

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL  
M. PHILIPPE LÉGER

présentées le 14 janvier 2003<sup>1</sup>

1. Par ordonnance du 18 juin 2002, la Cour a ordonné la réouverture de la procédure orale dans la présente affaire.

2. Dans cette ordonnance, la Cour constate que l'arrêt du 22 novembre 2001, *Ferring*<sup>2</sup>, a été rendu après le dépôt des observations orales des parties et peut avoir une incidence sur la réponse à donner aux questions préjudicielles posées par le Bundesverwaltungsgericht (Allemagne). La Cour souligne également que l'arrêt *Ferring* fait l'objet d'une discussion dans les conclusions que nous avons présentées le 19 mars 2002 dans la présente affaire ainsi que dans les conclusions présentées par l'avocat général Jacobs dans l'affaire *GEMO*<sup>3</sup>.

3. La Cour a donc organisé une nouvelle audience pour inviter les parties au principal, les États membres, la Commission et le Conseil à prendre position sur la portée de l'arrêt *Ferring*. Elle a demandé aux intervenants de se prononcer sur le point de

savoir si — et selon quels critères — un avantage financier accordé par les autorités d'un État membre pour compenser le coût des obligations de service public qu'elles imposent à une entreprise doit être qualifié d'aide d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité CE (devenu, après modification, article 87, paragraphe 1, CE).

4. La question du régime communautaire applicable au financement des services publics fait l'objet de plusieurs prises de position sur le plan politique<sup>4</sup>. Elle fait également l'objet d'un débat parmi les

1 — Langue originale: le français.

2 — C-53/00, Rec. p. I-9067 (ci-après l'«arrêt *Ferring*»).

3 — Conclusions présentées le 30 avril 2002 (affaire C-126/01, pendante devant la Cour).

4 — Voir, notamment, conclusions de la présidence du Conseil européen de Nice des 7, 8 et 9 décembre 2000 (point 47); conclusions de la présidence du Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001 (point 26); conclusions de la présidence du Conseil européen de Barcelone des 15 et 16 mars 2002 (point 42); conclusions de la présidence du Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2002 (point 54); communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe (JO 2001, C 17, p. 4); rapport de la Commission, du 17 octobre 2001, sur les services d'intérêt général à l'intention du Conseil européen de Laeken [COM (2001) 598 final]; communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État (JO 2001, C 320, p. 5); rapport de la Commission, du 16 juin 2002, relatif à l'état des travaux concernant les lignes directrices relatives aux aides d'État liées aux services d'intérêt économique général [COM (2002) 280 final]; et rapport de la Commission, du 27 novembre 2002, relatif à l'état des travaux concernant les lignes directrices relatives aux aides d'État liées aux services d'intérêt économique général [COM (2002) 636 final].

avocats généraux de la Cour<sup>5</sup> ainsi qu'en doctrine<sup>6</sup>. Ces différentes prises de position sont connues, de sorte qu'il est inutile de les rappeler. En revanche, avant de compléter nos conclusions du 19 mars 2002, nous présenterons brièvement les thèses exposées par les parties intervenantes.

Danemark, du royaume d'Espagne, de la République française, du royaume des Pays-Bas et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. La Commission a également présenté des observations. En revanche, le Conseil n'est pas intervenu.

## I — Les thèses exposées par les parties intervenantes

5. Outre les parties au principal, six États membres sont intervenus lors de l'audience de réouverture. Il s'agit de la République fédérale d'Allemagne, du royaume de

6. Les débats menés devant la Cour permettent de regrouper les intervenants en deux catégories distinctes.

5 — Voir conclusions de l'avocat général Tizzano dans l'affaire Ferring; nos conclusions présentées le 19 mars 2002 dans la présente affaire (points 54 à 98); conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire GEMO, précitée à la note 3 ci-dessus (points 87 à 132), et conclusions de l'avocat général M<sup>me</sup> Stix-Hackl dans l'affaire Enirisorse (C-34/01 à C-38/01, arrêt du 27 novembre 2003, pas encore publié au Recueil, points 138 à 165).

6 — Pour les prises de position postérieures à l'arrêt Ferring, voir Alexis, A., «Services publics et aides d'État», dans *Revue du droit de l'Union européenne*, 2002/1 (p. 63); Grespan, D., «An example of the application of State aid rules in the utilities sector in Italy», dans *Competition Policy Newsletter*, Number 3 — October 2002 (p. 17); Gundel, J., «Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: Zum Verhältnis zwischen Artikel 86 Absatz 2 EGV und dem EG-Beihilfenrecht», dans *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 3/2002 (p. 222); Nettesheim, M., «Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge», dans *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 6/2002 (p. 253); Nicolaidis, P., «Distortive effects of compensatory aid measures: a note on the economics of the Ferring Judgment», dans *European Competition Law Review*, 2002 (p. 313); Nicolaidis, P., «The new frontier in State aid control. An economic assessment of measures that compensate enterprises», dans *Intereconomics*, volume 37, n° 4, 2002 (p. 190), et Rizza, C., «The financial assistance granted by Member States to undertakings entrusted with the operation of a service of general economic interest: the implications of the forthcoming Altmark Judgment for future State aid control policy», à paraître dans *The Columbia Journal of European Law*, 2003.

7. Le premier groupe d'intervenants est composé d'Altmark Trans GmbH, du Regierungspräsidium Magdeburg, de la République fédérale d'Allemagne, de la République française et du royaume d'Espagne. Ces intervenants proposent à la Cour de confirmer l'approche compensatoire<sup>7</sup> dégagée par l'arrêt Ferring. En vertu de cette approche, le financement étatique des services publics ne constitue une aide au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité que si, et dans la mesure où, les avantages conférés par les autorités publiques excèdent le coût engendré par la prestation des obligations de service public.

8. À l'appui de leur thèse, ces intervenants avancent essentiellement trois séries d'ar-

7 — Selon l'expression utilisée par l'avocat général Jacobs dans ses conclusions dans l'affaire GEMO, précitée à la note 3 ci-dessus (point 95).

guments, qui peuvent être résumés comme suit<sup>8</sup>:

- en vertu de la jurisprudence, lorsque l'État achète des biens (par exemple des ordinateurs) ou des services (par exemple des services de nettoyage), on est en présence d'une aide uniquement si, et dans la mesure où, la rémunération versée par l'État excède le prix du marché. Le même principe devrait s'appliquer lorsque l'État acquiert des services qui sont directement mis à la disposition de la collectivité (à savoir des services publics);
- la notion d'aide figurant à l'article 92, paragraphe 1, du traité ne s'applique qu'aux mesures qui procurent un avantage financier à certaines entreprises. Or, une mesure étatique qui se limite à compenser le coût lié à la prestation d'obligations de service public ne procurerait aucun avantage réel à l'entreprise bénéficiaire. Elle ne constituerait donc pas une aide;
- en vertu de l'article 93, paragraphe 3, du traité CE (devenu article 88, paragraphe 3, CE), les États membres sont obligés de notifier leurs projets d'aides et de suspendre le versement de l'aide

jusqu'à ce que la Commission ait donné son autorisation. Ces obligations seraient de nature à paralyser le fonctionnement des services d'intérêt général dans les États membres.

