pris en tant que tel, la somme mise à sa charge ne peut être considérée comme une redevance
- en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé
- trouver sa contrepartie directe dans les prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage.

Mais entre l'hypothèse du bien collectif – protégé par un service public financé par l'impôt - et celle de la prestation individuelle fournie à la demande - qui justifie la perception d'une redevance, l'étude précitée du Conseil d'Etat reconnaît une zone intermédiaire. Cette zone intermédiaire est née de la jurisprudence sur les redevances aériennes. Cette jurisprudence admet « *que s'il appartient à l'Etat d'assurer la police de l'espace aérien et la sécurité des aéronefs dans un but d'intérêt général de protection des usagers et des populations survolées, la mission de contrôle d'approche est exercée principalement et directement au profit des exploitants des aéronefs guidés à leur arrivée et à leur départ ; qu'en conséquence le gouvernement pouvait légalement instituer, pour financer ce contrôle et en contrepartie du service rendu, une redevance mise à la charge des exploitants d'aéronefs.* »⁵⁶

b. conséquences de la distinction

Quelle est l'incidence de cette distinction en matière d'aides d'Etat ? Si la taxe répond à un régime relativement rigide et égalitaire, la redevance offre davantage de souplesse à l'administration. C'est ainsi qu'il a été jugé que la fixation du tarif des redevances peut poursuivre d'autres objectifs que la couverture du coût du service et s'inscrire dans une politique délibérée mise en œuvre par la collectivité. Cette souplesse favorise le développement du contentieux notamment en matière d'aides d'Etat. Le juge administratif français se montre relativement favorable à la mise en place de tarifs de redevances différents notamment suivant des critères géographiques, sociaux ou commerciaux.⁵⁷

⁵⁵ CE 21 novembre 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens* ; D.1959 J., 476, note Trotabas.

⁵⁶ CE 21 octobre 1988, *Syndicat national des transporteurs aériens* ; RDP, 1989, p.1464 note critique Y. Gaudemet

⁵⁷ CE 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*

Il jugeait, cependant, que « la fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions générales d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure ». ⁵⁸

L'étude explore la possibilité, de permettre aux aéroports de moduler les tarifs en fonction des pics horaires, avec pour objectif d'améliorer l'utilisation des infrastructures existantes et de dégager de l'autofinancement pour la mise en place de nouvelles capacités, sur le modèle de ce qui a été fait par l'aéroport britannique d'Heathrow pour la redevance d'atterrissage.⁵⁹

Cependant, la mise en place d'une telle modulation du montant des redevances, pourrait donner lieu à la constatation d'aides d'Etat s'il était prouvé qu'une compagnie déterminée du fait des créneaux horaires dont elle serait titulaire retire un avantage individuel de la mesure étatique susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres. Une telle modulation du montant des redevances devrait donc s'accompagner d'une redistribution équitable et concertée des créneaux horaires de manière à éviter que telle compagnie se trouve lésée ou telle autre avantagée.

Le rapport du groupe de travail présidé par Monsieur Claude Martinand décrit les différentes formes de rabais susceptibles d'être instituées par les autorités gestionnaires des aéroports. Les rabais pratiqués par les autorités gestionnaires des aéroports selon le volume de trafic apporté par la compagnie « favorise de manière discriminatoire la principale compagnie au détriment des compagnies étrangères et/ou régionales. Il a donc été sanctionné par la Commission Européenne ».

Le rapport souligne par ailleurs le fait que « Certains aéroports, afin de promouvoir leur développement, proposent ouvertement des rabais aux compagnies qui projettent de nouvelles lignes et/ou à celles qui débutent leurs opérations. Parallèlement, il peut exister des réductions établies de manière confidentielle pour ne pas susciter l'opposition des compagnies qui n'en bénéficient pas. Il est ainsi supposé que les compagnies à bas coûts sont avantagées par des mesures plus ou moins secrètes révélées dans le fait qu'elles maintiennent des temps d'escale très courts⁶⁰ ».

La modulation des redevances est susceptible d'être contestée au regard du droit des aides d'Etat, mais également sur le fondement du principe général d'égalité devant le service public.

⁵⁸ CE, 13 octobre 1999, *Compagnie nationale Air France*

⁵⁹ British Airport Authority a été récemment autorisé à augmenter ses redevances d'atterrissage de 20% sur cinq ans pour financer la construction d'un nouveau terminal à l'aéroport d'Heathrow.

⁶⁰ Les remarques effectuées par le rapport du groupe de travail sont dénuées de toute portée juridique et n'ont valeur que de recommandations.

Le principe d'égalité est un principe général de droit reconnu par la jurisprudence administrative : « Il s'agit d'une égalité devant la prestation et les avantages procurés par le service, mais également devant les charges qu'il impose⁶¹ ».

Toutefois, le Conseil d'Etat a admis la possibilité pour les autorités administratives de s'écarter du principe d'égalité de traitement des usagers d'un service public⁶² dans trois hypothèses :

« La fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu à différentes catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure (...) ».

En conséquence, le principe d'égalité qui doit s'appliquer aux usagers d'un service public n'interdit pas de les traiter de façon différente, si l'une au moins des trois conditions suivantes est satisfaite, c'est-à-dire :

Si une loi prévoit de déroger au principe d'égalité, ou s'il existe des différences de situation objectives et appréciables entre les usagers qui permettent de les répartir en plusieurs catégories, des traitements différents étant possibles entre des usagers appartenant à des catégories différentes ; ou s'il existe une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage.

Pour établir l'illégalité des modulations des redevances applicables sur un aéroport, il faut montrer à la fois qu'aucune loi n'a dérogé au principe d'égalité, qu'il n'existe pas entre les compagnies aériennes de différences de situation objectives et appréciables justifiant des différences de traitement et, enfin, qu'aucune nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation de l'aéroport ne justifient les modulations de redevances.

En premier lieu, il n'existe aucune loi permettant de déroger au principe d'égalité des usagers du service public aéroportuaire.

En deuxième lieu, il n'existe pas, entre les compagnies aériennes, de différences de situation appréciables qui puissent justifier l'établissement de tarifs différents. En effet, selon les conclusions du commissaire du gouvernement sous l'arrêt du 3 octobre 1999⁶³ « (...) il n'apparaît pas (...) qu'entre les compagnies qui réalisent sur les aéroports parisiens les plus forts tonnages annuels de jauge brute atterrée et celles qui n'y ont qu'une activité plus réduite, il existerait une différence de situation pouvant justifier l'établissement de tarifs différents » et « Par ailleurs, on ne saurait non plus se fonder utilement sur une différence de situation entre les entreprises implantées depuis longtemps et celles qui sont arrivées récemment ».

En revanche, il serait possible de fixer le taux de la redevance d'atterrissage en fonction de la masse maximale au décollage selon trois tranches correspondantes à des

⁶¹ Jean-François Lachaume, Claudie Boiteau et Hélène Pauliat, *Grands services publics*, Ed. Armand Colin, 2^{ème} édition, p. 351.

⁶² Conseil d'Etat, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Rec. Lebon, p. 274.

⁶³ Conclusions sous l'arrêt du CE, 13 octobre 1999, *Compagnie Nationale Air France*, n° 193195.

catégories distinctes d'appareils. En pareil cas, le Conseil d'Etat a considéré⁶⁴ qu'Aéroports de Paris avait traité de façon identique les compagnies aériennes placées dans une situation identique au regard de la prestation d'atterrissage : « les prestations et contraintes liées à l'atterrissage des avions étant directement dépendantes de l'importance du gabarit de l'aéronef et de son poids, la modulation tarifaire retenue par Aéroports de Paris, n'est pas, eu égard aux écarts de charges existants entre les différentes catégories d'appareils, entachée d'une erreur manifeste d'appréciation ».

Il reste donc, en troisième lieu, à déterminer si les modulations tarifaires sur un aéroport peuvent trouver une justification dans une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service.

Il faut admettre, comme le souligne Jacques Arrighi de Casanova⁶⁵, que le développement d'une plate-forme aéroportuaire et donc l'amélioration des capacités et des conditions du transport aérien répondent à des considérations d'intérêt général. Le Conseil d'Etat a considéré, dans une autre affaire, que l'autorité compétente pouvait instituer des tarifs différenciés, inspirés par des considérations relatives à l'intérêt général de l'aéronautique, en l'espèce la nécessité d'assurer dans des conditions satisfaisantes la formation des jeunes pilotes et de faciliter le développement de la navigation aérienne⁶⁶.

Une analyse voisine avait déjà été retenue dans un avis⁶⁷ relatif à la légalité du tarif projeté par la SNCF pour le TGV Nord Europe. En effet, le Conseil d'Etat, tout en rappelant le principe d'égalité de traitement des usagers du service public, a admis la rupture d'un tarif unique de base, à condition que cette mesure « soit assortie de certaines précautions destinées à la fois à limiter sa portée à ce qui est indispensable pour atteindre les objectifs légitimes poursuivis et à prendre en compte les autres obligations de service public qui s'imposent ».

En conséquence, il faut admettre que le développement d'un aéroport secondaire et de lignes aériennes nouvelles constitue un objectif d'intérêt général qui peut, dans certaines limites, justifier légalement de déroger au principe d'égalité en instaurant une modulation des redevances⁶⁸.

Si le principe de la modulation est donc admis par la jurisprudence, il reste que l'ampleur de la modulation doit demeurer limitée. En effet, le Conseil d'Etat, par la décision précitée⁶⁹, a annulé la délibération du conseil d'administration d'Aéroports de Paris relative aux redevances aéroportuaires des avions cargo au motif que la délibération contestée induisait des écarts de charges trop importants au regard du service concerné : « (...) les modalités de modulation de ces redevances (...) induisent des écarts de charges trop importants entre les compagnies concernées au regard du service rendu, qui en raison de leur ampleur, ne peuvent être regardées comme limitées

⁶⁴ CE, 11 janvier 2002, *Syndicat des compagnies aériennes autonomes*, n° 211331.

⁶⁵ Conclusions sous l'arrêt du CE, 13 octobre 1999, *Compagnie Nationale Air France*, n° 193195.

⁶⁶ CE, 7 octobre 1988, *Fédération autonome des transports*, Rec. p. 333.

⁶⁷ Avis du CE, avis n° 353605, *Etudes et documents du Conseil d'Etat* 1993, p. 338.

⁶⁹ Conseil d'Etat, 13 octobre 1999, *Compagnie Nationale Air France*, n° 193195.

à ce qui permettrait, eu égard aux exigences du principe d'égalité, la prise en compte des considérations d'intérêt général ».

Une compagnie pourrait invoquer devant la Commission européenne les modulations tarifaires si elles étaient regardées comme des aides d'Etat. Elle pourrait invoquer devant le juge administratif l'absence de notification préalable et, devant la Commission européenne, leur incompatibilité avec le marché commun.

Les différents abattements sur les redevances atterrissage et passagers pourraient être qualifiés d'aide d'Etat et faute d'avoir été préalablement notifiés à la Commission européenne comme l'exigent les dispositions de l'article 88-3 du traité, être considérés comme illégaux.

En effet, il serait envisageable de considérer que l'incitation à l'ouverture de lignes par un abattement de la redevance d'atterrissage, même si elle est présentée comme profitant à toutes les compagnies, constitue un avantage déguisé en ne favorisant réellement qu'une certaine catégorie de compagnies aériennes⁷⁰.

Les autorités communautaires ont sanctionné certaines modulations tarifaires des redevances d'atterrissage et passagers qui avaient été octroyées par les autorités gestionnaires d'aéroports aux motifs que :

- Le seuil de déclenchement du rabais de la redevance d'atterrissage était trop élevé et la réduction de la redevance ne pouvait alors bénéficier qu'à certains transporteurs ;
- Les réductions de redevances offertes augmentaient plus que proportionnellement au nombre de décollages / atterrissages ;
- Les systèmes de rabais étaient liés à la fréquence des vols ;
- Les systèmes de rabais étaient progressif en fonction du volume de trafic apporté par les compagnies ;
- Les modulations des redevances étaient octroyées en fonction de l'origine des vols (nationaux ou internationaux).

2.2.1.3. un régime spécifique d'exploitation justifié par les exigences du service public

Le règlement communautaire n° 95/93 sur l'accès au marché des services de transport aérien définit les liaisons sur lesquelles des obligations de service public peuvent être imposées, essentiellement comme des liaisons contribuant au développement économique des régions concernées, quand ces liaisons sont de faible trafic ou assurent la desserte de territoires particulièrement enclavés.

La Commission admet effectivement le versement d'aides d'Etat au fonctionnement notamment, en présence d'obligations de service public. Cependant, dans l'hypothèse d'une liaison secondaire qui ne figurerait pas au règlement, il demeure cependant

⁷⁰ Décision de la commission, 14 juin 1998, Aide d'Etat NN 109/98, Royaume Uni /Aéroport de Manchester.

possible d'obtenir une décision de compatibilité directement sur le fondement de l'article 87, ainsi qu'en témoigne la récente décision Air Caraïbes du 16 décembre 2003.

En application de ce règlement, les textes nationaux ont institué un fonds d'intervention pour les aéroports et le transport aérien ⁷¹, qui vise à permettre le fonctionnement des liaisons aériennes secondaires. Ce régime ne semble pas nécessairement suffisamment attractif puisque de nombreuses liaisons aériennes faisant l'objet d'obligations de service public ne sont plus exploitées ou ne l'ont jamais été.

2.2.2.doctrine de contrôle des aides spécifique au transport aérien

2.2.2.1.contenu

Tout comme celles qui sont accordées aux entreprises de transport maritime, les aides aux entreprises opérant dans le secteur du transport aérien relèvent exclusivement des dispositions générales du traité en matière d'aides d'Etat. Le domaine des aides d'Etats fait donc l'objet de l'application des articles du traité tendant à les interdire, l'exception étant, une fois n'est pas coutume, exceptionnelle.

Deux rapports relatifs aux aides d'Etat dans les transports aériens ont été réalisés, l'un de mars 1992⁷², est l'œuvre de la commission, l'autre de 1994⁷³, d'un comité des sages.

