

Sous la direction de
Christophe Lemaire
Francesco Martucci

Laurence Idot

Concurrence et Europe *Liber Amicorum* Volume II

Avant-propos de Bruno Lasserre
Préface de Christophe Lemaire et Francesco Martucci

Rafael Amaro, Joan Anfossi-Divol, Linda Arcelin, Loïc Azoulai, Martine Behar-Touchais, Jean-Sylvestre Bergé, Frédérique Berrod, Matthieu Blayney, Chahira Boutayeb, Dominique Bureau, Jean-Yves Chérot, Daniel Cohen, Philippe Delebecque, Pierre Garenne, Lénaïc Godard, Loïc Grard, Jeremy Heymann, Caroline Houin-Bressand, Vincent Jaunet, Gérard Jazottes, Jean-Philippe Kovar, Jacques Larrieu, Irène Luc, Francine Macorig-Venier, Corinne Mascala, Michel Menjuçq, Aymeric de Moncuit, Marie-Hélène Monsérié-Bon, Paul Nihoul, Cyril Nourissat, Olivier d'Ormesson, Étienne Pataut, Isabelle Pingel, Valérie Pironon, Catherine Prieto, Jacqueline Riffault-Silk, Sophie Robin-Olivier, Stéphane Rodrigues Domingues, Corinne Saint-Alary-Houin, Etienne Thomas, Pierre Zelenko



Concurrences
Antitrust Publications & Events

Demain les aides d'État ?

AYMERIC DE MONCUIT*

Mayer Brown

Résumé

Les aides d'État ont été, pendant longtemps, le « parent pauvre » du droit de la concurrence. Si la dernière décennie restera probablement celle des abus de position dominante avec les enquêtes de la Commission contre les géants du numériques, les années qui viennent marqueront vraisemblablement l'arrivée des aides d'État, au rang des préoccupations majeures à Bruxelles. Plusieurs raisons expliquent cela. De façon générale, dans une économie globalisée, l'équité dans la concurrence passe autant par la régulation de la concurrence entre les entreprises que par la régulation de la concurrence entre les États, de sorte à ce qu'aucun État ne favorise indûment ses champions nationaux. Or, cet objectif holistique d'instauration d'un « level playing field » entre États est au cœur du droit des aides. À cet aspect holistique, s'adjoint une dimension plus conjoncturelle. D'une part, une évolution de la politique de concurrence, le niveau d'aides accordées est amené à croître significativement avec le Green deal de la Commission européenne qui prévoit l'octroi de 1000 milliards d'euros d'aides jusqu'en 2050, ce à quoi s'ajoute, au niveau réglementaire, un élargissement du champ du droit des aides d'État (entendu au sens large) avec le règlement sur les subventions étrangères en préparation à la Commission. D'autre part, une évolution jurisprudentielle, tant au niveau des juridictions de l'Union que des juridictions nationales, tendant à assouplir les conditions pour introduire des recours contre les aides d'État indûment accordées à des concurrents et en faciliter l'indemnisation pour les concurrents lésés. Cette lame de fond avec Bruxelles et Luxembourg pour toile de fond conduit l'auteur à une conclusion « Demain les aides d'État ? ».

* Associé du cabinet Mayer Brown à Bruxelles, ancien référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Les propos tenus dans le présent article sont purement personnels et ne reflètent pas nécessairement la vision de la CJUE. L'article a été achevé le 16 décembre 2021.

Peu ou pas enseigné dans les universités, peu commenté dans la littérature juridique, méconnues des praticiens des barreaux nationaux et des entreprises, le droit des aides d'État a été, pendant longtemps, le « parent pauvre » du droit de la concurrence.