9. Le second groupe d'intervenants est composé du royaume de Danemark, du royaume des Pays-Bas et du Royaume-Uni. Ces intervenants proposent à la Cour d'adopter l'approche développée par l'avocat général Jacobs dans ses conclusions dans l'affaire GEMO<sup>9</sup> (ci-après l'«approche quid pro quo»).

10. En vertu de cette approche, la Cour opérerait une distinction entre deux catégories de situations. Ainsi, lorsqu'il existerait un lien direct et manifeste entre le financement étatique et les obligations de service public clairement définies, les sommes versées par l'État ne constitueraient pas une aide au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité. En revanche, lorsqu'un tel lien ferait défaut ou lorsque les obligations de service public ne seraient pas clairement définies, les sommes versées par les autorités publiques constitueraient des aides au sens de cette disposition.

11. La Commission, quant à elle, n'a pas pris position sur la question. On notera

<sup>8</sup> — Ces arguments ont déjà été résumés par l'avocat général Jacobs dans ses conclusions dans l'affaire GEMO, précitée à la note 3 ci-dessus (point 115).

<sup>9</sup> — Précitée à la note 3 ci-dessus (points 117 à 129).

cependant que, dans les affaires Ferring<sup>10</sup> et GEMO<sup>11</sup>, elle s'était prononcée en faveur de l'approche aide d'État<sup>12</sup>. En vertu de cette approche, le financement étatique des services publics constitue une aide au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité. Cette aide peut cependant être justifiée sur la base de l'article 90, paragraphe 2, du traité CE (devenu article 86, paragraphe 2, CE)<sup>13</sup>.

posent les thèses des parties intervenantes. Ces questions portent sur:

— le critère de l'investisseur privé en économie de marché;

— la notion d'«avantage» dans l'article 92, paragraphe 1, du traité;

## II — L'analyse

— les obligations procédurales prévues à l'article 93, paragraphe 3, du traité, et

12. Dans les conclusions que nous avons présentées le 19 mars 2002, nous nous sommes prononcé en faveur de l'approche aide d'État. Il peut être utile d'indiquer d'emblée que les arguments présentés par les parties intervenantes ne sont pas de nature à modifier notre position.

— l'approche *quid pro quo*.

14. En revanche, nous ne reviendrons pas sur les arguments que nous avons développés dans nos précédentes conclusions. Nous prions donc la Cour de bien vouloir s'y reporter.

13. En l'espèce, nous nous limiterons donc à examiner les nouvelles questions que

### A — *Sur le critère de l'investisseur privé en économie de marché*

10 — Voir conclusions de l'avocat général Tizzano (points 18, 74 et 75).

11 — Voir conclusions de l'avocat général Jacobs (point 107).

12 — Selon l'expression utilisée par l'avocat général Jacobs dans ses conclusions dans l'affaire GEMO, précitée à la note 3 ci-dessus (point 94).

13 — Voir arrêts du Tribunal du 27 février 1997, *FFSA e.a./Commission* (T-106/95, Rec. p. II-229, points 164 à 178), et du 10 mai 2000, *SIC/Commission* (T-46/97, Rec. p. II-2125, points 76 à 84).

15. Le premier groupe d'intervenants rappelle que, selon la jurisprudence, toute

intervention étatique ne constitue pas une aide au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité. Ainsi, lorsque l'État achète des biens (par exemple des ordinateurs) ou des services (par exemple des services de nettoyage), on est en présence d'une aide uniquement si, et dans la mesure où, la rémunération versée par l'État excède le prix du marché.

16. Ces parties intervenantes estiment que le même principe doit s'appliquer dans le domaine des services publics. Selon elles, le financement de l'État ne doit être qualifié d'aide que si, et dans la mesure où, les avantages conférés par les autorités publiques excèdent le coût supporté pour la prestation des obligations de service public (c'est-à-dire le prix normal des services offerts) <sup>14</sup>.

17. La thèse des parties intervenantes revient, en substance, à transposer le critère de l'investisseur privé dans le domaine du financement étatique des services publics.

18. On sait que, à l'origine, le critère de l'opérateur privé <sup>15</sup> a été développé par la

14 — Voir également, en ce sens, arrêt *Ferring* (points 26 et 27) et conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire GEMO, précitée à la note 3 ci-dessus (points 121 à 123).

15 — Comme une partie de la doctrine, nous pensons que la notion d'«opérateur privé» est plus adéquate que celle d'«investisseur privé». Elle permet de couvrir non seulement les opérations d'investissement proprement dites, mais aussi les autres types de mesures étatiques auxquelles s'applique ce critère (voir Keppenne, J.-P., *Guide des aides d'État en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1999, point 44, note 93).

Commission pour savoir si une prise de participation de l'État dans le capital d'une entreprise constitue une aide au sens de l'article 92, paragraphe 1 <sup>16</sup>. En vertu de ce critère, la Commission considère qu'une telle intervention n'est pas une aide lorsque les autorités publiques l'effectuent dans les mêmes conditions qu'un investisseur privé opérant dans des conditions normales d'une économie de marché <sup>17</sup>. La Cour a repris ce critère dans sa jurisprudence <sup>18</sup> et l'a ensuite appliqué à d'autres types de mesures étatiques. En vue d'apprécier si la mesure contient un élément d'aide, la Cour examine donc si un opérateur privé, d'une taille comparable à celle des organismes publics, aurait réalisé l'opération en cause aux mêmes conditions.

19. Contrairement aux parties intervenantes, nous pensons que ce critère ne saurait être appliqué au financement étatique des services publics.

20. En effet, il ressort de la jurisprudence que, dans le domaine des aides d'État, la

16 — Voir communication de la Commission aux États membres concernant la participation des autorités publiques dans les capitaux des entreprises (Bull. CE, 9-1984, point 3.5.1).

17 — Communication de la Commission aux États membres sur l'application des articles 92 et 93 du traité CEE et de l'article 5 de la directive 80/723/CEE de la Commission aux entreprises publiques du secteur manufacturier (JO 1993, C 307, p. 3, point 11).

18 — Voir, notamment, arrêts du 10 juillet 1986, *Belgique/Commission* (234/84, Rec. p. 2263, point 14); du 21 mars 1990, *Belgique/Commission*, dit «Tubemeuse» (C-142/87, Rec. p. I-959, point 26), et du 21 mars 1991, *Italie/Commission*, dit «Alfa Romeo» (C-305/89, Rec. p. I-1603, point 19).

Cour opère une distinction entre deux catégories de situations: celles où l'intervention de l'État présente un caractère économique et celles où l'intervention de l'État relève des actes de puissance publique.