Le comité des sages a proposé des lignes directrices pour l'octroi des aides d'Etat dans le secteur du transport aérien. Selon le comité, les injections de capitaux dans les compagnies aériennes, quelle que soit leur forme doivent en règle générale être désapprouvées si elles sont incompatibles avec les pratiques commerciales normales. Cependant, pendant une période brève, l'autorisation d'une aide d'Etat peut être envisagée dans les conditions suivantes :

- «a. il doit être indiqué que l'aide concernée sera l'unique et la dernière
- b. un plan de restructuration doit être présenté
- c. la validité du plan et ses chances de succès sont évaluées par des experts désignés par la commission
- d. le gouvernement concerné doit s'engager à s'abstenir de toute ingérence financière ou autre dans les décisions commerciales des transporteurs concernés
- e. il doit être interdit à la compagnie aérienne recourant à un financement public de développer sa propre capacité au delà de ce qu'exige l'évolution générale du marché. Au contraire une réduction de la capacité doit être envisagée ;
- f. il doit être valablement prouvé que les intérêts des autres compagnies concurrentes ne sont pas contrariés
- g. l'application du plan de restructuration doit faire l'objet d'une stricte surveillance avec l'aide d'experts indépendants. »

⁷¹ JO n° 175 du 29 juillet 1995 et JO n° 110 du 11 mai 1995

⁷² Commission « Rapport de la commission au Conseil et au Parlement européen sur l'évaluation des régimes d'aides institués en faveur des transporteurs aériens de la communauté du 19 mars 1992 »

⁷³ Rapport du comité des sages du 1^{er} février 1994 composé d'experts du secteur du transport aérien

L'application de l'art. 87 dans ce secteur fait l'objet d'une discipline spécifique adoptée par la commission en 1994⁷⁴. Il est difficile de se prononcer sur la valeur juridique de ces lignes directrices. Traditionnellement, ce type de normes n'avait qu'une portée indicative. Dans un arrêt de 1996, la Cour a considéré que des lignes directrices fondées sur le traité pouvaient avoir un effet contraignant à l'égard d'un Etat membre⁷⁵. Les principes essentiels de cette discipline peuvent être synthétisés comme suit :

- Les privatisations d'entreprises de transport aérien ne comportent pas en principe d'aides d'Etat si elles s'effectuent au terme d'un appel d'offre transparent et non discriminatoire sur la base de la meilleure offre présentée.

- Les apports de capitaux publics sont appréciés en fonction du critère de l'investisseur privé dans une économie de marché

- Les aides au fonctionnement ne sont envisageables que dans trois cas :
aides à caractère social octroyées à des utilisateurs individuels
aides pour le développement de régions ultrapériphériques
existence d'obligations de service public

- La discipline des aides régionales s'applique.

- Les aides à la restructuration ne sont possibles que moyennant le respect de conditions ayant en particulier trait au caractère exceptionnel de l'aide, à l'existence d'un plan global de restructuration prévoyant éventuellement des réductions de capacité et à l'exercice d'une gestion de type commercial, i.e. sans ingérence de l'Etat.

Dans sa communication, la Commission précise qu'elle considère que la compensation obtenue par une compagnie au titres d'obligations de service public conformément aux modalités définies par le règlement n° 2408/92 n'a pas le caractère d'une aide d'Etat. Une telle position révèle que la Commission était favorable, en 1994, à l'application de l'approche compensatoire sur ce point précis. La jurisprudence Altmark rend probable, le maintien, pour l'avenir, de cette opinion.

2.2.2.2. applications

- anciennes

⁷⁴ JO C 350 10 décembre 1994.

⁷⁵ CJCE, 15 octobre 1996, Issjel –Vliet Combinatie BV c. Minister van Economische Zaken (l'arrêt pourrait cependant être d'espèce puisque l'affaire concernait le cas où la Commission avait subordonné la validation d'une aide au respect des lignes directrices – l'arrêt ne préjuge donc pas de la valeur intrinsèque des lignes directrices.)

Les décisions de la Commission contribuent à un accompagnement des restructurations avec pour objectif le refus du maintien artificiel des compagnies qui n'auraient plus leur place sur le marché ; elles se sont multipliées : Sabena (1991), Iberia (1992, 1996 et 1999), Aer lingus (1993), Air Portugal (1994, 1997), Olympic Airways (1994), Air France (1994 et 1998), Alitalia (1997).

Plusieurs de ces décisions illustrent particulièrement cette pratique de la Commission. En premier lieu, la décision de la commission du 22 juillet 1998 qui concerne l'augmentation de capital notifiée d'Air France. La commission déclare l'aide compatible, dans les conditions d'un engagement souscrit par la France. L'aide octroyée à Air France, sous forme d'une augmentation de capital de 20 milliards de francs payables durant la période 1994-1996, visait à assurer sa restructuration conformément à un projet négocié avec la Commission et considéré comme compatible avec le marché commun et l'accord EEE.

En second lieu, la décision de la Commission du 13 mars 1996, qui vise une aide fiscale en matière d'amortissement au profit de compagnies aériennes allemandes. Il s'agissait d'une mesure fiscale datant de 1965 destinée à permettre de renforcer la compétitivité des compagnies aériennes exposées à la concurrence internationale. Cette mesure jugée efficace a été prolongée régulièrement et devait l'être jusqu'au 31 décembre 1999. La commission a déclaré cette aide contraire à l'article 92 (devenu l'art.86 à la suite du traité d'Amsterdam). Cependant, par obiter dictum, la Commission évoque les cas qui auraient pu être acceptés, notamment un projet d'intérêt européen ou l'aide à l'achat d'aéronefs possédant des caractéristiques environnementales spécifiques.

En troisième lieu, l'on peut citer l'affaire du *Second plan de restructuration d'Iberia*. Des difficultés ont surgi lorsque des compagnies, comme Iberia, qui avaient été autorisées à recevoir des aides dans le cadre d'un premier plan de restructuration approuvé sur la base des critères du Mémoire de 1984, texte de la Commission qui faisait autrefois référence en matière d'aides d'Etat au transport aérien, ont été contraintes suite à l'échec de ce plan, de demander après l'entrée en vigueur des lignes directrices de 1994 que l'Etat puisse à nouveau intervenir en leur faveur. La Commission entendait faire application de la règle nouvelle selon laquelle, une fois une première aide versée, aucune aide supplémentaire ne pouvait être versée, sauf circonstances exceptionnelles, imprévisibles et extérieures à la compagnie. L'Espagne, au contraire, invoquait les principes de sécurité juridique, de légalité, de non rétroactivité et de confiance légitime. Finalement, cette question de l'application dans le temps des lignes directrices n'a pas eu à être résolue puisque la Commission a validé le plan en excluant la qualification d'aide d'Etat via la notion de transaction financière normale.

Ces affaires mettent en évidence le souci de préserver les entreprises en acceptant les plans de restructurations qui accompagnent leurs transformations, afin qu'elles soient privatisées et entrent dans le jeu de la concurrence internationale, sans aide ultérieure des Etats, tout en refusant les projets d'aides qui ont un effet sur la concurrence ou qui maintiendraient artificiellement l'activité de ces entreprises.

L'affaire *British airways plc*⁷⁶, qui concerne le plan de restructuration d'Air France, illustre la question des aides au fonctionnement versées aux compagnies aériennes. La

⁷⁶ TPICE, 25 juin 1998, Rec T II p. 2405

compagnie britannique entendait faire valoir la qualification d'aide au fonctionnement à l'encontre des aides versées à Air France. Elle s'opposait à la thèse de la Commission selon laquelle l'aide litigieuse était uniquement destinée à réduire les charges financières d'Air France en diminuant son taux d'endettement et non pas à financer ses coûts d'exploitation. A cet égard, elle estimait que la simple éventualité que l'aide soit destinée à maintenir et à développer les activités d'Air France suffisait à la rendre incompatible avec l'article 92, paragraphe 3, sous c), du traité. A l'appui de cet argument, elle se réfèrait à l'arrêt de la Cour du 21 mars 1991, Italie/Commission (C-303/88, Rec. p. I-1433, points 10 et 14), selon lequel il n'est pas nécessaire d'établir que des fonds étatiques octroyés sont spécifiquement et explicitement destinés à atteindre un objectif précis, mais il suffit de constater que, en tout état de cause, le fait de recevoir des fonds permet de libérer d'autres ressources pour parvenir au même résultat.

La République française et Air France contestaient la thèse selon laquelle l'aide litigieuse - bien que calculée pour réduire les charges de la dette d'Air France et non pour couvrir une partie des frais d'exploitation - profiterait quand même à l'exploitation. Selon ces dernières : « *accepter une telle position reviendrait à interdire toute aide à la restructuration, car il serait toujours possible de soutenir qu'une aide ciblée sur un objectif particulier d'assainissement se substitue aux ressources d'exploitation qui auraient été consacrées à cet objectif en l'absence de l'aide. Or, il faut nettement distinguer les aides à la restructuration, qui participent à l'amélioration des conditions d'exploitation des entreprises concernées et qui peuvent parfaitement être compatibles avec le marché commun, des pures aides au fonctionnement ou des aides prolongées au sauvetage, qui ne peuvent pas l'être, en principe.* »

Dans la mesure où la requérante reprochait à la Commission d'avoir permis à Air France de transférer l'aide à certaines de ses filiales, tout en affirmant qu'il lui paraissait vraisemblable qu'Air France financerait globalement des frais d'exploitation, le Tribunal a estimé que ces arguments étaient trop vagues pour pouvoir être retenus et se bornaient à de simples suppositions non étayées par des éléments factuels précis.

- plus récentes

Ryanair fut ces derniers mois l'illustration du phénomène « low cost ». La politique des bas prix, qui restait limitée jusqu'aujourd'hui des compagnies classiques comme Air France. Pourtant les perspectives d'évolution des transporteurs low cost ne sont pas nécessairement favorables ainsi qu'en témoignent les difficultés de la compagnie Easyjet, et la chute de son cours de Bourse⁷⁷. Pourtant la décision de la Commission sur le cas de Ryanair à Charleroi a généralement été interprétée comme relativement favorable aux compagnies low cost bénéficiaires des aides⁷⁸. Le communiqué de presse diffusé par la Commission précisait la volonté communautaire de « promouvoir l'activité des compagnies à bas coût et le développement régional ».

*Ryanair à Strasbourg.

⁷⁷ La Tribune du 25 mai 2004

⁷⁸ Le Monde du 11 février 2004, p.15

Selon, le rapport de l'Inspection générale de l'aviation civile du 9 décembre 2003, la société Ryanair conditionne l'ouverture de ses lignes à des aides directes à sa promotion, à l'exploitation et à l'assistance de ses appareils sur les aéroports de destination qu'elle met en concurrence. Le grand nombre de petits aéroports en France permet à Ryanair de faire prévaloir la loi de la demande et d'imposer ses conditions. Une mise en perspective historique permet cependant de rappeler que les compagnies low cost ne sont pas une innovation en Europe. Elles sont à la fois un héritage des charters et la conséquence de la déréglementation qui ont conduit à une unification du marché. La compagnie Ryanair innove cependant par rapport au modèle américain des compagnies à bas coûts par l'adjonction de pratiques issues de la grande distribution commerciale portant sur l'exigence de ristournes sur l'usage des infrastructures aéronautiques et l'obtention d'une aide financière directe au marketing. Ryanair justifie ces exigences par l'apport d'une clientèle nouvelle dont la garantie, n'est pas le plus souvent contractuelle.

Brit Air (filiale à 100% d'Air France), concurrente directe de Ryanair, a entrepris de mettre en cause la légalité de ces pratiques – qualifiées par elle d'aides d'Etat. Pour réfuter la qualification d'aide d'Etat, la Chambre de commerce et d'industrie du Bas Rhin (ci- après CCIBR) invoquait le critère de l'investisseur privé en économie de marché. La CCIBR aurait consenti des contreparties appropriées et proportionnées au service rendu, à savoir une campagne de promotion de la région Alsace assurée par Ryanair sur son site internet.

Cette argumentation n'a pas convaincu : selon le jugement du tribunal administratif de Strasbourg du 24 juillet 2003, la qualification d'aide d'Etat n'est pas douteuse, étant donné la disproportion existant entre les avantages consentis par la CCIBR par rapport à ceux accordés par Ryanair. Par un jugement contraire aux conclusions de son commissaire au gouvernement, le tribunal affirme que la CCIBR a, sous couvert d'une participation à des dépenses publicitaires dont la réalité n'est pas établie, apporté une aide à la compagnie Ryanair, à partir de ressources d'Etat, sans en informer la commission, ladite aide étant de nature à affecter les échanges entre Etats membres, au détriment de Brit air.

En conséquence de cette qualification, s'appliquent les articles 87 et 88 du T.CE, qui posent la règle selon laquelle, dès lors qu'une aide susceptible d'affecter les échanges est accordée par les Etats membres ou au moyen de ressources d'Etat, il appartient à la commission d'examiner préalablement la compatibilité de l'aide avec le marché commun. Il revient au juge administratif de contrôler que cette aide a, effectivement été notifiée à la commission, après avoir lui même examiné s'il est ou non en présence d'une aide au sens du traité. L'absence de notification a pour conséquence l'illégalité de l'aide.

Le tribunal précise que la CCIBR devra, sous astreinte, saisir le « juge du contrat » pour qu'il prononce la nullité des deux conventions conclues avec la compagnie Ryanair.

Il faut relever le caractère volontairement flou de la formule. En renvoyant sans plus de précision au juge du contrat, le juge administratif ne se prononce pas sur la validité de la clause compromissoire figurant aux contrats conclus entre la CCIBR et Ryanair.

Traditionnellement, le principe était celui de l'incompétence des juges arbitraux en matière de droit de la concurrence, qui participe d'un ordre public de direction. Désormais, la compétence du juge arbitral est dans une certaine mesure reconnue en

droit de la concurrence⁷⁹. La décision du tribunal administratif fait application de cette jurisprudence en renvoyant, sans plus de précision au juge du contrat pour sa résiliation. En l'espèce, la liberté de décision du « juge du contrat » est limitée puisque il est uniquement chargé de constater la nullité du contrat, qui semble être la conséquence nécessaire du jugement administratif. En ce qui concerne la compétence juridictionnelle dans l'affaire Ryanair à Strasbourg, il faut également remarquer l'application de la jurisprudence Martin (Conseil d'Etat 1905) sur la séparabilité entre l'acte administratif et le contrat. La délibération du conseil d'administration de la Chambre de commerce et d'industrie du Bas Rhin prévoyant la conclusion de la convention est considérée comme détachable de la convention elle même.

Après la confirmation de ce jugement par la Cour administrative d'appel de Nancy, les liaisons aériennes assurées par Ryanair au départ de Strasbourg ont été suspendues sur décision de la compagnie. L'exemple de ce brutal arrêt d'exploitation laissait mal augurer du sort des activités de la compagnie irlandaise à Charleroi.

*Ryanair à Charleroi

La Commission a reçu une plainte en janvier 2002 sur les avantages octroyés sur l'aéroport de Charleroi, la procédure formelle d'examen de l'article 88§3 avait été lancée par la Commission dès décembre 2002.

En considérant que le principe de l'investisseur privé en économie de marché n'avait pas été suivi par l'entité gestionnaire de l'aéroport, Brussels South Charleroi Airport (BSCA), la Commission a bien retenu la qualification d'aides d'Etat. Les investigations de la Commission avaient démontré que BSCA ne pouvait espérer un quelconque retour sur investissement sur dix ans.