Il est vrai que les aides d'État revêtent une spécificité propre, difficile à appréhender d'un point de vue de juriste « concurrence », et un « coût d'entrée » certain. Contrairement aux pratiques anticoncurrentielles, elles visent non seulement la concurrence entre les entreprises, mais également la concurrence entre les États¹. La partie principale est, ainsi, l'État dispensateur de l'aide ; le bénéficiaire n'est qu'une partie « intéressée » à la procédure qui jouit de droits restreints. Pourtant, le contentieux suscité par les aides d'État est vaste. Il concerne, bien entendu, devant les juridictions de l'Union, la question de la compatibilité de l'aide avec le droit de la concurrence, ce que l'on pourrait qualifier de question de fond et, au niveau national, la question de savoir si l'aide a bien été notifiée (légalité de l'aide), ainsi que la question cruciale, en pratique, de sa récupération par les autorités nationales. L'éventuel préjudice aux concurrents causé par l'attribution de l'aide est aussi une question qui relève de la compétence du juge national. Statistiquement, les aides d'État sont l'un des contentieux les plus fournis devant la Cour de justice de l'Union européenne avec une cinquantaine d'affaires par an² parmi plusieurs centaines traitées par la direction générale Concurrence de la Commission³. En France, chaque année, une bonne demi-dizaine de mesures d'aides fait l'objet d'une procédure d'examen approfondie devant la Commission (phase 2). Le secteur de l'énergie est souvent concerné par ces procédures, comme celui du transport⁴.

Le nombre d'aides accordées par les États a atteint un niveau sans précédent avec la pandémie⁵. La Commission les a, en général, généreusement autorisées, compte tenu de l'intensité de la crise et de l'urgence à remédier à une perturbation grave de l'économie⁶. On peut penser que ce mouvement amorcé par la crise du COVID-19 va s'intensifier dans les années qui viennent, et ce, pour plusieurs raisons : tout d'abord, en raison du Green Deal (pacte vert) de la Commission, qui va jouer un rôle de catalyseur avec 1 000 milliards d'euros d'aides accordés

1 V. l'article de J. Webber, « State Aid and Sustainability », in S. Holmes, D. Middelschulte et M. Snoep (dir.), *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*, New York, Concurrences, 2021. Comme l'indique cet auteur, avant l'arrêt du 12 juillet 1973, *Commission c/ Allemagne* (aff. 70/72, EU:C:1973:87), aucune conséquence ne s'attachait pour l'entreprise au caractère illégal de l'aide.

2 Rapport annuel de la CJUE 2020, p. 361.

3 Évaluation réalisée sur la base des chiffres figurant sur la base de données de la Commission, <https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&policy_area_id=3>. En 2020, en raison de la pandémie, ce chiffre est monté à près d'un millier.

4 *Ibid.*

5 V. la note de bas de page n° 3.

6 V. Communication de la Commission, « Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19 », *JOUE* n° C 911 du 20 mars 2020, p. 1. V. égal. A. de Moncuit, « How might the Covid-19 crisis change the dynamics of competition law? », in « Competition law and health crisis », *Concurrences* n° 2-2020, art. n° 94262, .

jusqu'en 2050⁷ ; ensuite, en raison de la mise en place, par la Commission, d'un nouvel instrument de contrôle de la concurrence entre États, le contrôle des subventions étrangères ; enfin, parce que les tribunaux vont progressivement faire sauter les freins qui s'opposaient au développement du contentieux des aides d'État, tant au niveau européen, s'agissant de la recevabilité des recours introduits à leur encontre, que national, s'agissant d'actions en dommages et intérêts liées à leur attribution.

I. Évolution de la politique de concurrence

1. Au niveau sectoriel : Le *Green Deal*

La Commission européenne devrait assouplir les conditions pour permettre aux États d'accorder des aides aux entreprises souhaitant s'engager dans une démarche plus environnementale. Ainsi, un projet de révision des « lignes directrices concernant les aides d'État à l'énergie et à l'environnement »⁸ (« EEAG » en anglais) est en cours, et la mouture finale du nouveau texte devrait voir le jour à la fin de 2021. Ce texte donnera plus de souplesse aux États membres pour accorder des aides d'État et, ainsi, permettre au Green Deal de déployer sa pleine mesure. Afin de refléter l'importance accrue de la protection du climat, les lignes directrices révisées seront renommées les « lignes directrices concernant les aides d'État en faveur du climat, de l'énergie et de l'environnement » (« CEEAG » en anglais). Dans ce contexte, la Commission propose d'élargir le champ d'application des lignes directrices afin de soutenir de nouveaux domaines (comme la mobilité propre, l'efficacité énergétique des bâtiments, la circularité et la biodiversité) et toutes les technologies susceptibles de mettre en œuvre le Green Deal, y compris le soutien aux énergies renouvelables. Le règlement général d'exemption par catégorie est lui aussi en cours de modification⁹, notamment, pour élargir les possibilités qu'ont les États membres de soutenir différents types de projets « verts ».