21. La Cour n'applique le critère de l'opérateur privé que dans la première catégorie de situations. Ces situations couvrent les cas où les autorités publiques prennent une participation dans le capital d'une entreprise<sup>19</sup>, octroient un prêt à certaines entreprises<sup>20</sup>, accordent une garantie d'État<sup>21</sup>, vendent des biens ou des services sur le marché<sup>22</sup>, ou accordent des facilités pour le paiement de cotisations sociales<sup>23</sup> ou pour le remboursement de charges salariales<sup>24</sup>. Dans ce type de situations, le critère de l'opérateur privé est pertinent parce que le comportement de l'État est susceptible d'être adopté, du moins en principe, par un opérateur privé dans un but lucratif (un investisseur, une banque, une caution, une entreprise ou un créancier). L'application de ce critère est justifiée par le principe d'égalité de traitement entre le secteur

public et le secteur privé<sup>25</sup>, qui exige que l'intervention de l'État ne soit pas soumise à un régime plus strict que celui applicable aux entreprises privées.

22. En revanche, le critère de l'opérateur privé n'est pas pertinent lorsque l'intervention de l'État ne présente aucun caractère économique. Tel est le cas lorsque les autorités publiques versent une subvention directe à une entreprise<sup>26</sup>, accordent une exonération fiscale<sup>27</sup> ou consentent une réduction des charges sociales<sup>28</sup>. Dans ce type de situations, l'intervention de l'État n'est pas susceptible d'être adoptée par un opérateur privé dans un but lucratif, mais relève des actes de puissance publique de l'État (comme la politique fiscale ou la politique sociale). Le critère de l'opérateur privé n'est donc pas pertinent puisque, par définition, il ne saurait y avoir une rupture de l'égalité de traitement entre le secteur public et le secteur privé<sup>29</sup>.

19 — Idem.

20 — Arrêt du 14 février 1990, France/Commission, dit «Bous-sac» (C-301/87, Rec. p. I-307, points 38 à 41), et arrêt du Tribunal du 30 avril 1998, Cityflyer Express/Commission (T-16/96, Rec. p. II-757, points 8 et 51).

21 — Arrêt du Tribunal du 13 juin 2000, EPAC/Commission (T-204/97 et T-270/97, Rec. p. II-2267, points 67 et 68).

22 — Arrêts du 2 février 1988, Van der Kooy e.a./Commission (67/85, 68/85 et 70/85, Rec. p. 219, points 28 à 30); du 29 février 1996, Belgique/Commission (C-56/93, Rec. p. I-723, point 10), et du 11 juillet 1996, SFEI e.a. (C-39/94, Rec. p. I-3547, points 59 à 62).

23 — Arrêt du 29 juin 1999, DM Transport (C-256/97, Rec. p. I-3913, points 24 et 25).

24 — Arrêt du 29 avril 1999, Espagne/Commission (C-342/96, Rec. p. I-2459, point 46).

25 — Arrêts du 21 mars 1991, Italie/Commission (C-303/88, Rec. p. I-1433, point 20); du 3 octobre 1991, Italie/Commission (C-261/89, Rec. p. I-4437, point 15), et arrêt du Tribunal du 12 décembre 1996, Air France/Commission (T-358/94, Rec. p. II-2109, point 70).

26 — Arrêt du 24 février 1987, Deufil/Commission (310/85, Rec. p. 901, point 8).

27 — Arrêts du 15 mars 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, Rec. p. I-877, point 14); du 19 mai 1999, Italie/Commission (C-6/97, Rec. p. I-2981, point 16), et du 19 septembre 2000, Allemagne/Commission (C-156/98, Rec. p. I-6857, points 25 à 28).

28 — Arrêt du 17 juin 1999, Belgique/Commission (C-75/97, Rec. p. I-3671, points 24 et 25), et arrêt du Tribunal du 27 janvier 1998, Ladbroke Racing/Commission (T-67/94, Rec. p. II-1, point 110).

29 — On notera que le critère permettant d'identifier les cas où la Cour applique le principe de l'opérateur privé est identique au critère qui permet de définir la notion d'entreprise dans le contexte du droit de la concurrence [voir, à cet égard, nos conclusions dans l'affaire Wouters e.a. (arrêt du 19 février 2002, C-309/99, Rec. p. I-1577, point 137 et les références citées), ainsi que l'arrêt du 25 octobre 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Rec. p. I-8089, point 20].

23. Il résulte de ces éléments que le critère de l'opérateur privé ne s'applique pas aux interventions de l'État relevant des actes de puissance publique.

24. La Cour a expressément confirmé ce principe dans l'arrêt du 14 septembre 1994, Espagne/Commission<sup>30</sup>. Elle a jugé que, pour la mise en œuvre du critère de l'opérateur privé, «il faut établir une distinction entre les obligations que l'État doit assumer en tant que propriétaire actionnaire d'une société et les obligations qui peuvent lui incomber en tant que puissance publique»<sup>31</sup>. Les obligations de l'État en tant que puissance publique ne peuvent être prises en considération pour l'application du critère de l'opérateur privé<sup>32</sup>, sous peine d'introduire une inégalité de traitement entre le secteur public et le secteur privé.

25. Or, il est constant que le financement des services publics est une activité qui relève typiquement des actes de puissance publique. En effet, il appartient aux auto-

rités publiques de définir les services qui doivent être mis à la disposition de la collectivité. Il leur appartient également de prendre les mesures nécessaires pour assurer le fonctionnement ainsi que le financement de ces services. Il est, d'ailleurs, difficile d'imaginer qu'un opérateur privé s'engage, de sa propre initiative, dans une telle activité de financement.

26. En conséquence, nous pensons que le critère de l'opérateur privé ne saurait être valablement appliqué au financement des services publics.

27. La thèse des parties intervenantes repose donc sur une comparaison erronée. Il est, en effet, incorrect de comparer les cas où l'État achète des biens ou des services pour son propre compte avec ceux où il «acquiert» des services qui sont directement mis à la disposition de la collectivité (à savoir des services publics). Dans le premier cas, l'État adopte un comportement susceptible d'être adopté par un opérateur privé dans un but lucratif. Alors que, dans le second cas, l'État agit en tant que puissance publique<sup>33</sup>.

30 — C-278/92 à C-280/92, Rec. p. I-4103.

31 — Point 22.

32 — *Idem*. Pour l'application de ce principe dans la pratique de la Commission, voir décisions de la Commission 94/1073/CE, du 12 octobre 1994, concernant une aide d'État de la France au groupe Bull sous la forme d'une augmentation de capital non notifiée (JO L 386, p. 1, point V); 96/631/CE, du 17 juillet 1996, relative à une aide d'État octroyée par la ville de Mayence, collectivité locale de la République fédérale d'Allemagne, à la société Grundstücksverwaltungsgesellschaft Fort Malakoff Mainz mbH & Co. KG, filiale de Siemens AG/Siemens Nixdorf Informationssysteme AG (JO L 283, p. 43, point IV), et 98/204/CE, du 30 juillet 1997, portant approbation conditionnée des aides accordées par la France au groupe GAN (JO L 78, p. 1, point 3.3).

33 — Voir également, en ce sens, Alexis, A., précité à la note 6 ci-dessus (point B.3.5.a), et Triantafyllou, D., «L'encadrement communautaire du financement du service public», dans *Revue trimestrielle de droit européen*, 1999, p. 21 (p. 31).