Néanmoins toutes ces aides n'ont pas été déclarées incompatibles.

Dans cette affaire, la Commission européenne a considéré que des rabais sur les redevances d'atterrissage pouvaient être consentis à la condition qu'ils soient non discriminatoires, c'est-à-dire applicable à tous les usagers, et qu'ils soient consentis pour une durée limitée. En effet, selon la Commission européenne, une aide pour l'ouverture d'une liaison aérienne, pour être légale, doit être accordée dans le respect des principes de transparence, d'égalité de traitement et de non discrimination des opérateurs et être accompagnée d'un mécanisme de sanction en cas de non-respect des engagements du transporteur. Cette aide doit en outre être limitée dans le temps à une période maximale de cinq ans, être disponible pour toutes les autres compagnies s'installant à l'aéroport et correspondre à une proportion maximale de 50% des coûts nets de démarrage, ces coûts devant être contrôlés par l'aéroport.

En ce qui concerne les rabais sur les redevances d'assistance en escale, la Commission considère qu'il est possible d'admettre la validité de cette pratique dès lors qu'elle concerne un secteur concurrentiel, à condition que ces rabais ne soient pas compensés par des recettes perçues par BSCA en tant qu'autorité gestionnaire de l'aéroport.

⁷⁹ Sur cette question cf. p. 48 pour plus de précisions

Les incitations versées à l'ouverture des lignes sont valables à condition qu'elles correspondent à la prise en charge de frais effectifs.

La Commission a validé certaines des aides octroyées à la compagnie Ryanair dans la mesure où elles permettaient de développer et d'assurer une meilleure exploitation des infrastructures aéroportuaires secondaires actuellement sous-utilisées et qui sont considérées comme représentant un coût pour la collectivité. Selon le communiqué de presse qui a été publié : « Ce développement est bénéfique pour les régions en assurant une meilleure rentabilité des biens publics existants et en facilitant le développement économique régional notamment par le biais des emplois et du tourisme ; il l'est pour l'Etat membre en favorisant l'aménagement du territoire et une meilleure utilisation des aéroports existants par rapport à la construction de nouvelles infrastructures ou à leur extension ; il l'est enfin pour l'Union européenne pour laquelle le besoin de développer les capacités aéroportuaires a été rappelé dans le Livre blanc sur les transports et qui assure une part des financements aéroportuaires par le biais de la politique régionale ». Il s'agit là d'une application de l'article 87.3.c. du Traité.

Après cette décision, Ryanair a indiqué son intention de demeurer à Charleroi. L'entreprise a néanmoins formé un recours en annulation devant le TPICE afin de contester l'annulation partielle des aides.

*Ryanair à Pau

Cette affaire illustre la politique de mise en concurrence des aéroports régionaux, en l'occurrence ceux de Pau et Tarbes menée par Ryanair.

La CCI de Pau verserait à Ryanair 400.000 euros d'aides publiques annuelles, pour 250.000 euros de recettes annuelles. Alors que le directeur général de la CCI de Tarbes, C. Denagiscarde, y voit la preuve que la CCI de Pau ne se serait pas comportée comme un investisseur privé en économie de marché⁸⁰, la CCI de Pau affirme, au contraire, qu'il n'existe pas d'aides publiques mais uniquement un achat de prestations publicitaires. La même argumentation avait été développée à Strasbourg avec l'insuccès que l'on sait. Le porte parole de la direction des transports à Bruxelles, Gilles Gantelet, reste d'ailleurs sceptique et critique l'absence de publicité et l'absence d'appel d'offre.

On le voit, les pratiques en matière d'aides d'Etat à l'aéronautique civile ne sont pas toujours conformes aux règles communautaires. La confrontation de la règle est du fait est l'occasion de s'interroger sur les orientations qui déterminent le droit communautaire de la concurrence. Ces orientations sont à la croisée de principes concurrents qui, parmi d'autres, doivent permettre de mieux cerner l'orientation de la politique communautaire de concurrence d'aides d'Etat à l'aéronautique civile : supranationalité ou souveraineté, service public ou concurrence ?

⁸⁰ Ryanair, le requin du ciel, l'Expansion / juin 2003 / numéro 676 p. 120

II. Le droit des aides entre supranationalité et souveraineté, service public et concurrence

A. Finalité de l'action étatique et autorité de l'Etat

1. Finalité de l'action étatique

1.1. Distinction des missions régaliennes et du secteur concurrentiel

Le Traité se veut neutre en ce qui concerne le régime de propriété des biens. Il pose un principe d'égalité entre la propriété privée et la propriété publique. Il en résulte que l'Etat, en tant que propriétaire d'une entreprise devrait être soumis au droit de la concurrence.

Effectivement de façon générale, l'intervention économique de l'Administration est soumise aux règles de concurrence assimilables aux entreprises privées, qu'elles soient issues de normes internes⁸¹ ou communautaires⁸². La référence ainsi faite au droit de la concurrence marque une évolution de la jurisprudence administrative, qui se référait jusqu'alors exclusivement, pour encadrer l'action économique de l'Administration, à la liberté du commerce et de l'industrie ou à la liberté d'entreprendre.

La CJCE juge depuis longtemps qu'une activité qui se rattache par « sa nature, son objet et les règles auxquelles elle est soumise, à l'exercice de prérogatives qui sont typiquement de puissance publique » ne peut être considérée comme économique et soumise au droit de la concurrence⁸³. Le même raisonnement est utilisé lorsque la mission de souveraineté dont il s'agit a été déléguée à une personne privée⁸⁴.

Elle s'est également prononcée sur la question de savoir si toutes les activités exercées par un aéroport constituaient ou non des activités économiques. En effet, dans l'affaire *Aéroports de Paris*⁸⁵ relative aux redevances dues par les fournisseurs d'assistance en escale, la CJCE a qualifié les activités d'Aéroports de Paris (agrément du prestataire d'assistance en escale, contrôle des véhicules et des personnes travaillant pour le prestataire, organisation des activités se déroulant sur les installations utilisées et contrôle de la qualité des services fournis aux compagnies aériennes) d'activités économiques dissociables des activités de police de l'établissement.

L'Etat et ses établissements ne sont donc pas toujours considérés comme des sujets de droit de la concurrence, mais il peut l'être s'il intervient non par des « actes de

⁸¹ CE sect., 3 novembre 1997, Société Million et Marais qui juge qu'un contrat de concession du service extérieur des pompes funèbres entre dans le champ d'application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

⁸² CE sect., 8 novembre 1996, Fédération française des sociétés d'assurance

⁸³ CJCE, 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft

⁸⁴ CJCE, 21 septembre 1988, Van Eycke/ASPA aff. C-267/86

⁸⁵ CJCE, 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris*, aff. C-52/01, rendu sur pourvoi après l'arrêt du TPICE, 12 décembre 2000, aff. T-128/98, Rec., II., p. 3929.

puissance publique mais par des actes de production, de distribution et de services » ainsi que l'a jugé le tribunal des conflits⁸⁶. Au sens du droit communautaire, est considérée comme une entreprise « une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels rattachés à un sujet juridiquement autonome et poursuivant de façon durable un but économique déterminé⁸⁷ ». Une fois admis le fait que l'Etat pouvait être un agent économique comme un autre, ce qui, en réalité, est le cas en France, depuis 1921, et le fameux arrêt *Bac d'Eloka* du tribunal des conflits⁸⁸, il n'existe a priori aucune raison de soumettre l'Etat à des règles différentes de celles des autres agents économiques, car à défaut d'égalité devant la loi, comment prétendre à une concurrence effective entre les entreprises publiques et les entreprises privées ? L'on éprouve cependant quelque peine à affirmer que l'Etat doit être considéré, lorsque il se livre à une activité économique, comme un sujet de droit de la concurrence comme un autre. N'y a-t-il pas un paradoxe à vouloir faire de l'Etat, le sujet d'un droit dont il est lui-même la source ? Cette problématique n'est pas nouvelle, et la soumission de l'Etat à son propre droit peut paraître être une conséquence nécessaire de l'affirmation de l'Etat de droit.

Pourtant, deux questions doivent être distinguées, l'on peut reconnaître comme nécessaire le principe de soumission de l'Etat au droit en général⁸⁹. Mais admettre cela ne signifie pas nécessairement admettre la soumission de l'Etat à un droit identique à celui applicable aux personnes privées. Il est bien évident que le droit français affirme la nécessité de soumettre l'action publique à des règles différentes de celles applicables aux personnes privées, c'est la raison d'être du droit administratif. L'on sait également que les pays de common law ignorent cette distinction. Son influence se fait sentir à travers le droit communautaire. En conséquence, dès lors que l'Etat quitte ses fonctions traditionnelles pour avoir une activité économique, le droit administratif cesse d'être applicable, et le droit de la concurrence prend son relais. Faut-il approuver cette solution ? Doit-on juger l'action économique de l'Etat et donc celle de soutien aux entreprises à l'aune du seul critère de l'investisseur privé en économie de marché ? L'Etat est-il un investisseur comme les autres ?

1.2. L'Etat, un investisseur comme les autres ?

1.2.1. le critère de l'investisseur privé en économie de marché : contenu

Le critère dit de l'investisseur privé en économie de marché permet de valider les investissements publics dans une entreprise⁹⁰ s'ils sont réalisés dans les conditions normales du marché⁹¹. Il n'y a pas aide d'Etat lorsque l'autorité publique agit comme un investisseur privé avisé. Nous nous heurtons toutefois à l'obligation de définir ce que ferait un investisseur privé dans certaines conditions de marché. En tant que « bon

⁸⁶ TC, 6 juin 1989, Ville de Pamiers

⁸⁷ CJCE, 17 février 1993, Poucet et Pistre

⁸⁸ TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain

⁸⁹ A ce propos, J. Rivero, « Etat de droit, état du droit », in Mélanges G. Braibant, Dalloz, 1996, spéc. P.609 et s.

⁹⁰ Rapport de la commission, 2000, p.77.

⁹¹ CJCE, 3 octobre 1991, Italie c/ Commission, aff. C-261/99

père de famille » du droit des aides, l'investisseur privé souhaite-t-il une rentabilité à court terme ou à long terme ? La difficulté est semblable à celle rencontrée dans d'autres domaines du droit de la concurrence, lorsque pour établir une pratique concertée ou un prix prédateur, il faut identifier les comportements qui seraient contraires à l'intérêt individuel des entreprises et définir comment l'entreprise réagirait ou devrait réagir si elle était rationnelle. La Cour a très largement réduit la zone d'incertitude dans le domaine des aides en décidant qu'un investisseur privé dans une économie de marché est celui qui poursuit « une politique structurelle, globale ou sectorielle, guidée par des perspectives de rentabilité à plus long terme »⁹².

Au sens de la communication de la Commission de 1994, il n'y a pas d'aide d'Etat lorsque la Commission établit avec une certitude raisonnable que le programme financé par l'Etat serait acceptable pour un investisseur privé en économie de marché. En conséquence, si les circonstances indiquent qu'un propriétaire ne risquerait pas ses fonds dans une opération analogue, l'opération sera considérée comme une aide d'Etat.

L'Etat comme n'importe quel autre investisseur doit escompter un rendement normal de ses investissements dans un délai raisonnable. La Commission fondera sa solution sur une analyse des cash flows futurs actualisés qui doivent être supérieurs à la mise de fonds.

C'est ainsi que l'opération de recapitalisation d'Air France a pu être jugée contraire au Traité, la Commission a estimé que l'injection de capital constituait une aide d'Etat dans la mesure où un investisseur privé en économie de marché « fondant sa décision sur des critères rationnels ne saurait espérer que son investissement génère même à long terme, un rendement suffisant » compte tenu de « l'endettement énorme de la compagnie, du flux de trésorerie négatif, de l'accumulation de pertes importantes et des spécificités du transport aérien caractérisé par un faible taux de rentabilité »⁹³. Cette appréciation économique n'est pas, a posteriori, nécessairement d'une évidente justesse, puisque en 2004, l'Etat est parvenu, tout en demeurant actionnaire de référence, à se désengager progressivement du capital d'Air France, à la faveur d'un rapprochement avec KLM, dans des conditions qui semblent relativement honorables. Alors que 2003 fut une année noire pour le secteur aérien (SRAS, guerre en Irak), Air France a résisté en limitant à 22,5% le recul de son résultat net⁹⁴, alors que des transporteurs tels que Delta évoquaient au cours de mai 2004 des perspectives de faillite⁹⁵.

Le maniement du critère de l'investisseur privé en économie de marché semble complexe, ainsi qu'en témoigne une décision du TPICE du 12 décembre 2000, où le tribunal annule une décision de la Commission pour erreur manifeste d'appréciation, suite à une requête formée par Alitalia, qui avait bénéficié d'un plan de restructuration, dont la commission avait estimé qu'il comportait des aides d'Etat⁹⁶. Le Tribunal rappelle que : « *le critère relatif au comportement d'un investisseur privé opérant dans les conditions normales d'une économie de marché est une émanation du principe*

⁹² CJCE, 14 septembre 1994, Espagne c/ Commission, aff. C-42/93

⁹³ Décision de la Commission du 27 juillet 1994, JOCE L 254 du 30 septembre 1994 p.80

⁹⁴ Avant fusion avec KLM, Air France dégageait au titre de l'exercice 2003 un bénéfice net de 93 millions d'euros

⁹⁵ Libération, du 19 mai 2004, p.22

⁹⁶ TPICE, 12 décembre 2000, Alitalia c/ Commission des communautés européennes

d'égalité de traitement entre les secteurs public et privé, principe selon lequel les capitaux mis à la disposition d'une entreprise, directement ou indirectement, par l'État, dans des circonstances qui correspondent aux conditions normales du marché, ne sauraient être qualifiés d'aides d'État »(arrêt de la Cour du 21 mars 1991, *Italie/Commission*, C-303/88, Rec. p. I-1433, point 20; arrêt du Tribunal du 12 décembre 1996, *Air France/Commission*, T-358/94, Rec. p. II-2109, point 70).

Il doit ainsi être considéré qu'un apport de capitaux sur fonds publics satisfait au critère de l'investisseur privé et n'implique pas l'octroi d'une aide d'État, entre autres, si cet apport a lieu concomitamment avec un apport significatif de capital de la part d'un investisseur privé effectué dans des conditions comparables (voir, en ce sens, arrêt *Air France/Commission*, points 148 et 149). »

Cependant les annulations ne devraient pas être trop fréquentes dans la mesure où le contrôle exercé par le juge communautaire sur les décisions de la Commission prises en application du critère de l'investisseur privé en économie de marché est un contrôle minimum. Ce contrôle est limité à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation, ou de détournement de pouvoir⁹⁷.