Est-ce à dire que toutes les aides d'État comportant une dimension environnementale seront exemptées ou autorisées sur la base de ces nouveaux textes ? La réponse est bien entendu négative. Le respect des normes environnementales et, le cas échéant, leur dépassement constitueront, dans les années qui viennent,

7 Communication de la Commission, « Plan d'investissement pour une Europe durable – Plan d'investissement du pacte vert pour l'Europe », COM(2020) 21 final, 14 janvier 2020.

8 V. Comm. eur., communiqué IP/21/2784 du 7 juin 2021, « Aides d'État : la Commission invite les parties intéressées à présenter leurs observations sur la proposition de projet de lignes directrices concernant les aides d'État en faveur du climat, de l'énergie et de l'environnement », <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/FR/ip_21_2784>. V. égal. Comm. eur., « Guidelines on State aid for climate, environmental protection and energy 2022 », <https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-06/CEEAG_Draft_communication_EN.pdf>.

9 V. Comm. eur., communiqué IP/21/5027 du 6 octobre 2021, « Aides d'État : la Commission invite les parties intéressées à présenter leurs observations sur le projet de proposition visant à faciliter davantage la mise en œuvre de mesures d'aide favorisant la transition écologique et numérique », <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_5027>.

un paramètre important de la concurrence, dans la mesure où la demande des consommateurs se portera progressivement vers les produits et services les plus verts. Dès lors, les aides permettant à une entreprise de bénéficier d'un « avantage » sélectif par rapport à ses concurrents en termes de protection de l'environnement pourront toujours être considérées comme restrictives de concurrence. La récente amende infligée à Volkswagen, Daimler et BMW pour des pratiques qu'elles avaient mises en place pour éviter de se faire concurrence, en allant au-delà de ce qui était exigé par la législation en matière d'épuration des gaz d'échappement¹⁰, l'illustre avec force.

Les secteurs concernés par les aides seront nombreux. Il s'agira, au premier chef, comme cela l'est depuis de nombreuses années, du secteur de l'énergie¹¹. L'industrie sera également concernée, et en particulier les industries lourdes, comme l'acier et le ciment. Il s'agira de favoriser le recyclage des déchets toxiques créés par ces grandes entreprises et leur « décarbonation »¹². Les aides concerneront aussi l'agriculture¹³ ; il est d'ailleurs intéressant de constater qu'une grande partie du budget de l'Union précédemment affecté à la PAC sera réinjecté dans le Green Deal, dans le cadre du programme « Farm to Fork ». Les aides concerneront des domaines spécifiques comme la réduction de 50 % des pesticides et de 20 % des engrais¹⁴. Les produits chimiques, tels que les produits pharmaceutiques qui polluent l'environnement, seront aussi concernés¹⁵. Les aides viseront enfin la mobilité durable comme l'adoption de carburants durables et de substitution dans les transports routiers, maritimes et aériens, les systèmes intelligents de gestion du trafic, et les bornes de recharge pour les véhicules électriques¹⁶. Ce sont donc des pans entiers de l'industrie française et européenne qui feront l'objet de subventions pendant de nombreuses années.

2. Au niveau réglementaire : La proposition de règlement relatif aux subventions étrangères

Le centre de gravité du droit de la concurrence est appelé à se déplacer d'une logique européenne à une logique mondiale. En effet, la Commission a récemment publié une proposition de règlement relatif aux subventions étrangères faussant

10 V. Comm. eur., communiqué IP/21/3581 du 8 juillet 2021, « Pratiques anticoncurrentielles : la Commission inflige à des constructeurs automobiles une amende de 875 millions pour restriction de la concurrence concernant l'épuration des gaz d'échappement émis par les nouvelles voitures à moteur diesel », <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_3581>.

11 Communication de la Commission, « Le pacte vert pour l'Europe », COM(2019) 640 final, du 11 décembre 2019, section 2.1.2, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0640&from=EN>>.

12 *Ibid.*, section 2.1.3.

13 *Ibid.*, section 2.1.6

14 Communication de la Commission, « A Farm to Fork Strategy for a fair, healthy and environmentally-friendly food system », COM(2020), 381 final, 20 mai 2020.

15 *Ibid.*, section 2.1.8.