B — *Sur la notion d'«avantage» dans l'article 92, paragraphe 1, du traité*

et ne serait pas, de ce fait, susceptible de fausser la concurrence. Elle ne constituerait que la contrepartie des obligations de service public<sup>35</sup>.

28. Le deuxième argument des intervenants porte sur la notion d'«avantage» dans l'article 92, paragraphe 1, du traité.

29. La notion d'aide figurant à l'article 92, paragraphe 1, du traité s'applique aux mesures étatiques qui procurent un avantage financier à certaines entreprises et qui faussent ou menacent de fausser la concurrence. Afin d'apprécier si une mesure constitue une aide, il convient donc de déterminer si l'entreprise reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché<sup>34</sup>.

31. Sur ce point, on notera que la thèse des parties intervenantes repose sur une conception spécifique de la notion d'aide. Les intervenants adoptent ce que l'on peut appeler une conception «nette» de l'aide ou la théorie dite de l'avantage «réel».

30. En l'espèce, les parties intervenantes soutiennent qu'une mesure étatique qui se limite à compenser le coût des obligations de service public ne constitue pas une aide. Dans la mesure où l'accomplissement des obligations de service public engendre des coûts supplémentaires, une telle mesure aurait simplement pour effet de replacer l'entreprise bénéficiaire dans une situation comparable à celle de ses concurrents. Cette mesure ne procurerait donc aucun avantage «réel» à l'entreprise bénéficiaire

32. Dans cette approche, les avantages accordés par les autorités publiques sont examinés conjointement avec les obligations qui incombent au bénéficiaire de l'aide. Les avantages publics ne constituent donc une aide que si leur montant dépasse la valeur des engagements souscrits par le bénéficiaire.

33. Or, cette conception ne correspond pas à celle que les auteurs du traité ont retenue dans le domaine des aides d'État. Les dispositions du traité en la matière sont fondées sur une conception «brute» de l'aide ou sur la théorie de l'avantage «apparent».

34 — Arrêts SFEI e.a., précité à la note 22 ci-dessus (point 60); du 29 avril 1999, Espagne/Commission, précité à la note 24 ci-dessus (point 41), et DM Transport, précité à la note 23 ci-dessus (point 22).

35 — Voir également, en ce sens, arrêt Ferring (points 25 à 27).

34. Dans cette approche, les avantages conférés par les autorités publiques et la contrepartie mise à charge du bénéficiaire doivent être examinés séparément. L'existence de cette contrepartie n'est pas pertinente pour déterminer si la mesure étatique constitue une aide au sens de l'article 92, paragraphe 1. Elle n'intervient qu'à un stade ultérieur de l'analyse, pour apprécier la compatibilité de l'aide avec le marché commun.

35. La conception «brute» de l'aide se retrouve ainsi dans plusieurs dispositions du traité et, notamment, dans l'article 92, paragraphes 2 et 3, et dans l'article 77 du traité CE (devenu article 73 CE).

36. L'article 92, paragraphe 3, du traité prévoit qu'une aide peut être considérée comme compatible avec le marché commun lorsqu'elle poursuit certains objectifs. Ces objectifs correspondent, en substance, à ceux qui sont assignés par les traités à la Communauté européenne ou à l'Union européenne<sup>36</sup>. Il s'agit, par exemple, du renforcement de la cohésion économique et sociale, de la promotion de la recherche ou de la protection de l'environnement.

36 — Voir Evans, A., *European Community Law of State Aid*, Clarendon Press, Oxford, 1997 (p. 107 et 108).

37. Dès l'origine, la Commission a considéré que, pour pouvoir être compatible avec le marché commun, l'aide devait comporter une contrepartie à charge du bénéficiaire<sup>37</sup>. Cette contrepartie doit intervenir pour compenser la distorsion de concurrence provoquée par l'octroi de l'aide<sup>38</sup>. Elle vise à obtenir, de la part du bénéficiaire, un comportement qui est susceptible de contribuer à la réalisation des objectifs visés à l'article 93, paragraphe 3, du traité. La Commission considère, en effet, qu'autoriser une aide sans exiger cette contrepartie reviendrait à admettre des distorsions de concurrence sans que l'intérêt communautaire le justifie<sup>39</sup>.

38. L'approche de la Commission a été expressément admise par la Cour dans l'arrêt Philip Morris/Commission<sup>40</sup>. La Cour a jugé que, pour pouvoir autoriser une aide au titre de l'article 92, paragraphe 3, du traité, la Commission peut exiger la preuve que l'aide est nécessaire pour obtenir, des entreprises bénéficiaires, un

37 — Voir 1<sup>er</sup> Rapport sur la politique de concurrence, 1972 (point 132); décision 79/743/CEE de la Commission, du 27 juillet 1979, concernant une aide que le gouvernement néerlandais projette d'accorder en faveur de l'accroissement des capacités de production d'un fabricant de cigarettes (JO L 217, p. 17, point III), et X<sup>e</sup> Rapport sur la politique de concurrence, 1980 (point 213).

38 — Keppenne, J.-P., précité à la note 15 ci-dessus (point 495).

39 — Voir, notamment, décisions de la Commission 88/318/CEE, du 2 mars 1988, relative à la loi n° 64 du 1<sup>er</sup> mars 1986 régissant l'intervention extraordinaire en faveur du Mezzogiorno (JO L 143, p. 37, point IV.2); 93/133/CEE, du 4 novembre 1992, concernant les aides accordées par le gouvernement espagnol à l'entreprise Merco (secteur agro-alimentaire) (JO 1993, L 55, p. 54, point VIII), et 93/155/CEE, du 20 janvier 1993, concernant un programme d'aide des autorités allemandes (Rhénanie-Palatinat) en faveur de la distillation de vin (JO L 61, p. 55, point IV).

40 — Arrêt du 17 septembre 1980 (730/79, Rec. p. 2671, points 16 et 17).

comportement de nature à contribuer à la réalisation des objectifs visés par cette disposition.

39. Dans sa pratique, la Commission recherche donc s'il existe, dans le chef du bénéficiaire de l'aide, une contrepartie permettant de justifier l'octroi de l'aide<sup>41</sup>. Cette contrepartie peut prendre plusieurs formes<sup>42</sup>.

40. Dans certains cas, l'activité aidée apparaît d'emblée comme une contrepartie suffisante, parce qu'elle s'inscrit dans le cadre d'un objectif communautaire. La contrepartie prend alors la forme d'un investissement, comme la construction d'une usine, un programme de recherche ou une action de formation. Dans d'autres cas, la contrepartie constitue une condition à l'approbation de l'aide et prend une autre forme, comme une réduction des capacités de production, qui contribue à résoudre un problème de surcapacité existant au niveau communautaire. En tout état de cause, la Commission exige un lien, direct ou indi-

rect, entre les aides et les opérations servant de contrepartie<sup>43</sup>. Elle exige également que les contreparties fournies par le bénéficiaire soient proportionnées à l'ampleur des aides qui sont versées<sup>44</sup>.