1.2.2. opportunité du critère de l'investisseur privé en économie marché

La finalité du droit de la concurrence est notamment de sauvegarder la sincérité de la compétition sur le marché. En conséquence l'intervention étatique sur le marché ne constitue pas une aide, lorsque elle est réalisée avec une finalité lucrative et selon des modalités économiquement rationnelles, puisque elle n'a pas d'effet perturbateur.

A défaut de garantir des règles identiques à tous les acteurs, comment prétendre à l'existence d'une concurrence saine ? Mais la préservation de l'égalité des acteurs économiques ne doit elle pas céder devant des impératifs supérieurs à ceux de la protection de la concurrence ? L'Etat ne doit il pas être présumé agir avec une hauteur de vue et un souci de l'intérêt général justifiant des dérogations au principe de soumission pleine et entière de son action économique au droit de la concurrence ? La question n'a pas véritablement lieu d'être posée tant que le droit de la concurrence conserve une source exclusivement nationale. L'on conçoit mal que l'Etat puisse s'enchaîner lui même, ainsi que le confirme, la vieille maxime « *Princeps legibus solutus est*⁹⁸ ». Néanmoins, dès lors que l'Etat consent à abdiquer sa liberté d'action au profit d'un ordre juridique supérieur, comme l'ordre juridique communautaire, la question prend tout son intérêt, car l'Etat est alors soumis à un corps normatif impératif.

L'édifice communautaire du droit des aides s'articule autour d'un principe d'interdiction, assorti d'exceptions. Mais le critère de l'investisseur privé en économie de marché intervient en amont, car s'il est rempli, la décision étatique ne peut être qualifiée d'aide. Il n'apparaît donc pas comme un critère unique à l'aune duquel l'action toute entière de l'Etat en matière d'aide serait jugée. Des dérogations au principe d'interdiction sont admises ainsi que cela est rappelé plus haut. Pourtant leur

⁹⁷ L'on reconnaît ici la définition du contrôle minimum du contentieux administratif français qui semble avoir inspiré le contentieux communautaire.

⁹⁸ Le prince est délié des lois.

caractère relativement limité, peut faire apparaître le critère de l'investisseur privé sinon comme unique, au moins comme central.

Il devient alors possible, y compris pour certains libéraux, de considérer le critère de l'investisseur privé en économie de marché comme trop restrictif. L'Etat devrait pouvoir intervenir pour corriger les imperfections du libéralisme pur, en mettant en place une politique de croissance par des moyens qui ne mettent pas en cause le fonctionnement des mécanismes fondamentaux du marché.

D'autant que l'application de la doctrine de l'investisseur privé en économie de marché ne va pas sans heurts. L'un des motifs qui a conduit la Commission à ouvrir la procédure de l'article 88§2 dans l'affaire *Olympic Airways* était l'engagement de l'Etat grec de ne plus interférer dans la gestion de la compagnie. A cette occasion, la Commission a pu affirmer que « l'Etat grec confond ses rôles d'Etat agissant en tant qu'actionnaire et d'Etat agissant en tant que puissance publique ». Si une telle confusion demeure aujourd'hui possible, c'est peut être parce que cette dichotomie dans les fonctions a un caractère purement artificiel. L'action de l'Etat ne doit elle pas être inspirée par l'intérêt national et par le bien public, y compris, lorsque il agit en tant qu'actionnaire ? La jurisprudence française elle même paraît le considérer puisque le tribunal de conflit devant une action en comblement de passif à l'encontre de l'Etat donne compétence à la juridiction administrative nonobstant les dispositions de l'article 174 du décret du 27 décembre 1985 (qui confère une compétence de principe au tribunal de commerce ou au tribunal de grande instance du siège ou du principal établissement de l'entreprise en difficulté), au motif que « *l'Etat n'était pas recherché en qualité de dirigeant de droit, ni sur la base d'un contrat ou d'un quasi contrat, et que sa responsabilité en tant que supposé dirigeant de fait relevait des juridictions administratives, car elle supposait l'appréciation d'un comportement de la puissance publique, qui s'était exercé hors du cadre juridique du droit privé, à l'occasion des concours dispensés à l'entreprise.* ». L'intervention économique étatique pour soutenir une entreprise en difficulté peut donc fort bien relever d'un motif d'intérêt général et non d'un pur souci d'investissement.

L'affirmation du principe de l'investisseur privé en économie de marché apparaît, en réalité, comme un substitut à l'interdiction des prises de participation des autorités publiques dans les entreprises privées, qui pour conforme qu'elle soit à la théorie libérale pure, ne pouvait être imposée aux Etats européens à forte tradition interventionniste comme la France. Faute de pouvoir interdire aux Etats de prendre des participations dans des entreprises privées on leur impose de se comporter comme des investisseurs privés, moyennant quoi on parvient à une imposture profonde, qui méconnaît les finalités de l'action étatique, qui devrait en toute circonstance être inspirée par l'intérêt général, préoccupation par essence étrangère à un investisseur privé en économie de marché.

La question de la légitimité des aides se pose avec une acuité particulière dans le secteur du transport aérien. D'un côté le souci de préserver une concurrence saine sur un marché hautement concurrentiel milite en faveur de l'interdiction des aides. De l'autre, on peut relever ainsi que le fait Gilbert Guillaume, président de la Cour internationale de justice, « *que les soutiens publics à ce secteur se sont par le passé révélés indispensables à son essor* ». Le souci de favoriser le progrès technique, et ainsi d'améliorer à la fois la sécurité et la rapidité du transport aérien tout en limitant les atteintes à l'environnement peuvent justifier l'intervention étatique. Or face à de telles

motivations, et sauf à se situer dans des projets présentant un intérêt européen ou environnemental, le droit communautaire reste hostile aux aides d'Etat.

Une approche exclusivement fondée sur la concurrence paraît négliger l'intérêt pour la Communauté d'une véritable politique industrielle et de recherche. Malgré les dispositions de l'article 157 du traité CE, il n'existe pas de cadre juridique, ni de volonté politique pour une politique industrielle communautaire. Si, dès 1975, la question a fait l'objet d'une communication de la commission, ce fut pour confirmer le maintien de programmes strictement nationaux en matière de recherche aéronautique, qui est seulement doublée d'une coopération au niveau communautaire. La responsabilité de la politique relève des Etats et des constructeurs eux mêmes.

La position de la Commission est claire : *« la Commission n'a nullement l'intention de faire des propositions, et encore moins de prendre des décisions, quant à la structure à long terme du secteur aéronautique européen. De telles décisions doivent être prises sur des bases purement commerciales et économiques par les parties qui y ont un intérêt direct en respectant les politiques communautaires en matière de concurrence et dans les autres domaines pertinents. »*⁹⁹

Selon la Commission, le critère de l'investisseur privé en économie de marché a cette conséquence nécessaire, que lorsque l'investisseur, en l'occurrence l'Etat, estime qu'il ne peut plus s'attendre à ce que son investissement dans la société devienne financièrement rentable, il doit chercher à la mettre en liquidation. Une telle conception du rôle de l'Etat paraît négliger l'importance du rôle de l'Etat dans la sauvegarde de l'emploi. Alors même que certains Etats, confrontés à la restructuration de sociétés en difficultés, tentaient de soutenir que le redressement constituait une solution plus avantageuse que leur mise en liquidation, compte tenu du coût social de cette dernière, la Commission et la Cour rejettent cette approche au nom du principe de l'investisseur privé en économie de marché. La Cour a considéré qu'il fallait établir une distinction entre les obligations que l'Etat devait assumer en tant que propriétaire d'une société et celles qui lui incombait en tant que puissance publique. L'Etat ne pourra donc pas se prévaloir du coût du licenciement des travailleurs ou du paiement des allocations chômage.

⁹⁹ Communication de la Commission au Parlement européen – septembre 1997

2. Quelle autonomie pour les Etats membres ?

2.1. Centralisation relative du contrôle

En vertu de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes¹⁰⁰, l'article 88-3 du Traité CE, contrairement à l'article 87 du Traité CE, est d'effet direct dans l'ordre juridique interne et peut être invoqué devant les juridictions nationales, dont le juge administratif français.

Il en résulte que le juge administratif est compétent pour annuler une mesure d'aide qui n'aurait pas été préalablement notifiée à la Commission européenne¹⁰¹. En revanche, la Commission européenne est seule compétente, sous le contrôle de la CJCE, pour apprécier la compatibilité d'une aide avec le marché commun. Le fait que la commission soit saisie d'une plainte n'impose pas à la juridiction nationale de surseoir à statuer. Bien au contraire, au sens de la jurisprudence *Syndicat français de l'express international* « une juridiction nationale à laquelle il est demandé d'ordonner la restitution d'aides doit faire droit à cette demande, si elle constate que les aides n'ont pas été notifiées à moins que, en raison de circonstances exceptionnelles, la restitution ne soit inappropriée. »

La répartition des rôles en matière d'aides d'Etat est authentiquement supranationale. Le pouvoir de sanction et d'injonction dont dispose la commission à l'égard des Etats en est l'illustration. Ce pouvoir a été consacré par la Cour de justice dans son arrêt du 14 février 1990, République française c/ Commission : après avoir rappelé l'interdiction mise à l'exécution des aides avant la fin de la procédure de contrôle, le juge a décidé que « pour être efficace ce système implique que des mesures conservatoires puissent être prises en vue de contrecarrer toute violation des règles de l'article 93§3 (actuellement 88§3), et que ces mesures puissent, afin que soient sauvegardés les intérêts de l'Etat faire l'objet d'un recours ».

Dès lors, la Commission, lorsque elle constate qu'une aide a été instituée ou modifiée sans avoir été notifiée, dispose d'un pouvoir de sanction. Elle peut après avoir mis l'Etat en mesure de s'exprimer, lui enjoindre par une décision provisoire, en attendant les résultats de l'examen de l'aide, de suspendre immédiatement, le versement de celle-ci, et de fournir à la Commission, dans le délai qu'elle fixe, tous les documents, informations et données nécessaires pour examiner la compatibilité de l'aide avec le marché commun. »

¹⁰⁰ CJCE, 21 novembre 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon c/ République française*, aff. C-354/90.

A noter également l'arrêt de principe *Costa c. Enel* au sens duquel : si l'obligation d'informer la Commission des projets d'aides lie les Etats « en tant qu'Etat, mais ne fait pas naître de droits dans le chef des justiciables », il en va autrement de la dernière phrase de l'article 88§3.

¹⁰¹ C'est en faisant application de cette jurisprudence, que le Conseil d'Etat a annulé des décisions administratives accordant des aides qui n'avaient pas été préalablement notifiées : CE, 2 juin 1999, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires*, n° 69726, Rec., p. 165 et CE, 6 novembre 1998, *Comité national interprofessionnel de l'horticulture florale*, n° 171576, Rec., p. 387.

Prolongeant cette jurisprudence, la Cour de justice a autorisé la commission à adresser à l'Etat une injonction de récupération provisoire, afin d'obtenir de l'autorité nationale qu'elle ordonne la restitution de la somme sans attendre le terme de la procédure¹⁰². Cette nouvelle extension des pouvoirs de la commission a été discutée à raison de l'atteinte qu'elle implique aux pouvoirs des Etats. Cela dit, aucune objection de principe n'est plus fondée depuis que le règlement du 22 mars 1999 consacre, tout à la fois les injonctions de suspension et de récupération provisoire dans le cas des aides illégales. Dans le cas des aides appliquées de manière abusive, en revanche, seule la suspension est prévue, à l'exclusion de la récupération provisoire.

Dans la pratique la centralisation du contrôle est d'autant plus forte qu'il existe certaines circonstances qui, selon la Commission, justifient une présomption d'aide, et donc une surveillance communautaire accrue. Alors même que les juges nationaux, en conséquence de l'effet direct de l'article 88§3, sont en principe les premiers juges de la qualification d'aide d'Etat, cette double présomption limite quelque peu leur liberté de décision. Il existe une présomption d'aide :

- lorsque l'intervention financière publique combine une prise de participation avec d'autres modalités d'intervention qui doivent être notifiées au titre de l'article 87§3 du traité
- lorsque les prises de participation sont effectuées dans certains secteurs confrontés à des difficultés particulières.

Dans ces circonstances la Commission estime pouvoir contrôler l'ensemble des prises de participation, y compris celles qui auraient été réalisées dans des circonstances acceptables pour un investisseur privé en économie de marché.

2.2. Opportunité d'une décentralisation du contrôle ?

D'une manière générale, l'application du droit communautaire, est en grande partie l'œuvre des juges nationaux, « premiers juges communautaires ». Il s'agit là d'une conséquence nécessaire du principe dit de l'effet direct. Cependant l'article 87, à la différence de l'article 88§3 n'est pas d'effet direct.

Le monopole d'application de l'article 87 n'est pas sans justifications. Il permet de sauvegarder l'unité d'interprétation, puisque le texte exige des appréciations économiques complexes. Mais cet argument n'est pas décisif, puisque l'unité d'interprétation pourrait toujours être obtenue, même en présence d'un principe d'effet direct, via un recours contre les décisions des juridictions nationales devant les juridictions communautaires. L'on peut alors invoquer l'argument, qui semble avoir été décisif, dans l'esprit de ceux qui ont rendu l'arrêt Capolongo¹⁰³, à l'origine du monopole d'interprétation de la Commission, à savoir l'idée selon laquelle les juges nationaux présenteraient des garanties d'indépendance moindres par rapport aux commissaires européens relativement aux exécutifs nationaux. Il est vrai que les

¹⁰² CJCE 11 juillet 1996 SFEI

¹⁰³ CJCE 19 juin 1973 Capolongo Rec.611

commissaires européens, hormis le commissaire de l'Etat membre concerné, présentent a priori, toute garantie d'indépendance.