16 *Ibid.*, section 2.1.5.

le marché intérieur¹⁷. Il s'agit, comme pour les aides d'État, de contrôler la concurrence entre États mais, fait nouveau, entre États étrangers et États membres de l'Union et non plus entre les États membres de l'Union. On peut voir là une mesure teintée de protectionnisme en réaction aux critiques touchant la Commission, selon lesquelles plutôt que de « surréguler » les entreprises européennes, la Commission devrait s'occuper des entreprises battant pavillon étranger. L'échec de l'opération *Siemens/Alstom*¹⁸, alors que des concurrents chinois existaient et faisaient visiblement peser une menace, à moyen terme, sur les parties notifiantes, n'est sans doute pas pour rien dans la mise en place de ce mécanisme, comme le Brexit ou enfin la menace représentée par la Chine.

La proposition de règlement est fondée sur la politique commerciale (art. 207 TFUE) et la politique du marché intérieur (art. 114 TFUE) et couvre trois situations dans lesquelles les subventions étrangères sont susceptibles de fausser le marché intérieur : (i) en subventionnant les activités d'une entreprise opérant dans l'Union¹⁹ ; (ii) en subventionnant l'acquisition d'entreprises de l'Union²⁰ ; (iii) en subventionnant un soumissionnaire dans le cadre d'un marché public dans l'Union²¹. Il est intéressant de constater que la notion de « subventions étrangères » qui est reprise dans ce texte est la même que celle qui s'applique en matière d'aides d'État²².

Le règlement propose l'introduction de trois outils :

- un outil général pour enquêter sur toutes les situations de marché, ainsi que sur les petites concentrations et les procédures de marchés publics, que la Commission peut lancer de sa propre initiative (*ex officio*)²³ ;
- un outil à base de notification pour enquêter sur les concentrations impliquant une contribution financière d'un gouvernement non européen, lorsque le chiffre d'affaires dans l'UE de la société à acquérir (ou d'au moins une des parties à la concentration) est égal ou supérieur à 500 millions d'euros et que la contribution financière étrangère est d'au moins 50 millions d'euros²⁴ ;

17 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur, 2021/0114 (COD), COM(2021) 223 final, 5 mai 2021.

18 Comm. eur., déc. du 6 février 2019 déclarant une concentration incompatible avec le marché intérieur et avec le fonctionnement de l'accord EEE, *Siemens/Alstom*, aff. M.8677 [notifiée sous le numéro C(2019) 921] ; v. aussi J.-M. Cot, « Interdiction : La Commission européenne interdit un projet d'acquisition sur le marché des trains à très grande vitesse et des systèmes de signalisation ferroviaires (*Siemens / Alstom*) », 6 février 2019, *Concurrences* n° 4-2019, art. n° 92268, pp. 125-128.

19 Chap. 2 de la proposition de règlement.

20 Chap. 3 de la proposition de règlement.

21 Chap. 4 de la proposition de règlement.

22 Art. 2 de la proposition de règlement.

23 Chap. 2 de la proposition de règlement.

24 Art. 18 de la proposition de règlement.

- un outil également à base de notification pour enquêter sur les offres dans les marchés publics impliquant une contribution financière d'un gouvernement non européen, lorsque la valeur estimée du marché est égale ou supérieure à 250 millions d'euros²⁵.

Les subventions étrangères vont, dans un premier temps, innover les procédures en matière de concentrations. Ce n'est plus seulement la structure de l'opération qu'il faudra contrôler et ses effets sur le marché en termes de concurrence, mais les aides qui l'ont rendue possible et, indirectement, la légitimité de l'objectif à la base de ces subventions, lequel aura souvent une dimension géopolitique. Il s'agira donc de se demander quel est l'intérêt qui sous-tend la subvention en cause pour acquérir une entreprise européenne ou participer à un appel d'offres sur le territoire européen, et si cet intérêt est légitime au regard des propres intérêts de l'Union. Le premier outil d'enquête générale et *ex officio*, en particulier, pourrait également s'avérer particulièrement puissant dans la mesure où il donnera à la Commission le pouvoir de contrôler des concentrations ou des marchés non notifiables mais qui peuvent revêtir un intérêt stratégique. Le procédé est le même que celui qui a présidé à la mise en place du mécanisme de renvoi de l'article 22 du règlement (CE) n° 139/2004²⁶ pour les concentrations en dessous des seuils – contrôler des opérations dont l'intérêt stratégique ne peut pas être appréhendé à travers des critères chiffrés. Le même débat que celui suscité par l'opération *Illuminal/GRAIL*²⁷ pourrait ressurgir ainsi que les questions y afférentes de sécurité juridique.