41. Il résulte de ces éléments que, pour pouvoir être autorisée au titre de l'article 92, paragraphe 3, du traité, toute aide doit comporter une contrepartie à charge du bénéficiaire, de manière à ce qu'il n'y ait pratiquement aucun avantage net dans son chef.

42. Or, contrairement à ce que soutiennent les parties intervenantes, l'existence de cette contrepartie n'a aucune incidence sur l'interprétation de la notion d'aide.

43. Dans le cadre de l'article 92, paragraphe 1, l'aide ne correspond pas à la différence entre le montant des avantages publics et la valeur des engagements pris par le bénéficiaire<sup>45</sup>. L'aide correspond au seul montant des avantages publics. La

41 — Voir, notamment, décisions de la Commission 81/626/CEE, du 10 juillet 1981, concernant une aide que le gouvernement belge projette d'accorder en faveur de certains investissements réalisés par une entreprise belge visant à la modernisation des installations de production du caoutchouc butyl (JO L 229, p. 12, point V); 83/468/CEE, du 27 avril 1983, au titre de l'article 93 paragraphe 2 du traité CEE à l'encontre d'un projet d'aide dans le secteur du textile et de l'habillement (entreprise n° 111) (JO L 253, p. 18, point III); 93/154/CEE, du 12 janvier 1993, concernant un programme national ALMA relatif à un projet d'aide de l'Italie au stockage privé de carottes (JO L 61, p. 52, point VI), et 97/611/CE, du 2 avril 1997, relative aux aides à la filière ovine (aides publipromotionnelles) (JO L 248, p. 20, point VI).

42 — Keppenne, J.-P., précité à la note 15 ci-dessus (point 495).

43 — Décision 89/43/CEE de la Commission, du 26 juillet 1988, relative aux aides accordées par le gouvernement italien à ENI-Lanerossi (JO 1989, L 16, p. 52, point VII).

44 — Décision 95/547/CE de la Commission, du 26 juillet 1995, portant approbation conditionnée de l'aide accordée par la France à la banque Crédit Lyonnais (JO L 308, p. 92, point 7.1), et communication de la Commission faite en vertu de l'article 93 paragraphe 2 du traité CE, adressée aux autres États membres et aux autres intéressés concernant l'aide que la France a décidé d'accorder au Crédit Lyonnais (JO 1996, C 390, p. 7, point 5.3, pénultième et dernier alinéas).

45 — Voir également, en ce sens, arrêt du 5 octobre 1999, France/Commission (C-251/97, Rec. p. I-6639, points 17 à 20 et 38 à 48).

contrepartie fournie par le bénéficiaire n'intervient qu'à un stade ultérieur de l'analyse, pour apprécier la compatibilité de l'aide avec le marché commun.

44. Une conception identique de la notion d'aide se trouve dans les dispositions du traité en matière de transports terrestres. L'article 77 du traité prévoit que «[s]ont compatibles avec le présent traité les aides [...] qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public».

45. Cette disposition démontre que, dans le domaine du financement étatique des services publics, les auteurs du traité ont également adopté une conception «brute» de l'aide. Selon eux, l'existence et le montant de l'aide doivent être appréciés uniquement en fonction du «financement entrant»<sup>46</sup> dans l'entreprise. La contrepartie souscrite par le bénéficiaire — à savoir les obligations de service public — n'a pas d'incidence sur l'interprétation de la notion d'aide. Elle constitue uniquement un critère permettant d'apprécier la compatibilité de l'aide au regard des dispositions dérogatoires du traité.

46. Compte tenu de ces éléments, nous pensons que la Cour ne saurait retenir l'approche compensatoire dégagée par l'ar-

rêt Ferring. Une telle solution reviendrait à supprimer l'utilité de l'ensemble des dispositions dérogatoires du traité en matière d'aides d'État. En effet, elle revient à examiner la compatibilité de l'aide dans le cadre de l'article 92, paragraphe 1, du traité<sup>47</sup>.

47. Une autre solution pourrait consister à limiter l'approche compensatoire au seul domaine des services publics. On ferait ainsi coexister deux conceptions différentes de la notion d'aide dans le traité. On considérerait que:

- dans le domaine des aides en général, les dispositions du traité sont fondées sur une conception «brute» de l'aide, mais que
- dans le domaine des services publics (autres que les transports terrestres), les dispositions du traité sont fondées sur une conception «nette» de l'aide.

48. Nous pensons qu'une telle solution risque cependant de créer de sérieux problèmes en termes de sécurité juridique. En effet, certaines mesures étatiques seront susceptibles de relever simultanément des

46 — Selon l'expression de Triantafyllou, D., précité à la note 33 ci-dessus (p. 32).

47 — Voir également, sur ce point, nos conclusions du 19 mars 2002 dans la présente affaire (Rec. 2003, p. I-7751, points 76 à 85).

deux conceptions. Tel est le cas des avantages financiers accordés par les États membres aux services publics de radiodiffusion<sup>48</sup>.

49. D'une part, ces avantages sont destinés à promouvoir la culture au sens de l'article 92, paragraphe 3, sous d), du traité. En vertu de l'article 92 du traité et de la conception «brute» de l'aide, ils constitueront donc des aides qui doivent être notifiées à la Commission et qui peuvent être déclarées compatibles avec le marché commun. D'autre part, ces mêmes avantages visent également à compenser le coût des obligations de service public imposées aux organismes de radiodiffusion. En vertu de l'approche compensatoire et de la conception «nette» de l'aide, ils ne pourront donc pas être qualifiés d'aides au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité.

50. Il en résulte que, pour ce type de mesures, l'ensemble des acteurs concernés ne seront plus à même de savoir si les règles du traité sont applicables.

51. Les États membres ne pourront plus identifier les mesures qui doivent être

notifiées à la Commission. Les entreprises ne sauront pas davantage si elles peuvent se fier à la légalité du financement étatique. Les juridictions nationales auront, elles aussi, des difficultés à savoir si elles doivent appliquer la jurisprudence de la Cour relative à l'effet direct de l'article 93, paragraphe 3, du traité. Enfin, la Commission ne pourra pas déterminer avec certitude si elle peut ouvrir une procédure à l'encontre d'un financement étatique.

52. Au regard de ces différents éléments, nous pensons donc que l'approche aide d'État est beaucoup plus appropriée pour analyser le financement étatique des services publics. Comme les articles 77 et 92 du traité, cette approche est fondée sur une conception «brute» de l'aide. Elle permet donc de garantir la cohérence des dispositions du traité en matière d'aides d'État et de préserver l'effet utile des dispositions dérogatoires (à savoir l'article 77, l'article 90, paragraphe 2, et l'article 92, paragraphes 2 et 3, du traité).

*C — Sur les obligations procédurales prévues à l'article 93, paragraphe 3, du traité*

48 — L'importance de ce domaine est illustrée par le protocole sur le système de radiodiffusion publique dans les États membres, annexé au traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes (JO 1997, C 340, p. 109).

53. Le troisième argument des parties intervenantes porte sur les obligations procédurales prévues à l'article 93, paragraphe 3, du traité.

54. Avant d'analyser cet argument, il est utile de rappeler brièvement certains aspects de la procédure communautaire de contrôle des aides.