Mais n'en va-t'il pas de même pour les juridictions nationales ? La multiplication des affaires politico-judiciaires rend les juges judiciaires, tout au moins les juges du siège, peu suspects de collusion avec le monde politique. Il est vrai que la juridiction administrative est souvent soupçonnée de complaisance à l'égard de l'administration – ce qui peut être perçu comme un héritage de l'époque où l'on considérait qu'« administrer c'était encore juger », i.e. l'époque du « ministre juge ». Cette assertion peut paraître choquante. Mais doit-on lui préférer l'explication de la complexité de la matière, qui revient de manière non moins discourtoise à l'égard des magistrats nationaux, à les considérer comme incompetents, tout au moins en matière économique ? Il est frappant de voir que ce double grief correspond exactement à la définition que donne un magistrat français d'un mauvais juge : « incompetent ou trop respectueux de sa hiérarchie, voire les deux ».¹⁰⁴

La communication de la Commission du 23 novembre 1995 relative à la coopération entre les autorités nationales et les autorités communautaires en matière d'aides d'Etat confirme le diagnostic selon lequel la relative centralisation du contrôle des aides d'Etat s'explique par la complexité de la matière. Il est vrai que l'application de l'article 88§3 par le juge national, suppose que celui-ci soit en mesure d'apprécier la qualification d'aide d'Etat au regard du droit communautaire, à cette fin la Commission permet aux juridictions nationales de solliciter son aide. Une deuxième difficulté mérite d'être soulignée : il est parfois délicat pour les juridictions nationales de déterminer l'étendue de leur compétence. Lorsque l'Etat n'a pas procédé à une notification de sa mesure et que cette dernière est mise en cause devant le juge national pour la première fois, il doit incontestablement déterminer si la mesure projetée contient des éléments d'aides au sens des articles 87 et 88 du Traité. En revanche, si la Commission a été saisie (ou s'est saisie) de la mesure étatique, sans que celle-ci ait été dûment notifiée, et que parallèlement une action est menée devant le juge national, le juge pouvait légitimement jusqu'à la décision SFEI¹⁰⁵, se demander s'il était tenu ou non de se déclarer incompetent ou de surseoir à statuer. Depuis cet arrêt, il est clair que le juge national n'est tenu ni à l'une ni à l'autre de ces mesures. Cette solution a néanmoins été critiquée puisque elle présente le désavantage évident d'exposer à une contradiction entre le juge national et le juge communautaire. Le professeur Berlin, rejetant la justification de l'effet utile, invoquée par la Cour au soutien de l'absence d'obligation pour le juge national de se déclarer incompetent ou de surseoir à statuer, estime que l'effet utile du Traité serait mieux atteint si l'on permettait à la Commission d'exercer son contrôle sans risquer d'être contredite par une juridiction nationale.

Cependant, selon certains auteurs¹⁰⁶, il est possible que l'on assiste à un élargissement de l'effet direct à d'autres dispositions que l'article 88§3, notamment « en raison de l'adoption des règlements du 7 mai 1998 sur les exemptions catégorielles et de celui du 22 mars 1999 sur la procédure ». L'on peut effectivement admettre que ces actes ayant la nature de règlements, ils sont nécessairement d'effet direct. En conséquence, dans la limite de leur champ d'application, ces règlements confèrent effet direct aux dispositions des traités dont ils assurent la mise en œuvre. Nonobstant ces remarques, la

¹⁰⁴ Eric Halphen, Sept ans de solitude, Folio documents, 2002, p.194

¹⁰⁵ CJCE, SFEI 11 décembre 1996

¹⁰⁶ C. Bluman Revue de la concurrence et de la consommation n° 133 – mai-juin 2003

répartition des compétences entre la communauté et les juridictions nationales ne semble pas avoir subi d'infléchissement significatif à la suite de ces règlements.

B. aspects procéduraux : les entreprises, la commission, et les juridictions étatiques

1. les procédures

Le conseil a adopté le 22 mars 1999, le règlement 659/1999 qui fixe les modalités d'application de l'article 88 du traité. Un règlement du 7 mai 1998 fournit une base juridique et un cadre pour l'adoption par la Commission de règlements d'exemption par catégories d'aides, libérant ainsi les Etats membres de l'obligation de notification.

1.1. communautaires

1.1.1. la notification des aides nouvelles

Le régime communautaire des aides d'Etat repose sur un système de contrôle préalable permettant à la commission de déterminer si les aides que les Etats membres envisagent d'octroyer sont susceptibles de bénéficier des dérogations prévues par les paragraphes 2 et 3 de l'article 87. A défaut d'entrer dans l'une de ces exemptions l'aide est considérée comme incompatible avec le marché commun, sauf à relever de la jurisprudence Altmark précitée.

Le principe du contrôle préalable édicté par l'article 88§3 suppose que la Commission soit informée en temps utile des projets d'aide, c'est à dire avant que ces projets ne soient mis à exécution. Toute aide non notifiée est illégale. Cette illégalité ne doit pas être confondue avec l'incompatibilité avec le marché commun, c'est à dire le fait que l'aide n'est pas susceptible de bénéficier d'une dérogation au principe d'interdiction des aides d'Etat.

Dans l'hypothèse des aides nouvelles, le Traité précise qu'aucun versement ne peut être mis à exécution tant que la Commission n'a pas pris position. La procédure prévue par l'article 88§3 au sens duquel « la commission est informée en temps utile pour présenter ses observations » était quelque peu succincte. Elle devenait insuffisante. La pratique décisionnelle de la Commission, confortée par la jurisprudence, a alors formalisé une procédure en deux temps : au cours de la première phase, dite d' « examen préliminaire », et que la jurisprudence a limité à une durée de deux

mois¹⁰⁷, la Commission procède à une première appréciation du projet, au terme de laquelle elle arrive à la conclusion, soit que l'aide est compatible, soit qu'elle soulève des doutes ; dans la première éventualité, la Commission prend la décision de « ne pas soulever d'objections ». Dans la seconde, la commission ouvre la deuxième phase, dite d'examen formel. C'est à la jurisprudence qu'est alors revenu le soin de définir les obligations procédurales pesant sur la Commission, au titre notamment de la consultation des intéressés, de l'étendue de ses investigations et de la motivation de sa décision. Cette construction a été reprise et détaillée par le règlement du 22 mars 1999.

La *première restructuration d'Air France* a donné lieu à une décision positive plus de deux mois après le début de l'examen du projet et alors que la Commission semblait nourrir quelques griefs à son égard puisqu'elle avait soumis à certaines conditions le paiement des deuxième et troisième tranches de l'injection de capital. On peut se demander s'il n'y avait pas lieu, dans cette affaire de constater l'existence de difficultés sérieuses, et en conséquence, d'ouvrir la procédure formelle. En fait il faut sans doute voir dans ce cas l'expression des difficultés rencontrées par la Commission dans un secteur où son intervention était perçue comme une ingérence nouvelle. Depuis lors, confrontée à de nombreuses restructurations, dans le secteur du transport aérien où son intervention s'est normalisée, la Commission a modifié son approche et, lorsque cela est nécessaire, elle n'hésite plus à faire part de ses doutes quant à la compatibilité des mesures avec le marché commun, et à ouvrir la procédure formelle.

Cependant, on peut noter que la compagnie Ryanair a pu introduire un recours en annulation à l'encontre de la décision de la Commission d'autoriser le versement de la deuxième tranche de l'aide accordée par l'Irlande à la compagnie irlandaise Aer Lingus, au motif que compte tenu des circonstances, la Commission aurait dû réouvrir la procédure de l'article 88§2 avant de se prononcer. Dans le secteur du transport aérien, il est exceptionnel que la procédure soit réouverte. Ce fut néanmoins le cas en mai 1996, dans le cadre de l'affaire Olympic Airways, en raison des manquements de l'Etat grec¹⁰⁸.

Il résulte d'une jurisprudence constante de la CJCE, que si la Commission omet d'ouvrir une procédure contradictoire, après avoir été informée d'un projet tendant à instituer ou à modifier une aide, l'Etat peut « après l'expiration d'un délai suffisant » pour procéder au premier examen du projet, mettre l'aide projetée à exécution à condition qu'il en ait été donné avis à la Commission. Il ne semble pas que cette possibilité ait déjà été utilisée dans le secteur aérien.

Bien que, formellement, les tiers ne puissent intervenir au cours de la phase préliminaire, ils peuvent contribuer à la mettre en mouvement par le dépôt d'une plainte. Ce fut par exemple le cas dans l'affaire *Vlaamse Luchttransportmaatschap-pij* où une compagnie aérienne concurrente a été à l'origine d'une procédure qui a abouti à une décision négative¹⁰⁹.

¹⁰⁷ A noter que la Commission considère que ce délai de deux mois commence à courir au jour de la réception de la version définitive du programme soumis à son appréciation, ou si cette version est incomplète, à compter du moment où elle a reçu toutes les informations complémentaires indispensables à sa décision.

¹⁰⁸ Communication concernant la Deuxième tranche de l'aide consentie à Olympic Airways, JOCE, C.176, du 19 juin 1996, p.5

¹⁰⁹ Décision du 26 juillet 1995, 95/466/CE, JOCE L 267 du 9 novembre 1995, p.49 et TPICE, 30 avril 1998, confirmant la décision de la Commission.

1.1.2.le régime des aides existantes

Comme la Commission n'est intervenue dans le secteur du transport aérien que tardivement elle s'est trouvée confrontée, à partir de 1991, aux nombreux régimes d'aides mis en place auparavant. Ces mesures ont été répertoriées dans le Rapport adressé par la Commission au Conseil et au Parlement le 19 mars 1992. Encore fallait-il déterminer si elles pouvaient bénéficier du régime des aides existantes. Dans l'affaire des *Amortissements au profit des compagnies aériennes allemandes*¹¹⁰, la Commission a accepté de considérer comme une aide existante un régime fiscal remontant à 1965, bien qu'il fut postérieur à l'entrée en vigueur du traité. Cela n'a rien de surprenant puisque les aides existantes, ainsi que cela est précisé ci- après, comprennent non seulement les aides instaurées avant l'entrée en vigueur du Traité mais également les aides et régimes d'aides explicitement ou implicitement approuvés par la Commission.

Les obligations de notification et de suspension des aides d'Etat ne concernent pas celles que le traité qualifie d'aides existantes, à savoir les aides instaurées avant l'entrée en vigueur du Traité et celles qui ont déjà fait l'objet d'une décision d'autorisation de la Commission ou qui ont été régulièrement mises en œuvre à l'expiration du délai de deux mois dont dispose la commission pour évaluer la conformité des aides notifiées :

-les aides instaurées avant l'entrée en vigueur du traité : peuvent être maintenues les aides qui existaient avant l'entrée en vigueur du traité, à condition, qu'elles ne fassent l'objet d'aucune modification (quant au plafond de l'aide ou de l'investissement aidé, à l'enveloppe financière globale initialement prévue, à l'intensité de l'aide, aux conditions d'éligibilité, etc.) après l'entrée en vigueur du traité.

-la catégorie des aides approuvées par la Commission que ce soit de manière explicite ou implicite (suite à l'expiration d'un délai imparti) ne pose pas de problème particulier ; s'il s'agit d'un projet spécifique. En revanche, dans le cadre d'un régime d'aides, l'Etat membre intéressé et le bénéficiaire de l'aide doivent vérifier, d'une part, la conformité de la mesure envisagée au régime en question (à savoir régime des aides régionales, disciplines horizontales...) et d'autre part, le respect des conditions particulières posées par la commission dans sa décision d'autorisation. Dans certains cas, la Commission prévoit une obligation de nouvelle notification en cas de reconduction de l'aide déjà autorisée.

1.1.3.régime des aides non notifiées

Lorsque un Etat membre ne se conforme pas aux obligations de notification et de suspension, l'aide qu'il octroie est susceptible de faire l'objet d'une procédure que la commission ouvre soit d'office, soit à la suite de plaintes éventuelles, émanant par exemple d'entreprises concurrentes. Lorsque la Commission apprend l'existence d'une aide qui ne lui a pas été notifiée, elle demande à l'Etat membre concerné de lui fournir les renseignements nécessaires dans les 15 jours. La Commission a alors la possibilité

¹¹⁰ Décision du 13 mars 1996 96/369/CE JOCE L 146 du 20 juin 1996

d'adopter des mesures provisoires tendant à empêcher ou, à tout le moins à suspendre, le versement de l'aide, ou encore à exiger de l'Etat membre qu'il récupère l'aide déjà versée auprès du bénéficiaire. Si l'Etat, refuse de transmettre les informations exigées, la Commission a la possibilité de prendre une décision finale constatant l'incompatibilité de l'aide sur la base des seuls éléments dont elle dispose. Lorsque, en dépit de l'injonction, l'Etat ne suspend pas le versement de l'aide, la Commission peut aussi, tout en poursuivant son examen au fond, saisir directement la CJCE pour faire constater cette violation du Traité.

En l'absence de notification, la Commission n'est pas tenue au respect d'un délai particulier, mais elle s'efforce de prendre sa décision dans les deux mois qui suivent la réception d'informations complètes comme c'est le cas pour les aides notifiées.

Dans son arrêt *Boussac*¹¹¹, la Cour a considéré que, contrairement à la position défendue par la Commission, les aides non notifiées n'étaient pas illégales per se, pour irrégularité de forme, et que la Commission devait procéder à un examen de leur compatibilité au fond avant de se prononcer, même si cet examen était réduit aux seuls éléments en sa possession lorsque l'Etat membre refusait de collaborer.

Dans l'hypothèse où la Commission ou la Cour de justice aboutit à la conclusion qu'une aide non notifiée était compatible, cette décision n'a pas pour effet de régulariser a posteriori la situation, les actes d'exécution de l'aide demeurent invalides, et l'aide devra donc être restituée, sauf à suivre régulièrement la procédure de notification pour l'octroyer à nouveau. De nombreuses aides en faveur des transporteurs aériens ont été instituées, modifiées ou, le plus souvent, mises à exécution sans avoir été préalablement notifiées à la Commission.

1.1.4. procédure accélérée spécifique au transport aérien

Le transport aérien fait l'objet d'une procédure accélérée d'autorisation pour les aides d'un montant limité, qui lui est propre et dans le cadre de laquelle la Commission se prononce dans les 20 jours ouvrables à compter de la réception des informations complètes. Pour que cette procédure s'applique, il faut que l'aide ne soit pas supérieure à un million d'euros sur trois ans et que l'aide accordée soit liée à des objectifs spécifiques d'investissement, ce qui exclut les aides à l'exploitation. En pratique, cette procédure sert dans le cas d'aides régionales portant sur de faibles montants et qui ne sont pas couvertes par des obligations de service public.

Aucune dispense de notification ne résulte de cette procédure, le montant réduit de l'aide n'ayant d'autre portée que l'accélération des délais. Il faut noter que la procédure de minimis se trouve exclue par cette procédure spécifique.

1.1.5. contrôle permanent

La Commission exerce sa mission de contrôle permanent des régimes d'aides existants en se basant sur des rapports annuels que les Etats membres sont tenus de lui fournir,

¹¹¹ CJCE, 14 février 1990, *France c. Commission*

ainsi que sur des réunions périodiques multilatérales. Lorsque elle considère qu'un régime d'aide doit être modifié ou même supprimé elle adresse une demande de renseignements complémentaires à l'Etat membre intéressé. Selon la réponse apportée, la commission décide de « classer sans suite », ou d'inviter l'Etat membre à l'adoption de mesures utiles pour remédier aux irrégularités constatées. En cas de refus de ces mesures par l'Etat concerné, la commission ouvre la procédure prévue à l'article 88§2, à savoir décision de la commission, à l'issue des deux phases, préliminaire puis formelle, puis si l'Etat persiste à résister, poursuites devant la CJCE, à l'initiative de la commission ou de l'un des Etats membres.