II. Évolution de la jurisprudence

1. Sur la forme : Recevabilité des recours en matière d'aides d'État

La recevabilité des recours en annulation contre des aides individuelles accordées à des concurrents est l'un des sujets où la jurisprudence du Tribunal ne fait pas l'unanimité. Rappelons que deux types de recours peuvent être introduits par les concurrents à l'encontre d'une aide individuelle : d'une part, un recours fondé sur une violation des droits procéduraux, dirigé contre la décision de la Commission de ne pas ouvrir la procédure formelle d'examen prévue à l'article 108, paragraphe 2, TFUE (phase 1) et, d'autre part, un recours pour contester la légalité au fond de la décision de la Commission prise à l'issue de la phase préliminaire d'examen (décision constatant l'absence d'aide d'État ou décision de ne pas soulever d'objections) ou de la procédure formelle d'examen

25 Art. 27, § 2, de la proposition de règlement.

26 Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE* n° L 24 du 29 janvier 2004, p. 1.

27 V. Comm. eur., communiqué P/21/4322 du 20 août 2021, « Concentrations : la Commission ouvre une enquête sur une possible violation de l'obligation de suspension dans l'opération *Illuminal/GRAIL* », <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_21_4322>.

(décision positive ou décision négative) (phase 2)²⁸. En substance, en fonction de la phase procédurale où la décision est adoptée, les conditions de recevabilité varient.

Chacun de ces deux régimes a fait l'objet de critiques nourries de la part de l'auteur de ces lignes²⁹ mais également plus globalement de la doctrine³⁰ et d'avocats généraux³¹. Les critiques que nous avons formulées sur l'interprétation trop stricte de la notion d'« affectation substantielle » de la position concurrentielle dans le cadre des décisions adoptées à la suite de la procédure formelle d'examen ont été reprises par l'avocat général dans l'affaire *Deutsche Lufthansa*³². Nous soutenions, à l'instar d'une frange importante de la doctrine, que la preuve de l'affectation substantielle était devenue une *probatio diabolica*³³ qui ne pouvait que susciter des interrogations au regard du principe de protection juridictionnelle effective et propositions de revenir aux sources de la jurisprudence de la Cour, à savoir les arrêts *Cofaz*³⁴ et *British Aggregates*³⁵. Nous entrevoyions toutefois la « possibilité d'une île » à la suite de l'arrêt *Montessori*, qui assouplissait de façon significative les conditions de recevabilité en matière de régimes d'aides, et anticipions une harmonisation avec les aides individuelles³⁶.

C'est bien ce chemin qu'a emprunté la Cour dans l'arrêt *Deutsche Bahn*, en considérant, de façon importante, à la suite des conclusions de l'avocat général, qui invitait à revenir à une approche plus souple de la jurisprudence³⁷, que « l'atteinte substantielle à la position concurrentielle du requérant sur le marché en cause résulte non pas d'une analyse approfondie des différents rapports de concurrence sur ce marché, permettant d'établir avec précision l'étendue de l'atteinte à sa position concurrentielle, mais, en principe, d'un constat *prima facie* que l'octroi de la mesure visée par la décision de la Commission conduit à porter

28 A. de Moncuit et V. Noël, « Recevabilité des recours introduits par les concurrents en matière d'aides d'État après l'arrêt *Montessori* – La possibilité d'une île », *Concurrences* n° 4-2019, art. n° 92113, pp. 222-230.

29 V. A. de Moncuit et J. I. Signes de Mesa, *Droit procédural des aides d'État*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 162, et art. préc. à la note de bas de page n° 28.

30 V. S. Thomas, « Le rôle des concurrents dans les procédures judiciaires concernant des régimes d'aides d'État ou des aides individuelles. *Montessori* : le début d'une révolution ? », *Revue des affaires européennes*, 2019, n° 2, p. 264.

31 V. conclusions AG Jacobs, 24 février 2005, *Commission c/ Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, aff. C-78/03 P, EU:C:2005:106, pts 101 à 102 et 138 à 141 ; conclusions AG Bot, 6 mars 2008, *Allemagne e.a. c/ Kronofrance*, aff. jtes C-75/05 P et C-80/05 P, EU:C:2008:140, pts 68 à 76 ; conclusions AG Mengozzi, 17 juillet 2008, *British Aggregates c/ Commission*, aff. C-487/06 P, EU:C:2008:419, pts 54 à 88.