55. Il est constant que la Commission dispose d'une compétence exclusive pour examiner la compatibilité d'une aide avec le marché commun au titre des articles 92 et 93 du traité<sup>49</sup>. Cette compétence est justifiée par le fait que l'examen de la compatibilité d'une aide implique des appréciations d'ordre économique et social qui doivent être effectuées dans un contexte communautaire<sup>50</sup>. Elle est également justifiée par le fait que les aides constituent un domaine sensible tant pour les acteurs concernés que pour le fonctionnement du marché commun. Les auteurs du traité n'ont donc pas voulu confier aux États membres le soin d'apprécier si une aide présente des risques pour le marché commun. Ils ont confié cette appréciation à l'institution européenne chargée de représenter l'intérêt communautaire<sup>51</sup>.

56. Dans l'arrêt *Banco Exterior de España*<sup>52</sup>, la Cour a expressément jugé

que la compétence de la Commission couvrirait les aides versées aux entreprises chargées d'une mission de service public au sens de l'article 90, paragraphe 2, du traité. Il en résulte que les juridictions nationales ne sont pas compétentes pour appliquer l'article 90, paragraphe 2, dans le domaine des aides<sup>53</sup>. Seule la Commission peut autoriser une aide au titre de cette disposition.

57. En vertu de l'article 93, paragraphe 3, du traité, les États membres sont tenus de notifier leurs projets tendant à instituer ou à modifier des aides (obligation de notification). Ils ne peuvent mettre ces projets à exécution sans l'autorisation préalable de la Commission (obligation de suspension). Selon une jurisprudence constante<sup>54</sup>, ces obligations procédurales constituent la sauvegarde du mécanisme de contrôle des aides, qui est, à son tour, essentiel pour garantir le fonctionnement du marché commun.

58. Dans l'arrêt du 22 juin 2000, *France/Commission*<sup>55</sup>, la Cour a jugé que les obligations de notification et de suspension

49 — Arrêt du 22 mars 1977, *Steinike & Weinlig* (78/76, Rec. p. 595, points 9 et 10).

50 — Voir, notamment, arrêts *Philip Morris/Commission*, précité à la note 40 ci-dessus (point 24); *Deuffl/Commission*, précité à la note 26 ci-dessus (point 18); *Boussac*, précité à la note 20 ci-dessus (point 49); *Tubemeuse*, précité à la note 18 ci-dessus (point 56), et du 15 juin 1993, *Matra/Commission* (C-225/91, Rec. p. I-3203, point 24).

51 — *Waelbroeck, M., et Frignani, A., Commentaire J. Megret, Le droit de la CE, volume 4, Concurrence*, éditions de l'université de Bruxelles, Bruxelles, 1997, 2<sup>e</sup> éd. (point 308).

52 — Précité à la note 27 ci-dessus (point 17).

53 — En revanche, elles restent compétentes pour appliquer cette disposition dans les autres domaines du traité, comme le droit de la concurrence ou la libre prestation de services (voir, notamment, arrêts du 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro*, 66/86, Rec. p. 803, points 55 à 57; du 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, Rec. p. I-2925, point 34; du 19 mai 1993, *Corbeau*, C-320/91, Rec. p. I-2533, point 20, et du 27 avril 1994, *Almelo e.a.*, C-393/92, Rec. p. I-1477, point 50).

54 — Voir, par exemple, arrêt du 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* (C-143/99, Rec. p. I-8365, point 25).

55 — C-332/98, Rec. p. I-4833 (points 27 à 32).

s'appliquaient aux aides versées aux entreprises chargées d'une mission de service d'intérêt général au sens de l'article 90, paragraphe 2, du traité. Il en résulte que les aides versées aux services publics en violation de ces obligations constituent des aides «illégales».

voire impossible, d'attendre l'autorisation de la Commission. Les parties intervenantes soulignent également que, en raison du nombre de mesures concernées, les obligations procédurales sont de nature à paralyser l'action de la Commission dans le domaine des aides d'État.

59. Sur le plan communautaire, cela implique que la Commission peut enjoindre à l'État de suspendre le versement de l'aide ou de récupérer provisoirement l'aide, jusqu'à ce qu'elle se prononce sur sa compatibilité<sup>56</sup>. Sur le plan national, cela implique que le juge peut: 1) ordonner la récupération de l'aide; 2) constater l'illégalité de l'acte instituant l'aide ainsi que l'illégalité des mesures d'exécution, et 3) condamner les autorités compétentes à réparer les dommages que le versement immédiat de l'aide aurait éventuellement causés<sup>57</sup>.

61. On sait que la Cour a déjà eu l'occasion d'examiner ce type d'arguments dans l'arrêt du 22 juin 2000, France/Commission, précité. Dans cette affaire, le gouvernement français soutenait que l'obligation de suspension présentait de sérieux risques pour la continuité des services publics<sup>58</sup>. La Cour a expressément rejeté cet argument en rappelant que les obligations procédurales constituaient la sauvegarde du mécanisme de contrôle des aides en droit communautaire<sup>59</sup>.

60. En l'espèce, les intervenants soutiennent que les obligations procédurales prévues à l'article 93, paragraphe 3, du traité sont de nature à paralyser le fonctionnement des services publics dans les États membres. Ils soulignent que la procédure d'examen des aides est une procédure relativement longue et que, pour certains types de services publics, il serait difficile,

62. En tout état de cause, nous pensons que les craintes exposées par les parties intervenantes ne sont pas fondées. Selon nous, les obligations procédurales ne sont pas de nature à perturber le fonctionnement des services publics, pour plusieurs raisons.

63. Premièrement, les obligations procédurales ne s'appliquent pas à toutes les mesures étatiques. Elles ne s'appliquent

56 — Article 11 du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE (JO L 83, p. 1).

57 — Pour une description plus détaillée de ces conséquences, voir nos conclusions dans l'affaire Belgique/Commission (C-197/99 P), pendante devant la Cour (point 74 et les références citées).

58 — Points 27 à 30.

59 — Ibidem (points 31 et 32). Voir, également, les raisons exposées par l'avocat général La Pergola dans cette affaire (points 22 à 24 de ses conclusions).

qu'aux mesures qui remplissent les critères posés par l'article 92, paragraphe 1, du traité. En pratique, cela signifie que, dans certains domaines essentiels, le financement étatique des services publics échappe aux obligations procédurales. Il s'agit, notamment, des mesures suivantes<sup>60</sup>:

— les mesures qui financent des activités ne présentant pas un caractère économique<sup>61</sup>: tel est le cas des activités relevant des prérogatives de puissance publique de l'État (comme la sécurité, la justice, les relations extérieures, etc.)<sup>62</sup>, des régimes obligatoires de sécurité sociale<sup>63</sup>, du domaine de l'enseignement obligatoire<sup>64</sup> et des autres domaines relevant des fonctions essentielles de l'État;

— les mesures qui ne sont pas susceptibles d'affecter les échanges entre États membres: tel est le cas du financement de certains services publics locaux ou

régionaux (comme des piscines, des centres de loisirs, des crèches, des centres culturels ou des centres hospitaliers)<sup>65</sup>. Tel est également le cas lorsque le montant de l'aide ne dépasse pas le plafond de 100 000 euros, fixé par la Commission dans son règlement sur les aides de minimis<sup>66</sup>.