1.1.6. publicité des décisions

Du fait de l'obligation de restitution des aides illégales, il est important pour les entreprises bénéficiaires des aides de savoir si celles-ci ont été dûment notifiées et autorisées par la Commission. Les tiers, notamment les concurrents des bénéficiaires de l'aide doivent également se tenir informer de l'état des procédures afin de pouvoir efficacement faire valoir leurs droits. Des mesures de publicité s'imposent donc¹¹².

La source d'information principale est le JOCE. Les décisions de la Commission y sont reportées de manière intégrale ou succincte selon les cas.

Certains auteurs ont critiqué le système de publicité succincte. Selon eux, s'il ne semble pas envisageable de publier toutes les décisions au journal officiel, il serait souhaitable de mettre en place un système qui autorise leur consultation moyennant censure préalable des informations qu'elles contiennent¹¹³.

1.1.7. recours contre les décisions communautaires

Selon une jurisprudence de la Cour « *Le caractère restreint des droits à la participation et à l'information des intéressés, en ce qu'ils concernent le seul déroulement de la procédure administrative, ne se trouve pas en contradiction avec le devoir qui incombe à la Commission, en vertu de l'article 190 du traité, de pourvoir sa décision finale autorisant le projet d'aide d'une motivation suffisante qui doit se prononcer sur tous les griefs essentiels que les intéressés, concernés directement et individuellement par cette*

¹¹² Les décisions suivantes sont publiées au JOCE série C (succincte) : décision de ne pas soulever d'objections, mesures provisoires, décision d'autorisation inconditionnelle après ouverture de la procédure, décision d'ouvrir la procédure. Font l'objet d'une publication au JOCE série L (intégrale) les décisions : d'interdiction de l'aide après ouverture de la procédure, d'autorisation de l'aide sous conditions. Ne sont pas publiées : la décision de ne pas soulever d'objection au terme de la procédure accélérée, la décision d'autorisation implicite.

¹¹³ L. Gyselen « La transparence en matière d'aides d'Etat : les droits des tiers », cahiers de droit européen, p. 430

décision, ont soulevés soit spontanément, soit à la suite des informations communiquées par la Commission. Ainsi, à supposer que la Commission puisse valablement préférer exploiter d'autres sources d'information et réduire, par là même, l'importance de la participation des intéressés, cela ne la dispense pas de pourvoir sa décision d'une motivation adéquate. »¹¹⁴ La procédure de l'article 88.2. du traité est donc inspirée d'un double principe de contradictoire et de motivation des décisions, mais dont la portée peut être limitée à l'égard des personnes qui n'ont pas la qualité de parties mais de tiers intéressés.

1.1.7.1. recours en annulation

Que l'aide soit déclarée compatible ou non, un recours en annulation peut être formé contre les décisions de la Commission, par les Etats membres destinataires de la décision, par le bénéficiaire de l'aide, par ses concurrents, ou par une association d'entreprises concurrentes. La Cour a, en effet, adopté une démarche libérale en reconnaissant les droits des entreprises concurrentes dans le contrôle des aides. Après avoir rappelé qu' « *il ressort d'une jurisprudence constante que les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernés au sens de l'article 173, al.2 (désormais 230 al.2) que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à tout autre et, de ce fait, les individualise d'une manière analogue à celle des destinataires* », elle a néanmoins admis que « *doivent bénéficier d'une voie de recours destinée à protéger leurs intérêts légitimes les entreprises* » qui ont joué un rôle dans la procédure précontentieuse, ou ont été à l'origine de la plainte, ou ont été entendues en leurs observations « *dans le cadre de la procédure visée à l'article 93 du traité (désormais 88) si toutefois leur position sur le marché est substantiellement affectée par la mesure d'aide qui fait l'objet de la décision attaquée* »¹¹⁵. En revanche, en ce qui concerne les autres tiers la qualité pour agir est plus douteuse.

Encore faut il pour que le recours en annulation soit recevable, que la décision de la Commission soit suffisamment formalisée. Fut ainsi déclaré irrecevable le recours en annulation formé contre le refus informel opposé par le directeur de la Direction générale de la concurrence de la Commission, de voir corriger une décision de la Commission déclarant une aide compatible avec le marché commun.

Ce recours doit être formé dans un délai de deux mois devant le TPICE. Le délai de deux mois court à compter de la première de ces dates :

- date de publication de la décision
- date de notification de la décision

A défaut de notification ou de publication, le délai de forclusion court à compter de la connaissance de la décision. Le critère de la connaissance de la décision est donc subsidiaire par rapport aux deux autres. La TPICE a ainsi déclaré recevable le recours formé dans les deux mois de la publication, alors que la région Sicile avait probablement connaissance de la décision depuis plus de deux mois (TPICE, 27 novembre 2003 *Regione Siciliana c./ Commission*).

¹¹⁴ TPICE, 25 juin 1998, *British airways plc*, Rec. 1998 II, p.2405

¹¹⁵ CJCE, *Cofaz*, 28 janvier 1986, aff. 169/84, Rec. p.391

Pour que le recours d'un tiers concurrent soit recevable, il faut qu'il démontre que sa position concurrentielle a été particulièrement affectée par l'octroi de l'aide, l'on exige à cet égard une « position concurrentielle particulière les caractérisant par rapport à tout autre opérateur économique »¹¹⁶. En l'absence d'une telle démonstration le recours du simple concurrent demeure irrecevable, alors surtout qu'il n'a pas déposé plainte à l'encontre de l'aide approuvée¹¹⁷.

1.1.7.2. recours en carence

En vertu de l'article 232 du traité CE, dans le cas où, la Commission, en violation du traité s'abstient d'agir alors qu'elle a été préalablement invitée à agir, la Cour de justice peut être saisie pour faire constater cette violation, soit par les Etats membres et les autres institutions de la Communauté, soit moyennant certaines conditions par toute personne physique ou morale.

En matière d'aides d'Etat, le recours en carence est envisageable dans plusieurs hypothèses :

- Si un Etat membre notifie une aide, et la Commission s'abstient de se prononcer dans le délai de deux mois, cet Etat membre peut théoriquement former un recours en carence à l'encontre de la Commission- cependant cela est peu probable puisque à l'issue de ce délai de deux mois, l'Etat membre peut octroyer l'aide nonobstant le silence de la commission. Cependant, cette possibilité ne peut être exclue puisque l'Etat membre peut légitimement vouloir disposer d'une certitude juridique avant de mettre en œuvre l'aide notifiée.
- Si la Commission s'abstient d'ouvrir une procédure formelle d'examen, un autre Etat ou un tiers concurrent, peut intenter un recours en carence si l'aide paraît soulever des difficultés sérieuses quant à sa légalité.
- Si la Commission tarde à prendre sa décision finale après avoir ouvert une procédure formelle d'examen.

En revanche, un recours en carence contre l'abstention d'ouvrir un recours en manquement sur la base de l'article 88§2, n'est pas recevable, car le requérant ne serait pas directement concerné par l'acte sollicité et la Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation quant à l'opportunité de saisir la Cour.

1.1.7.3. recours en responsabilité non contractuelle

En matière d'aides d'Etat, les recours fondés sur l'article 288 du traité CE ont été rares, et jusqu'à présent aucun n'a abouti. Cependant, il n'existe aucun obstacle théorique à une telle action, et la Communauté doit en principe réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de ses fonctions.

¹¹⁶ Dictionnaire permanent Droit européen des affaires Feuillet n° 58- 4 novembre 2003

¹¹⁷ TPICE, 15 septembre 1998, BP Chemicals Limited, Rec. TPICE, II p.3239

1.2. nationales

Le juge national n'avait avant le Traité de Rome, qu'une expérience faible voire inexistante du contrôle des subventions publiques. Si l'article 1^{er} du décret-loi du 25 juin 1934 vise bien, de manière générale les subventions de l'Etat, il n'a pas donné lieu à une jurisprudence très importante. Le législateur français n'a jamais posé de règle générale applicable à toutes les aides économiques. Le contrôle national, lorsque il existait, se limitait aux versements directs sans contrepartie, sans prise en compte des procédés plus indirects. La jurisprudence nationale¹¹⁸, posait un principe d'interdiction des aides publiques non justifiées par un motif d'intérêt général¹¹⁹

Le Traité est totalement muet sur la question de la compétence du juge national en matière d'aides d'Etat. C'est la Cour de justice, qui a progressivement consacré sa compétence. Dans son arrêt Lorenz de 1973, la Cour de justice a reconnu l'effet direct de l'article 93§3 (actuellement article 88§3). Cette disposition est donc invocable devant les juridictions étatiques. Le reste du régime des aides d'Etat n'a pas d'effet direct, sous réserve des évolutions susceptibles de se faire jour sous l'influence des règlements du 22 mars 1999 (règlement de procédure), et du règlement du 7 mai 1998 sur les exemptions catégorielles (cf. supra sur la question de la décentralisation du contrôle).

La compétence du juge national comprend deux éléments :

la qualification d'une mesure déterminée d'aide d'Etat, au sens de l'article 87. Le juge national peut être plus strict que le juge communautaire, mais il ne peut a priori être plus souple, sous peine de voir sa position contredite par le juge communautaire. compétence pour déclarer illégale l'aide versée sans notification préalable.

1.2.1. devant l'ordre administratif

L'ordre administratif est notamment compétent lorsque une autorité publique a pris la décision d'accorder un avantage à une entreprise en faisant usage de prérogatives de puissance publique, par un acte administratif unilatéral, par un contrat administratif ou relativement à l'exécution d'un service public ou lorsque l'action vise à engager la responsabilité d'une personne morale de droit public. Comme toute juridiction nationale, le juge administratif peut constater le caractère illégal d'une aide non notifiée, ce qui suppose le pouvoir de qualifier un avantage d'aide au sens des articles 87 et 88 du traité.

¹¹⁸ CE, 23 mai 1930, Sté Métropole voitures

¹¹⁹ Selon Jèze « le bénéficiaire d'une aide n'obtient de concours pécuniaire que parce qu'il s'engage à faire certaines prestations d'intérêt général ».

Pour mémoire, l'on peut rappeler les deux types d'actions concevables devant le juge administratif¹²⁰ :

- Le recours de plein contentieux, par exemple en présence d'un contrat administratif dont on entend contester la validité. Un recours en excès de pouvoir contre un contrat administratif est irrecevable, sauf à former une action contre la décision de conclure le contrat, qui doit présenter un caractère détachable par rapport au contrat lui-même¹²¹. Par ailleurs, de manière générale l'action de tiers au contrat fondée sur ce contrat est généralement écartée, sauf en matière de service public où la qualité d'usager suffit à conférer un intérêt à agir¹²².
- Le recours en excès de pouvoir qui permet de contester la validité d'un acte administratif unilatéral faisant grief, si tant est que la décision d'octroyer l'aide ait pris cette forme.

Lorsque l'aide illégale est perçue via un contrat conclu entre l'Administration et le bénéficiaire de l'aide, il est possible que le juge administratif décline sa compétence dans l'hypothèse où le contrat ne serait pas administratif ou si une clause compromissaire avait été conclue par l'Administration.

Selon une règle traditionnelle, l'Administration n'a pas la capacité de compromettre, i.e. de donner compétence à un arbitre pour connaître d'un litige qui aurait du revenir à des juridictions étatiques. Cependant, cette règle posée par l'article 2060 du code civil est abandonnée, en ce qui concerne les personnes publiques, depuis l'arrêt de la première chambre civile *Galakis* (1966). Cela permet d'expliquer pourquoi dans l'affaire *Ryanair*, le tribunal administratif de Strasbourg ne décide pas lui-même de l'annulation du contrat mais renvoie au juge du contrat, une clause compromissaire figurant au contrat conclu entre la Chambre de commerce et d'industrie du Bas Rhin et *Ryanair*. Demeure la question de l'arbitrabilité du droit de la concurrence. L'on pourrait considérer le contentieux de droit de la concurrence comme non arbitral, puisque il participe d'un ordre public économique, dont l'application ne saurait être déléguée à un juge privé.

En réalité, la question de l'arbitrabilité du droit communautaire de la concurrence paraît résolue, notamment depuis un arrêt *Eco Swiss* de la CJCE¹²³. Le droit communautaire de la concurrence est susceptible de faire l'objet d'un arbitrage. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris résout la question en affirmant que l'arbitre peut « tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard des règles d'ordre public pouvant être directement appliquées aux relations des parties en cause »¹²⁴. Une telle formule doit sans doute être comprise comme permettant à l'arbitre d'annuler une clause anticoncurrentielle, ou d'accorder des dommages et intérêts à la victime d'un comportement anticoncurrentiel. En revanche, l'arbitre ne peut interdire des comportements contraires au droit de la concurrence, ni prononcer des injonctions, ni les assortir de sanctions pécuniaires, ni encore accorder ou retirer une exemption individuelle.

¹²⁰ Pour plus de précisions, cf. infra II.B.2.

¹²¹ CE 4 août 1905 Martin

¹²² CE 21 décembre 1906 Croix de Seguey-Tivoli

¹²³ CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*

¹²⁴ Cour d'appel de Paris, 1^{re} chambre C, 14 octobre 1993

La doctrine¹²⁵ précise quant à elle que le droit français prévoirait une « arbitrabilité interne relative », et une « arbitrabilité internationale absolue » des litiges de droit de la concurrence. En présence d'une question de droit de la concurrence, le juge étatique ne doit déclarer le litige arbitral, et donc refuser d'annuler la convention d'arbitrage, que s'il considère que « l'examen des accords et des comportements litigieux montre qu'ils sont conformes au droit de la concurrence », ce qui exclut la violation de l'ordre public, seule de nature à rendre le juge arbitral incompétent. Une telle position est unanimement critiquée en ce qu'elle implique un préjugement de l'affaire faisant l'objet d'un arbitrage par le juge étatique. L'arbitre, en présence d'un litige mettant en cause des questions de concurrence, devrait donc a priori considérer qu'il n'existe pas de violation du droit de la concurrence. S'il parvenait à une conclusion contraire, sa sentence aurait toutes les chances d'être annulée sur le fondement des dispositions de l'article 1484.6° du nouveau code de procédure civile, au sens duquel une sentence arbitrale peut toujours être annulée dès lors que rendue en « violation d'une disposition d'ordre public. »

1.2.2. devant l'ordre judiciaire

Dès lors que le litige ne vise aucun des chefs de compétence précédents, l'ordre judiciaire est compétent. Il dispose comme l'ordre administratif du pouvoir d'appliquer l'article 88§3 mais non l'article 87.