32 V. conclusions AG Szpunar, 27 octobre 2020, *Deutsche Lufthansa c/ Commission*, aff. C-453/19 P, EU:C:2020:862, faisant référence à notre ouvrage à la note de bas de page n° 20 référencée au pt 51.

33 *Ibid.*

34 CJCE, 28 janvier 1986, *Cofaz e.a. c/ Commission*, aff. 169/84, EU:C:1986:42, pts 24 et 25.

35 TPICE, 13 septembre 2006, *British Aggregates c/ Commission*, aff. T-210/02, EU:T:2006:253 ; v. aussi A. Alexis, « Sélectivité : Le TPICE juge qu'une écotaxe qui frappe l'extraction de granulats vierges et exonère les granulats de récupération est justifiée par la nature et l'économie de la taxe (*British Aggregates Association*) », 13 septembre 2006, *Concurrences* n° 4-2006, art. n° 12565, p. 107.

36 V. art. préc. à la note de bas de page n° 28.

37 Préc. à la note de bas de page n° 32.

substantiellement atteinte à cette position »³⁸, avant de conclure que « *cette condition peut être satisfaite dès lors que le requérant apporte des éléments permettant de démontrer que la mesure en cause est susceptible de porter substantiellement atteinte à sa position sur le marché concerné* »³⁹, parmi ces éléments figurant non seulement « *une dégradation des performances commerciales ou financières* » mais également « *une évolution moins favorable* »⁴⁰ que celle qui aurait été enregistrée en l'absence de l'aide. En l'espèce, la Cour censure donc le Tribunal pour avoir demandé des éléments de preuve qui n'étaient pas requis par la jurisprudence, tout en confirmant le constat d'irrecevabilité opéré par le Tribunal, faute pour le requérant d'avoir démontré un « préjudice » causé par l'aide et, notamment, « *la preuve des chevauchements allégués entre ses propres offres et celles de Ryanair* »⁴¹ sur les liaisons aériennes en cause.

La même évolution se dessine en ce qui concerne la recevabilité des recours introduits par les requérants qui souhaitent contester une décision de la Commission de ne pas ouvrir de procédure formelle d'examen. Dans deux arrêts récents, le Tribunal, réuni en formation élargie, a considéré que la possibilité d'introduire de tels recours n'était pas limitée aux entreprises en situation de concurrence directe avec le bénéficiaire de l'aide. En particulier, dans l'arrêt *DEI/Commission*⁴², le Tribunal a expressément indiqué que l'argument de la Commission selon lequel il convient d'exclure de la notion d'« intéressé » des personnes ne se trouvant pas dans une relation concurrentielle avec le bénéficiaire de l'aide en cause devait être rejeté. Le Tribunal a jugé que, au contraire, pour pouvoir être qualifiées de parties intéressées, il suffisait que des personnes fassent valoir que leurs intérêts pourraient être affectés par l'octroi de l'aide⁴³. Toutefois, comme le Tribunal l'a rappelé dans l'arrêt dit des « pêcheurs bretons »⁴⁴, la notion de concurrence indirecte n'est pas extensible à l'infini. Ainsi, une coopérative d'artisans pêcheurs n'est pas recevable à contester une aide attribuée à des exploitants de parcs éoliens en mer au motif qu'ils seraient en concurrence avec les pêcheurs de ladite coopérative pour l'accès

38 CJUE, 15 juillet 2021, *Deutsche Lufthansa c/ Commission*, aff. C-453/19 P, EU:C:2021:608, pt 58 ; v. aussi B. Stromsky, « Recevabilité : La Cour de justice de l'Union européenne confirme l'irrecevabilité d'un recours en annulation contre une décision finale déposé par un requérant dont la position concurrentielle n'est pas substantiellement affectée (*Deutsche Lufthansa*) », 15 juillet 2021, *Concurrences* n° 4-2021, art. n° 103370, pp. 110-111.

39 *Ibid.*, pt 59.

40 *Ibid.*, pt 61.

41 *Ibid.*, pt 67.