64. Deuxièmement, pour les mesures relevant de l'article 92, paragraphe 1, du traité, on rappellera que certains délais s'imposent à la Commission.

65. Ainsi, la Commission est tenue de procéder à un examen préliminaire de l'aide dans un délai de deux mois à compter de sa notification<sup>67</sup>. Ce délai est fixé de manière stricte et ne peut être prorogé unilatéralement par la Commission<sup>68</sup>. Si aucune décision n'est prise à l'issue de ce délai, l'État membre concerné peut mettre l'aide à exécution, sous réserve d'en aviser préalablement la Commission<sup>69</sup>. Dans ce cas, l'aide est réputée avoir été

60 — Voir également, sur ce point, Alexis, A., précité à la note 6 ci-dessus (point A).

61 — On sait, en effet, que, pour relever de l'interdiction prévue à l'article 92, paragraphe 1, du traité, les mesures étatiques doivent favoriser certaines entreprises ou certaines activités économiques.

62 — Arrêts du 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Rec. p. I-43, point 30), et du 18 mars 1997, Diego Cali & Figli (C-343/95, Rec. p. I-1547, points 22 et 23).

63 — Arrêts du 17 février 1993, Poucet et Pistre (C-159/91 et C-160/91, Rec. p. I-637, point 18), et du 22 janvier 2002, Císal (C-218/00, Rec. p. I-691, point 46).

64 — Décision 2001/C 333/03 de la Commission, du 25 avril 2001, portant autorisation des aides d'État dans le cadre des dispositions des articles 87 et 88 CE (subventions publiques aux clubs sportifs professionnels) (JO C 333, p. 6). Le texte de cette décision est disponible sur Internet: <http://europa.eu.int/comm/secretariatgeneral/sgb/stateaids/industrie/n118-00.pdf>.

65 — Voir communiqué de presse IP/00/1509 de la Commission, du 21 décembre 2000.

66 — Règlement (CE) n° 69/2001 de la Commission, du 12 janvier 2001, concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides *de minimis* (JO L 10, p. 30). En vertu de son article 1<sup>er</sup>, sous a), ce règlement n'est cependant pas applicable aux domaines des transports.

67 — Voir arrêt du 11 décembre 1973, Lorenz (120/73, Rec. p. 1471, point 4), et article 4, paragraphe 5, du règlement n° 659/1999.

68 — Arrêt du 15 février 2001, Autriche/Commission (C-99/98, Rec. p. I-1101, points 73 à 76).

69 — Arrêt Lorenz, précité à la note 67 ci-dessus (point 4), et article 4, paragraphe 6, du règlement n° 659/1999.

autorisée<sup>70</sup>. Elle relève du régime des aides existantes<sup>71</sup> et peut donc continuer à être versée tant que la Commission n'a pas constaté son incompatibilité avec le marché commun<sup>72</sup>.

66. Les parties intervenantes semblent considérer que même un délai de deux mois pourrait être trop long pour certains types de services publics. À supposer que tel puisse être le cas<sup>73</sup>, certains mécanismes permettent de tenir compte de ces situations exceptionnelles.

67. En effet, l'article 5 du traité CE (devenu article 10 CE) instaure une obligation de coopération loyale entre les institutions communautaires et les États membres<sup>74</sup>. En vertu de cette disposition, les autorités de l'État membre et la Commission pourraient donc être amenées à accorder un traitement prioritaire à une affaire présentant une urgence particulière ou à dégager toute autre solution appropriée.

70 — Article 4, paragraphe 6, du règlement n° 659/1999.

71 — Arrêt du 30 juin 1992, Espagne/Commission (C-312/90, Rec. p. I-4117, point 18).

72 — Arrêt Banco Exterior de España, précité à la note 27 ci-dessus (point 20). De même, lorsque la Commission ouvre la procédure formelle d'examen, sa décision finale doit intervenir dans un délai de 18 mois à compter de l'ouverture de la procédure. À l'expiration de ce délai, l'État membre peut exiger que la Commission prenne sa décision sur la base des informations dont elle dispose (voir article 7, paragraphes 6 et 7, du règlement n° 659/1999).

73 — Il semble, en effet, que, lorsque les autorités d'un État membre organisent un service public dans un secteur déterminé (par exemple, la distribution du courrier, une liaison aérienne ou un transport ferroviaire), les délais nécessaires à l'organisation de ce service sont généralement compatibles avec les délais impartis à la Commission pour procéder à l'examen d'une aide.

74 — Ordonnance du 13 juillet 1990, Zwartveld e.a. (C-2/88 Imm., Rec. p. I-3365, point 17).

68. Troisièmement, il faut rappeler que, en vertu de l'article 93, paragraphe 3, du traité, les États membres ont la possibilité de notifier des régimes d'aides à la Commission. Les régimes d'aides sont des dispositions nationales qui permettent d'accorder, sans mesures d'application supplémentaires, des aides individuelles à des entreprises définies d'une manière générale et abstraite<sup>75</sup>.

69. L'avantage de ce mécanisme est que les États membres obtiennent une approbation unique de la Commission, sur la base des caractéristiques générales du régime. Les États membres évitent ainsi l'obligation de notifier ultérieurement chaque cas d'application individuel du régime. Or, dans son rapport à l'intention du Conseil européen de Laeken<sup>76</sup>, la Commission a expressément admis que les États membres avaient la possibilité de notifier des «régimes de compensation» dans le domaine du financement des services publics.

70. Quatrièmement, il faut souligner que, en vertu de l'article 94 du traité CE (devenu article 89 CE), le Conseil peut adopter des règlements d'exemption par catégorie dans le domaine des aides d'État. Le Conseil peut également habiliter la Commission à adopter ce type de règlements<sup>77</sup>.

75 — Article 1<sup>er</sup>, sous d), du règlement n° 659/1999.

76 — Précité à la note 4 ci-dessus (point 26).

77 — Voir, par exemple, règlement (CE) n° 994/98 du Conseil, du 7 mai 1998, sur l'application des articles 92 et 93 du traité instituant la Communauté européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales (JO L 142, p. 1).

71. Les règlements d'exemption par catégorie définissent les conditions dans lesquelles certaines catégories d'aides doivent être considérées comme compatibles avec le marché commun. Leur principal avantage réside dans le fait que les aides accordées conformément aux dispositions de ces règlements sont exemptées de l'obligation de notification prévue à l'article 93, paragraphe 3, du traité. Les États membres peuvent donc mettre leurs projets d'aides à exécution sans attendre une autorisation individuelle de la Commission.