Selon M. Sousse¹²⁶ l'utilisation de l'expression de juridictions nationales dans l'arrêt *SFEI* « permet d'ignorer le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires ». Selon cet auteur cette formule donne compétence au juge judiciaire « par voie d'exception pour remettre en cause la légalité d'un acte administratif ayant octroyé une aide ». En réalité, cette affirmation est discutable. En raison du principe d'autonomie institutionnelle, la France est seule en mesure, de déterminer quelle doit être la juridiction nationale compétente en matière d'aides d'Etat, de sorte qu'en employant l'expression de « juridictions nationales », d'ailleurs couramment usitée, la CJCE n'a sans doute pas entendu faire autre chose que de rappeler ce principe. Par ailleurs, l'auteur n'affirme la compétence du juge judiciaire que par voie d'exception. Une telle compétence est-elle spécifique au contexte communautaire, ou la conséquence du principe selon lequel, le juge de l'action est juge de l'exception ?

Selon cet auteur, un exemple de cette compétence exceptionnelle du juge judiciaire pour statuer, par voie d'exception sur la légalité d'un acte administratif est fourni par une affaire *France Telecom*, où la Cour d'appel de Paris avait enjoint à France Telecom de fournir à une entreprise concurrente les listes de certains abonnés au téléphone, nonobstant les dispositions de l'article R.10-1 du Code des postes et télécommunications, écarté du fait de sa contrariété avec le Traité de Rome. La Cour de cassation fut saisie d'un pourvoi où France Telecom affirmait que l'arrêt de la Cour d'appel de Paris devait être annulé, du fait de l'incompétence de cette juridiction pour statuer sur la légalité d'un acte administratif. Le pourvoi est rejeté. L'auteur voit dans cette solution la conséquence d'une dérogation au principe de séparation des autorités

¹²⁵ Marie Chantal Boutard Labarde, Guy Canivet, Droit français de la concurrence, LGDJ, 1994, p.262

¹²⁶ Petites affiches- 1^{er} août 2000 n° 152 p.13

administratives et judiciaires fondée sur la spécificité du contentieux communautaire, dans lequel tout juge national est compétent pour écarter un acte administratif contraire au droit communautaire, nonobstant les règles traditionnelles de répartition des compétences.

Faut-il véritablement considérer que la faculté pour le juge judiciaire d'écarter l'application d'un acte administratif soit spécifique au contentieux communautaire ? Cette possibilité existe également, en matière pénale, lorsque un acte administratif est illégal, inconstitutionnel, ou contraire aux conventions internationales¹²⁷. Mais il est vrai qu'une juridiction judiciaire, incidemment saisie de la légalité d'un acte administratif doit, en dehors de la matière pénale ou communautaire, surseoir à statuer, et poser une question préjudicielle à la juridiction administrative compétente. L'adage selon lequel « le juge de l'action est juge de l'exception » peut donc voir sa portée limitée.

1.2.3. rôle du conseil de la concurrence

Le conseil de la concurrence, n'a d'une manière générale qu'une compétence d'attribution qui est loin d'investir l'ensemble du champ du droit de la concurrence communautaire. Il ne joue notamment aucun rôle en matière d'aides d'Etat, hormis sur un plan consultatif celui qu'il pourrait tenir de l'article 462-1 du code de commerce.

Les règles de répartition des compétences entre le Conseil de la concurrence et les juridictions administratives pour connaître des pratiques anticoncurrentielles des personnes publiques ont été dégagées dans un arrêt du Tribunal des Conflits de 1999¹²⁸. Ce dernier a considéré que les juridictions administratives étaient seules compétentes pour connaître des décisions par lesquelles les personnes publiques assurent une mission de service public au moyen de prérogatives de puissance publique.

1.3. les procédures à l'encontre des Etats membres

Les Etats membres sont, en matière d'aides, régulièrement attirés devant le juge communautaire, afin de faire établir la violation de leurs obligations en matière d'aides publiques.

Lorsque la Commission estime qu'un Etat membre enfreint l'article 87 en octroyant des aides, il est en principe obligatoire qu'elle suive la procédure de l'article 88§2. La Commission ne peut donc pas introduire directement un recours en manquement pour violation de l'article 87 sans avoir respecté au préalable la procédure de l'article 88§2. Un recours en manquement ne peut donc suivre directement une phase d'examen préliminaire.

¹²⁷ article 111-5 du code pénal : « Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité, lorsque de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis. »

¹²⁸ Tribunal des Conflits, 18 octobre 1999, *Aéroports de Paris c/TAT*, n° 3174.

En vertu de l'article 88§2 si un Etat ne se conforme pas dans le délai imparti à une décision finale de la Commission adoptée à l'issue d'une procédure formelle d'examen, la Commission ou tout autre Etat intéressé peut saisir directement la CJCE, par dérogation aux articles 226 et 227. Il s'agit d'une forme particulière de recours en manquement qui diffère des recours classiques, en ce qu'elle ne comprend pas pour la Commission d'obligation d'émettre un avis motivé après avoir mis en demeure l'Etat membre concerné de présenter ses observations. Puisque la procédure formelle a été suivie, il serait inutile d'exiger de nouveaux débats contradictoires avant la saisine de la Cour de justice.

Si la Cour fait droit aux demandes de la Commission, l'Etat membre est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour. A défaut, la Commission peut à nouveau saisir la Cour sur la base de l'article 228.

2. stratégie procédurale

Pour bloquer la décision de remboursement de l'aide, l'entreprise débitrice peut contester en annulation la décision de la Commission. Dans un deuxième temps, elle peut contester les mesures nationales de mise en œuvre sur la base de moyens tirés de l'ordre juridique national, à propos desquels il convient de savoir dans quelle mesure ils font obstacle au principe de primauté du droit communautaire, et donc à la primauté de l'obligation de restitution. Les situations du concurrent du bénéficiaire, ou des entités infra-étatiques dispensatrices de l'aide peuvent être étudiées selon le même procédé.

2.1. les intérêts d'une action au niveau communautaire

- préservation du secret des affaires

Les membres des institutions sont tenus, même après la cessation de leurs fonctions, de ne pas divulguer les informations, qui par leur nature sont couvertes par le secret professionnel (art.287 du traité CE). En application de cette disposition du traité, l'article 24 du règlement de la commission du 22 mars 1999 dispose : « la Commission et les Etats membres, ainsi que leurs fonctionnaires et autres agents, y compris les experts indépendants mandatés par la Commission, sont tenus de ne pas divulguer les informations couvertes par le secret professionnel qu'ils ont recueillies en application du présent règlement. »

Les décisions des juridictions communautaires illustrent particulièrement le souci de respect du secret professionnel. Alors que dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du TPICE du 25 juin 1998, les requérantes alléguaient notamment que l'aide aurait dû être fractionnée en différentes tranches, dont chacune liée à une mesure de restructuration individuelle, le Tribunal a considéré qu'une telle approche aurait nécessairement révélé le coût de chaque mesure et ainsi divulgué les structures du fonctionnement interne d'Air France. Or, de telles données « *revêtent, au moins pour une certaine période, un*

caractère confidentiel et doivent être tenues secrètes à l'égard du public et notamment des concurrents d'Air France. »

La procédure communautaire ne semble pas, à première vue, offrir des garanties de discrétion différentes de celles de la procédure nationale. Cependant, le droit communautaire permet à l'auteur d'une plainte de préserver son anonymat, possibilité inconnue du droit français. C'est ainsi que la procédure d'examen des aides versées à Ryanair à Charleroi a été déclenchée à la suite d'une plainte anonyme. Une telle possibilité n'existant pas au niveau national, des sociétés telles qu'Air France, qui ne souhaitent pas apparaître dans l'opinion, comme s'opposant au développement des low-cost, agissent via leurs filiales, au nom commercial moins connu. On peut citer l'exemple des aides versées à Strasbourg, où Air France agit, via sa filiale à 100%, Brit Air.

La Commission garantit outre la non révélation de l'identité de l'auteur de la plainte, la confidentialité de certaines données transmises. Cependant, la Commission rend accessibles au public les documents couverts par le secret professionnel ou le secret des affaires à l'issue d'un délai de trente ans si la personne ou l'entreprise concernée ne s'y oppose pas. Les intéressés sont prévenus par une communication au JOCE et disposent d'un délai de huit semaines pour faire connaître leur opposition.

- Etendue des pouvoirs des autorités communautaires et nationales

La marge d'appréciation des juridictions nationales en présence d'une aide notifiée est nulle, puisque elles n'ont aucune compétence pour se prononcer sur la conformité d'une aide au traité. En présence d'une aide notifiée, seule une action devant la Commission paraît opportune.

- Autorité de la décision

La plaideur qui dispose d'arguments juridiques assez solides pour espérer remporter l'affaire avec une probabilité suffisante, a tout intérêt à agir au niveau communautaire de manière à donner à la décision une autorité propre à inspirer les juridictions nationales. En matière d'aides d'Etat, les mêmes procédés étant fréquemment utilisés dans différents aéroports, il peut paraître opportun de disposer d'une décision de principe susceptible d'être suivie dans les différents cas d'espèce à venir. En revanche, en présence de probabilités plus réduites, il peut être préférable d'agir au niveau national de manière à éviter que ne se généralise une jurisprudence contraire aux intérêts du plaideur en cause.

- Intérêt pour agir

Traditionnellement, les questions relatives aux aides d'Etat, n'intéressent que les relations bilatérales entre l'Etat et la Communauté, plus accessoirement entre les bénéficiaires de l'aide et les tiers. La question des droits des tiers a pris une importance particulière ces dernières années. Ce mouvement d'élargissement du contentieux a également atteint les collectivités territoriales dispensatrices de l'aide. C'est ainsi qu'un arrêt du Tribunal de première instance du 30 avril 1998¹²⁹ a admis le recours en

¹²⁹ TPICE, 30 avril 1998 *Vlaams Gewest c./ Commission T-214/95*, Rec., pp.II-717, point 28

annulation formé par une collectivité territoriale à l'encontre d'une décision de la Commission, alors même que la décision d'incompatibilité avait été adressée à l'Etat. Cette jurisprudence remonte en réalité à un arrêt du 8 mars 1988¹³⁰. Selon certains les entités infra-étatiques n'auraient aucun intérêt à agir dans la mesure où leur intérêt se confondrait avec celui de l'Etat auteur de l'aide. Cet argument n'a pas été retenu par les juges communautaires qui ont considéré que les collectivités décentralisées bénéficiaient bien d'un intérêt propre à agir. En conséquence, une même décision peut être contestée à la fois par les autorités centrales et les collectivités locales¹³¹. Ces largesses du juge communautaire en ce qui concerne l'intérêt à agir des collectivités locales, ne doivent pas occulter l'encadrement relatif de l'action des tiers au niveau communautaire, une action devant le juge national pouvant, dans ce dernier cas, se révéler plus avantageuse.

2.2.intérêt d'une action devant le juge national

2.2.1. questions générales

En l'absence de notification, une action devant le juge national est a priori opportune pour le concurrent du bénéficiaire de l'aide du fait de l'effet direct de l'article 88§3. Mais le juge national est-il tenu de déclarer l'aide illégale et d'exiger son remboursement ? Au sens de la jurisprudence *Syndicat français de l'express international*, le juge national peut constater le caractère illégal de l'aide sans en exiger le remboursement, en présence de circonstances exceptionnelles, rendant la restitution inappropriée. Cependant, en cas de plainte devant la Commission ou de saisine d'office, le remboursement de l'aide pourra être exigé.

En présence d'une aide notifiée il paraît inopportun d'agir devant le juge national. L'article 87 n'étant pas d'effet direct, les juges nationaux empièteraient sur les pouvoirs de la commission.

La coopération entre les autorités nationales et les autorités communautaires en matière d'aides d'Etat a fait l'objet d'une communication de la Commission, le 23 novembre 1995. La Commission y précise « que si les autorités communautaires ne sont pas toujours en mesure d'agir vite pour la préservation des intérêts des tiers dans ce type d'affaires, les juridictions nationales, quant à elles, peuvent être mieux placées pour veiller à ce que les infractions à l'article 93§3 (actuel article 88§3) soient traitées et qu'il y soit mis fin ». Selon la Commission, l'application des règles de concurrence communautaires par les juridictions nationales « présente des avantages considérables pour les particuliers et pour les entreprises ». La Commission ajoute qu'elle ne peut accorder d'indemnisation pour les violations de l'article 93§3 (actuellement 88§3) et que « seules les juridictions nationales sont compétentes en la matière ».

Le système communautaire de contrôle des aides d'Etat accorde de nombreuses garanties au bénéficiaire de l'aide : droit d'exciper de l'illégalité d'une décision de la Commission devant le juge communautaire, absence d'obligation spécifique à la charge du bénéficiaire de l'aide autre que de se conformer à une éventuelle décision de restitution – le bénéficiaire n'a par exemple aucun titre à notifier l'aide reçue à la Commission. Au sens de la jurisprudence communautaire, le bénéficiaire de l'aide ne

¹³⁰ TPICE, 8 mars 1988 Exécutif régional wallon c./ Commission, -62 et 72/87, Rec., p.1573

¹³¹ TPICE, 27 avril 1995, Casillo Grani c./ Commission, Rec., pp. II-375, point 2.

commet pas une négligence en omettant de vérifier si l'aide reçue a été ou non notifiée. Mais dans ce système la situation du tiers concurrent a longtemps été négligée. Celui-ci a rencontré des difficultés tant devant les juridictions communautaires que devant les juridictions internes. Il est davantage considéré comme un facteur d'engorgement des tribunaux que comme une partie dont il conviendrait de protéger les intérêts. Pourtant la Commission, déjà très occupée dans les dernières années, pourrait être submergée après l'élargissement, et le tiers concurrent pourrait constituer une vigie très efficace, complétant le mécanisme institutionnel de contrôle des aides.

Le tiers concurrent s'est néanmoins vu reconnaître certaines possibilités d'action au niveau communautaire. C'est ainsi que la Cour de justice des communautés européennes admet que les concurrents exercent une action en annulation contre les décisions de la Commission rendues en violation des garanties procédurales à deux conditions qui caractérisent la qualité d'intéressé au sens de l'article 88§2 :

- l'entreprise a participé à la première phase de la procédure d'examen de l'aide devant la Commission
- sa position sur le marché est substantiellement affectée par la mesure d'aide.

L'action du tiers concurrent au niveau communautaire demeure donc relativement encadrée. Les tiers concurrent n'ont, au sens de la jurisprudence *British Midland Airways c./ Commission*¹³², que la qualité de partie d'intéressée. Ils n'ont le droit de ce joindre à la procédure que « *dans une mesure adéquate tenant compte des circonstances de l'espèce* ». Ces limitations n'existent, en revanche pas, au niveau national. Dans la mesure où elle emprunterait la forme d'un recours pour excès de pouvoir, l'action d'un tiers concurrent à l'encontre d'une décision d'aide, répond à des conditions beaucoup plus larges, puisque toute personne physique ou morale, dont les droits peuvent être affectés par l'acte administratif, a qualité pour contester devant les juridictions administratives la légalité de cet acte. La jurisprudence administrative est particulièrement libérale en ce qui concerne l'intérêt à agir, puisque il est considéré comme suffisant dès lors qu'il n'est pas «lésé de façon exagérément incertaine ou de façon exagérément indirecte»¹³³. En matière d'aides d'Etat, l'intérêt à agir sera apprécié de manière particulièrement large puisque la jurisprudence *Casanova* affirme que la qualité de contribuable d'une collectivité suffit à donner un intérêt à agir contre toutes décisions susceptibles d'entraîner des dépenses à la charge de cette collectivité.