42 Trib. UE, 22 septembre 2021, *DEI c/ Commission*, aff. jtes T-639/14 RENV, T-352/15 et T-740/17, EU:T:2021:604 ; v. aussi B. Stromsky, « Opérateur privé : Le Tribunal de l'Union européenne estime qu'une décision d'arbitrage sollicitée par les deux parties à un litige est assimilable au jugement d'une juridiction ordinaire et qu'elle est donc susceptible de constituer un acte d'octroi d'une aide d'État (*DEI*) », 22 septembre 2021, *Concurrences* n° 4-2021, art. n° 103427, pp. 134-136.

43 *Ibid.*, pts 82-83.

44 Trib. UE, 15 septembre 2021, *CAPA e.a. c/ Commission*, aff. T-777/19, EU:T:2021:588 ; v. aussi R. Vuitton, « Aide compatible : Le Tribunal de l'Union européenne rejette comme étant irrecevable le recours introduit par des pêcheurs français contre la décision de la Commission européenne déclarant compatibles avec le marché intérieur les aides d'État octroyées par la France à six parcs éoliens en mer (*CAPA*) », 15 septembre 2021, *Concurrences* n° 4-2021, art. n° 103423, pp. 131-133.

et l'usage de l'espace maritime, lequel constituerait une « matière première » commune aux activités en cause. Ceci dit, rien n'exclut un nouvel assouplissement de la notion de « concurrent » en matière d'aides, l'évolution allant vers une ouverture toujours plus grande du for européen.

2. Sur le fond : Bien-fondé des demandes d'indemnisation des actions en réparation du préjudice causé par l'octroi d'une aide d'État

À ce jour, seules quelques demandes de dommages et intérêts ont abouti à la suite de l'octroi d'une aide d'État incompatible⁴⁵, bien que de telles actions soient courantes dans d'autres domaines du droit de la concurrence⁴⁶. Une étude publiée en 2019 par la Commission européenne⁴⁷ souligne que la charge de la preuve pour les demandeurs dans les actions en dommages et intérêts en matière d'aides d'État est « plutôt élevée » et que des orientations pratiques de la Commission sur les techniques économiques pourraient contribuer à faciliter l'introduction de ces demandes en réparation avec succès.

La pandémie de COVID-19 a entraîné une réaction sans précédent des gouvernements européens pour soutenir leurs économies et éviter une crise économique et financière profonde et prolongée. Cette réaction a été accompagnée, et dans une certaine mesure favorisée, par la réaction rapide et de grande envergure de la Commission européenne en termes de modifications des règles relatives aux aides d'État, telles que l'adoption du cadre temporaire⁴⁸. Un certain nombre de décisions de la Commission européenne approuvant des mesures en tant qu'aides compatibles sont déjà contestées devant le Tribunal⁴⁹. Après la crise financière de 2008 et la vague d'aides d'État qu'elle avait déclenchée dans toute l'Europe, le nombre d'affaires d'aides d'État portées devant les juridictions nationales avait considérablement augmenté (sans qu'un nombre correspondant de dommages et intérêts soit accordé) dans toute l'Europe au début des années 2010. Compte tenu de l'ampleur sans précédent des aides d'État fournies pour faire face à l'impact de la pandémie de COVID-19, on peut raisonnablement s'attendre à une augmentation du nombre de demandes d'indemnisation au titre des aides d'État dans les années à venir⁵⁰.

Les difficultés auxquelles sont confrontés les plaignants pour introduire des actions en réparation dans le domaine des aides d'État sont triples⁵¹. Tout d'abord,

45 Comm. eur., 2019, « Study on the enforcement of State aid rules and decisions by national courts: Final Study », p. 8, <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0219428enn.pdf>>.

46 J.-F. Laborde (2019), « Cartel damages action in Europe: How courts have assessed cartel overcharges (2019 ed.) », *Concurrences* n° 4-2019, art. n° 92228.

47 V. note de bas de page n° 45.

48 Communication de la Commission, « Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de COVID-19 », préc.

49 V., p. ex., Trib. UE, 17 février 2021, *Ryanair c/ Commission*, aff. T-259/20, EU:T:2021:92.

50 V. J. Bell, E. Eilts, N. Robins et S. Yarak, « Are State aid damages claims around the corner? An economist's perspective », *Concurrences* n° 3-2021, art. n° 101311, .