2.2.2. différents types d'actions possibles

Concrètement, au plan national plusieurs voies d'actions seraient envisageables devant le juge administratif, pour le concurrent du bénéficiaire d'une aide d'Etat :

- l'action en *annulation* : le recours pour excès de pouvoir doit permettre d'attaquer devant le juge administratif la décision de l'Administration d'accorder une aide à un concurrent. Cette action est en principe uniquement possible dans un délai de deux mois. La décision d'octroyer une aide peut par ailleurs être qualifiée de constitutive de droits au sens de la jurisprudence *Dame Cachet*¹³⁴, de sorte que l'Administration ne pourrait en théorie retirer l'aide qu'en cas d'illégalité et dans le délai du recours pour excès de pouvoir. On sait

¹³² TPICE, 25 juin 1998 *British Airways e.a. et British Midland Airways c./ Commission*.

¹³³ René Chapus, *Droit administratif général*, 14^e édition n° 1008

¹³⁴ C.E.3 novembre 1922, *Dame Cachet*

qu'en vertu du principe de primauté du droit communautaire, de telles limitations nationales au principe de récupération des aides non conformes, sont sans effet. De plus, les possibilités d'action du juge national sont alors limitées, puisque son rôle se résume à constater l'illégalité de l'aide dans le cas où elle n'a pas été notifiée. En présence d'une notification, il paraît inutile de saisir un juge national.

- l'action aux fins d'*injonction* : la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation et à la procédure civile, pénale et administrative, en introduisant un article L.8-2 dans le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, donnant au juge administratif la possibilité d'adresser des injonctions à l'administration, contribue également à l'amélioration de la situation du concurrent du bénéficiaire d'une aide d'Etat devant les juridictions nationales.
- l'action en *responsabilité* de l'Etat : l'action pourra être engagée avec profit lorsque l'Etat s'est rendu responsable d'une violation caractérisée du droit communautaire, par exemple en cas de défaut de notification, ou de refus d'engager une procédure de restitution, particulièrement au cas où la récupération de l'aide s'avère impossible, circonstance qui semble de nature à rendre indiscutable l'existence d'un préjudice pour le concurrent. Une jurisprudence abondante considère que les mesures d'ordre économique, prises dans un but d'intérêt général, ne sauraient ouvrir droit à réparation en l'absence d'une faute imputable à l'Etat ou de disposition législative expresse¹³⁵. Il semble que cette jurisprudence doive s'appliquer au cas des aides d'Etat, qui bien que versées, à une entreprise particulière, sont le plus souvent inspirées par des motifs d'intérêt général, tels que la sauvegarde de l'emploi.

Certains auteurs ont songé à engager la responsabilité de l'Etat dispensateur de crédit, en s'inspirant des règles régissant la responsabilité des établissements de crédit. Dans certaines procédures collectives, ce parallèle a pu être accueilli par certains juges¹³⁶, mais il fait peu de cas du particularisme de la responsabilité étatique, qui « n'est ni générale ni absolue »¹³⁷. Il serait sans aucun doute écarté par une juridiction administrative.

Une stratégie attentiste peut également se justifier dès lors que la seule réparation susceptible de résulter d'une action est le remboursement de l'aide, sauf s'il existe en droit national une disposition permettant de rendre le bénéficiaire de l'aide responsable pour avoir accepté une aide qu'il savait illégale¹³⁸ ou si l'on envisage une action en responsabilité contre la puissance publique.

¹³⁵ C.E. 23 janvier 1952, Compagnie des tramways électriques de Limoges, CE 21 juin 1957 Société d'exploitation des établissements Pathé Cinéma.

¹³⁶ Cour d'appel de Rennes, 17 juin 1977, D.1977, IR p.449

¹³⁷ CE, Blanco, 5 février 1873

¹³⁸ CJCE SFEI 11 juillet 1996 C-39/94, Rec. I-3547

Des concurrents ont effectivement pu songer à engager la responsabilité du bénéficiaire de l'aide. La Cour de justice tout en constatant l'absence d'action permettant de rendre le bénéficiaire d'une aide non conforme responsable en droit communautaire, admet qu'il puisse en aller autrement du point de vue des droits nationaux des Etats membres, qui retiendraient la responsabilité du bénéficiaire du fait de « l'acceptation par un opérateur économique d'un soutien illicite de nature à occasionner un préjudice à d'autres opérateurs économiques ».

Le droit français permet-il de déclarer responsable vis à vis de ses concurrents une personne qui en connaissance de cause accepte une aide qu'il sait illégale ? L'on songe à l'application pure et simple de l'article 1382, le fait de violer la loi constitue une faute, et doit logiquement entraîner la responsabilité du bénéficiaire de l'aide, si cette faute cause un préjudice. Toutefois, la preuve de la connaissance de l'illégalité de l'aide sera probablement difficile à rapporter, étant donné la complexité du droit applicable et la circonstance que l'autorité publique ait pu penser valablement attribuer l'aide. Un auteur souligne par ailleurs que le droit français de la concurrence déloyale ne connaît pas jusqu'à présent d'exemple d'une telle responsabilité, la perception d'une aide illégale n'entrant dans aucune des catégories admises de détournement de clientèle ou d'exercice irrégulier d'activité¹³⁹. Cependant un arrêt de la Cour de cassation adopte une position quelque peu différente¹⁴⁰. La proposition faite en 1990 suite à un appel d'offres pour l'extension de l'aéroport de Marseille Marignane ayant été rejetée au profit d'un moins disant italien, le soumissionnaire évincé, estimant que le jeu de la libre concurrence avait été faussé du fait de l'offre retenue très inférieure à celle des autres candidats, n'avait pu être faite qu'en raison des aides directes ou indirectes de l'Etat italien, a assigné la société étrangère en concurrence déloyale. Parallèlement, le candidat évincé est intervenu dans une procédure que la Commission venait de diligenter sur le fondement de l'article 88§3 du Traité, pour le soutien apporté au commissionnaire retenu, filiale d'une société elle-même filiale à 100% d'un groupe public italien, grâce à des aides diverses destinées à compenser ses lourdes pertes. La Cour de cassation a approuvé le rejet par la Cour d'appel d'une action en concurrence déloyale dirigée contre le bénéficiaire d'une aide d'Etat par le concurrent au motif d'une part, que le caractère restrictif de concurrence de l'aide publique n'était pas établi et d'autre part que la preuve n'était pas rapportée que l'octroi de l'aide et le préjudice allégué par le concurrent. Cet arrêt interprété a contrario paraît signifier que l'action en concurrence déloyale pour l'obtention d'une aide d'Etat non conforme doit être admise, dès lors que l'effet restrictif de concurrence et le lien de causalité entre l'aide et le préjudice sont suffisamment établis.

¹³⁹ Dominique Berlin, *Au carrefour des droits*, p.251

¹⁴⁰ Cass. com, 15 juin 1999, *Etablissement J. Richard Ducros*, JCP édition G 1999, IV, n° 2485

Bibliographie :

Dictionnaire permanent Droit des affaires de l'Union européenne, Francis Lefebvre

Revue du Marché unique de l'Union européenne, n° 404 janvier 1997

Karpenshchif, *Revue trimestrielle de droit européen*, , juillet –septembre 2001

Trotabas, *Dalloz* 1959 J. 476

Guide pratique des aides d'Etat, Ed. Bruylant 2001

René Chapus *Droit administratif général*, Domat, 14^e édition

L'Expansion, juin 2003 n° 676 p.120

Libération, 19 mai 2004, p.22

Dominique Berlin *Le contrôle des aides d'Etat, Au carrefour des droits*, in *Mélanges Stoufflet*

Pierre Frühling, *Le contrôle des aides d'Etat dans le secteur du transport aérien*

Rapport de la Commission au conseil sur les aides existantes dans le secteur du transport aérien, 19 mars 1992

Rapport du Conseil d'Etat, Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public du 24 octobre 2002, La documentation française

Communication de la Commission du 10 décembre 1994, discipline des aides d'Etat dans le secteur du transport aérien.

Communication de la Commission du 10 octobre 2001, concernant les régimes d'aides au transport aérien envisagés par les Etats membres après le 11 septembre 2001

Communication de la Commission du 6 mars 1996, sur la collaboration entre les juridictions nationales et la Commission en matière d'aides d'Etat

Communiqué de presse IP 04/157, *Avec la décision sur l'aéroport de Charleroi, la Commission promeut l'activité des compagnies à bas coût et le développement régional*

Lignes directrices pour renforcer l'action de l'Union en faveur de l'emploi – 20/21 novembre 1997

Droit communautaire et international des subventions, le cas de l'aéronautique civile, J. Marc Thouvenin, Actes du colloque du 5 novembre 1999, *Le contrôle des aides publiques à l'aéronautique civile, le point des réglementations communautaires et internationales*, PUF 2001

R. Behboodi, *Industrial Subsidies and friction in World Trade*

J.Y. Chérot, *Les aides d'Etat dans les Communautés européennes*

Jean François Lachaume, Claudie Boiteau et Hélène Paulia, *Grands services publics*, Ed. Armand Collin, 2^{ème} édition, p.351

Jean Rivero, *Etat de droit , état du droit*, in *Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996

Eric Halphen, *Sept ans de solitude*, Folio documents, 2002

C. Bluman, *Revue de la concurrence et de la consommation*, n° 133, mai juin 2003

L.Gyselen, *La transparence en matière d'aides d'Etat : les droits des tiers*, Cahiers de droit européen, p.430

M.C. Boutard Labarde, G. Canivet, *Droit français de la concurrence*, LGDJ, 1994, p.262

Petites affiches, 1^{er} août 2000, n° 152, p.13

Annexes

LES DESSERTES AERIENNES BENEFICIANT D'AIDES PUBLIQUES EN FRANCE

I. LES LIAISONS EXPLOITEES AVEC LA PARTICIPATION DU FIATA AU 1^{ER} JANVIER 2004

<i>Liaisons radiales</i>	10
Agen - Paris (Orly)	
Aurillac - Paris (Orly)	
Bergerac – Paris (Orly)	
Brive - Paris (Orly)	
Béziers –Paris (Orly)	
Castres - Paris (Orly)	
Cherbourg – Paris (Orly)	
La Rochelle – Paris (Orly) ¹⁴¹	
Le Puy - Paris (Orly)	
Périgueux - Paris (Orly)	
<i>Liaisons transversales</i>	4
Brest – Ouessant	
Castres - Rodez – Lyon	
Lorient – Lyon	
Tours – Lyon	
<i>Liaisons Outremer</i>	7
Saint-Pierre – Montréal (Canada)	
Saint-Pierre – Halifax (Canada)	
Saint-Pierre – Sydney (Canada)	
Saint-Pierre – St John's (Canada)	
Cayenne – St Georges	
Cayenne – Maripasoula	
Cayenne – Saül	
Total	21

Six transporteurs (Régional, Hex'Air, Finist'Air, Airlinair, Twin Jet et Air Littoral) exploitent avec la participation financière du FIATA les quatorze liaisons métropolitaines, et deux transporteurs (Air Guyane SP et Air Saint Pierre) exploitent les sept liaisons outre-mer.

¹⁴¹ liaison interrompue depuis le 5 janvier 2004

II. CONTINUITÉ TERRITORIALE AVEC LA CORSE

DEPUIS 1991, L'ORGANISATION DES TRANSPORTS AÉRIENS ENTRE LA CORSE ET LA FRANCE CONTINENTALE RELEVE DE LA COMPÉTENCE DE LA COLLECTIVITÉ TERRITORIALE DE CORSE. DANS CE CADRE, LA COLLECTIVITÉ TERRITORIALE DE CORSE IMPOSE DES OBLIGATIONS DE SERVICE PUBLIC SUR CERTAINES LIAISONS AÉRIENNES, ET PEUT ÉGALEMENT ÉTABLIR DES RÉGIMES D'AIDES INDIVIDUELLES À CARACTÈRE SOCIAL POUR CERTAINES CATEGORIES DE PASSAGERS.

Des obligations de service public ont été imposées, assorties d'aides financières de la collectivité territoriale, sur les liaisons suivantes entre la Corse et le continent :

En 2002, 18 M€ ont été affectés, dans le cadre des délégations de service public, par la collectivité territoriale de Corse aux liaisons entre Paris et la Corse, soit 20,1 € par passager.

La collectivité territoriale de Corse a également versé, dans le cadre des aides individuelles à caractère social, aux transporteurs assurant les dessertes entre les aéroports continentaux régionaux et la Corse, environ 27,4 M€, soit approximativement 43 € par passager aidé, sachant qu'environ 60 % des passagers de ces liaisons en bénéficient.

III. liste des liaisons faisant l'objet d'obligations de service public et non exploitées

<u>LIAISONS RADIALES</u>	<u>DATE DES OSP</u>	Remarques
albi – paris	28 octobre 1995	Non exploitée depuis septembre 1995
MONTBELIARD – PARIS	30 décembre 1995	Non exploitée depuis 1983
montlucon – paris	15 décembre 2001	Non exploitée depuis décembre 2000
ROANNE – PARIS	12 juillet 2002	Non exploitée depuis avril 2002
ROCHFORT - PARIS	12 juillet 2002	Non exploitée depuis août 1996
SAINT-BRIEUC – PARIS	7 mars 2003	Non exploitée depuis 2001
<u>LIAISONS TRANSVERSALES</u>	<u>DATE DES OSP</u>	<u>Remarques</u>
la rochelle – poitiers	1 ^{er} septembre 1995	Non exploitée depuis octobre 1989
AUBAGNE - MARSEILLE	30 décembre 1995	Jamais exploitée
RENNES – LILLE	25 mai 1996	Non exploitée depuis décembre 2002
PAU – NANTES	28 juin 1996	Non exploitée depuis avril 2002
PAU – CLERMONT-FERRAND	7 septembre 1996	Non exploitée depuis octobre 2002
REIMS – BORDEAUX	23 décembre 1997	Non exploitée depuis octobre 1993
LE HAVRE-ROUEN-STRASBOURG	16 avril 1998	Non exploitée depuis octobre 1997
SAINT-BRIEUC – NANTES	14 août 1999	Non exploitée depuis décembre 2000
REIMS – CLERMONT-FERRAND	6 mars 2001	Jamais exploitée
REIMS - LYON	27 mars 2002	Non exploitée depuis octobre 1997