51 *Ibid.*

les décisions en matière d'aides d'État ne mentionnent pas toujours de *theory of harm* claire et vérifiable. Il en va particulièrement ainsi lorsque l'objet de la décision est de déterminer l'existence d'une aide, d'où il est souvent présumé que celle-ci revêt des effets anticoncurrentiels. Ensuite, il peut être difficile, pour les demandeurs en réparation, de prouver un lien de causalité entre l'aide contestée et le préjudice allégué. Enfin, le requérant fait face à une nécessaire asymétrie d'information par rapport au bénéficiaire de l'aide. En particulier, le montant de l'aide n'est souvent pas clair, si bien que la demande en réparation peut être difficile à étayer.

Dans ce contexte, l'arrêt *Corsica Ferries* du tribunal administratif de Bastia du 23 février 2017⁵² constitue un important tournant. Dans cet arrêt qui faisait suite à la censure par la Commission d'une aide accordée à la SNCM par l'État français, le tribunal administratif de Bastia, saisi d'une action en réparation du dommage causé par l'aide par Corsica Ferries, a, au terme d'une analyse économique d'une rare technicité, condamné la SNCM à indemniser Corsica Ferries à hauteur de 84 millions d'euros (plus les intérêts).

Ce jugement a fait l'objet d'un appel en 2017 par la collectivité de Corse devant la cour administrative d'appel (« CAA ») de Marseille. Dans son arrêt de 2018, la CAA a confirmé l'existence d'un lien de causalité entre l'aide et le préjudice subi sur la base des arguments avancés par Corsica Ferries et de son rapport d'expertise. Toutefois, la remise par la collectivité de Corse d'un rapport d'expertise économique contestant les hypothèses sous-tendant l'estimation des 84 millions d'euros de dommages a conduit la CAA à demander une expertise judiciaire pour déterminer le montant des dommages et intérêts à allouer. Le rapport de l'expert judiciaire a été rendu en février 2019 et la CAA a adopté son jugement le 22 février 2021⁵³. L'arrêt étudie en détail des aspects tels que la capacité de Corsica Ferries à desservir les passagers de la SNCM en l'absence d'aide, l'estimation des revenus perdus par passager pour Corsica Ferries et les estimations des coûts variables que Corsica Ferries aurait supportés si elle avait dû desservir des passagers supplémentaires, pour finir par confirmer l'arrêt dans sa quasi-totalité.

III. Conclusion

Tout laisse à penser que cette deuxième décennie du *xxi*^e siècle sera celle des aides d'État, tant au niveau politique (Green Deal), juridique (élargissement des conditions de recevabilité pour les recours, développement du contentieux de la réparation) que contextuel (grand nombre d'aides versées en raison de la crise sanitaire). Espérons que les juridictions et les parties seront à la hauteur du défi qui les attend, la compétitivité de l'économie européenne en dépend.

52 N° 1500375.

53 CAA Marseille, 22 février 2021, n° 17MA01582–17MA01583.

Sous la direction de
Christophe Lemaire
Francesco Martucci

Laurence Idot

Concurrence et Europe *Liber Amicorum* Volume II

La carrière de Mme le Professeur Laurence Idot appelle un hommage. Sa pensée a mûri le droit de la concurrence, tant par ses écrits que ses enseignements ou son activité à l'Autorité de la concurrence. Aucun de ses anciens collègues ou étudiants n'est resté insensible à sa finesse d'esprit et sa personnalité exceptionnelle. L'impact de sa pensée, de son enseignement et de ses consultations justifie que, dans la plus pure tradition universitaire, des Mélanges lui soient dédiés.

Théoricienne confrontée à la réalité des dossiers, Laurence Idot a marqué la recherche par son analyse fine et habile des interactions entre le droit de la concurrence, le droit de l'Union européenne, et le droit de l'arbitrage et le droit international. A l'heure du développement des recours à l'arbitrage international et de la croissance du droit européen de la concurrence, ses écrits et sa compréhension du droit conservent leur actualité.

L'originalité du parcours du Professeur Idot tient aux chemins qu'elle a tracés dans des droits en développement : le droit européen d'un côté, le droit de la concurrence de l'autre - auxquels elle a chacun consacré une revue. Les destins de Concurrence et Europe sont désormais entremêlés.

Mélanges réalisés à l'initiative de Christophe Lemaire et Francesco Martucci.

To access the full publication, please consult:

<https://www.concurrences.com/fr/all-books/laurence-idot-liber-amicorum>

Concurrences
Antitrust Publications & Events

ISBN 979-10-94201-85-5



9 791094 201855

145 € TTC