72. Or, sur ce point, le Conseil européen de Laeken avait déjà demandé à la Commission d'établir un «cadre d'orientation» pour les aides destinées aux services publics<sup>78</sup>. En outre, les Conseils européens de Barcelone<sup>79</sup> et de Séville<sup>80</sup> ont expressément évoqué la possibilité, pour la Commission, de présenter un règlement d'exemption par catégorie dans ce domaine. La Commission a répondu qu'elle commencerait par établir un encadrement communautaire, mais qu'elle adopterait un règlement d'exemption dans la mesure où cela serait justifié<sup>81</sup>. La Commission a souligné qu'elle pourrait établir ce cadre dans le courant de l'année 2002<sup>82</sup>. Elle a cependant suspendu ses travaux en atten-

dant le prononcé de l'arrêt de la Cour dans la présente affaire<sup>83</sup>.

73. Il en résulte que, si la Cour décide d'adopter l'approche aide d'État dans la présente affaire, la Commission et le Conseil devraient être en mesure d'adopter un règlement d'exemption par catégorie dans un délai satisfaisant. Dans ce cas, les mesures étatiques destinées à compenser le coût des obligations de service public seront purement et simplement exemptées de l'obligation de notification. Les États membres pourront donc mettre leurs projets de financement à exécution sans attendre une autorisation individuelle de la Commission. La situation sera ainsi identique à celle qui est appliquée depuis 1969 dans le domaine des services publics de transports terrestres<sup>84</sup>.

74. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, nous pensons que les craintes exprimées par les parties intervenantes ne sont pas fondées. Selon nous, l'approche aide d'État n'est pas de nature à perturber le fonctionnement des services publics dans les États membres, ni à paralyser l'action de la Commission dans le domaine des aides d'État.

78 — Conclusions de la présidence, précitées à la note 4 ci-dessus (point 26).

79 — Conclusions de la présidence, précitées à la note 4 ci-dessus (point 42).

80 — Conclusions de la présidence, précitées à la note 4 ci-dessus (point 54).

81 — Rapport de la Commission sur les services d'intérêt général à l'intention du Conseil européen de Laeken, précité à la note 4 ci-dessus (points 28 et 29).

82 — *Ibidem* (point 28).

83 — Rapport de la Commission, du 16 juin 2002, relatif à l'état des travaux concernant les lignes directrices relatives aux aides d'État liées aux services d'intérêt économique général, précité à la note 4 ci-dessus (points 10 et 16), et rapport de la Commission, du 27 novembre 2002, relatif à l'état des travaux concernant les lignes directrices relatives aux aides d'État liées aux services d'intérêt économique général, précité à la note 4 ci-dessus (point 3).

84 — Voir règlement (CEE) n° 1191/69 du Conseil, du 26 juin 1969, relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable (JO L 156, p. 1), tel que modifié par le règlement (CEE) n° 1893/91 du Conseil, du 20 juin 1991 (JO L 169, p. 1).

D — *Sur l'approche quid pro quo*

75. Le second groupe d'intervenants propose à la Cour d'adopter l'approche quid pro quo, développée par l'avocat général Jacobs dans ses conclusions dans l'affaire GEMO<sup>85</sup>.

76. En vertu de cette approche, la Cour opérerait une distinction entre deux catégories de situations. La première catégorie de situations comprendrait les cas où il existe un lien direct et manifeste entre le financement étatique et les obligations de service public clairement définies. Dans ces cas, les sommes versées par l'État à l'entreprise bénéficiaire ne constitueraient pas une aide au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité, mais la contrepartie des obligations de service public assumées par l'entreprise.

77. À l'inverse, la seconde catégorie de situations couvrirait les cas où il n'existe pas de lien direct et manifeste entre le financement étatique et les obligations de service public ainsi que les cas où ces obligations ne sont pas clairement définies. Dans ces cas, les sommes versées par les autorités publiques constitueraient des aides qui seraient, comme telles, soumises aux obligations procédurales prévues à l'article 93, paragraphe 3, du traité.

85 — Précitée à la note 3 ci-dessus (points 117 à 129).

78. Pour notre part, nous pensons que cette approche pose essentiellement deux séries de difficultés.

79. Premièrement, l'approche quid pro quo semble difficilement conciliable avec la jurisprudence de la Cour en matière d'aides d'État.

80. Selon une jurisprudence constante, la Cour considère que, pour déterminer si une mesure étatique constitue une aide, seuls les effets de la mesure doivent être pris en considération<sup>86</sup>.

81. Les autres éléments caractérisant la mesure ne sont pas pertinents au stade de la détermination de l'existence d'une aide. Tel est le cas de la forme sous laquelle l'aide est accordée<sup>87</sup>, du statut juridique de la mesure en droit national<sup>88</sup>, du fait que la mesure s'inscrit dans un régime d'aides<sup>89</sup>,

86 — Voir, notamment, arrêts du 2 juillet 1974, *Italie/Commission* (173/73, Rec. p. 709, point 27); *Deuffel/Commission*, précité à la note 26 ci-dessus (point 8); du 29 février 1996, *Belgique/Commission*, précité à la note 22 ci-dessus (point 79); du 26 septembre 1996, *France/Commission* (C-241/94, Rec. p. I-4551, point 20), et du 12 décembre 2002, *Belgique/Commission* (C-5/01, Rec. p. I-11991, points 45 et 46).

87 — Arrêts du 14 novembre 1984, *Intermills/Commission* (323/82, Rec. p. 3809, point 31); du 10 juillet 1986, *Belgique/Commission*, précité à la note 18 ci-dessus (point 13), et du 10 juillet 1986, *Belgique/Commission* (40/85, Rec. p. 2321, point 12).

88 — Décision 93/349/CEE de la Commission, du 9 mars 1993, concernant une aide accordée par le gouvernement britannique à British Aerospace pour l'acquisition par celle-ci du groupe Rover, dépassant les aides autorisées dans la décision 89/58/CEE de la Commission fixant un plafond aux aides accordées pour cette opération ainsi que certaines conditions (JO L 143, p. 7, point IX).

89 — Arrêt *Cityflyer Express/Commission*, précité à la note 20 ci-dessus (point 94).

des causes de la mesure<sup>90</sup>, des objectifs de la mesure<sup>91</sup> ou l'intention des autorités publiques et de l'entreprise bénéficiaire<sup>92</sup>. Ces éléments sont dépourvus de pertinence parce qu'ils ne sont pas susceptibles d'avoir une incidence sur la concurrence. En revanche, ils peuvent devenir pertinents à un stade ultérieur de l'analyse, pour apprécier la compatibilité de l'aide au regard des dispositions dérogoires du traité<sup>93</sup>.

82. Or, l'approche *quid pro quo* revient à introduire ce type d'éléments dans la définition même de l'aide.

83. En effet, le premier critère proposé consiste à examiner s'il existe un «lien direct et manifeste» entre les ressources étatiques et les obligations de service public. En pratique, cela revient à exiger l'existence d'un contrat de service public conclu après une procédure d'adjudication publique<sup>94</sup>. De même, le second critère proposé consiste à examiner si les obligations de service public sont «clairement définies». En pratique, cela revient à s'assurer qu'il existe des dispositions législatives, réglementaires ou

contractuelles précisant la nature et le contenu des obligations qui incombent à l'entreprise<sup>95</sup>.

84. Dans ces conditions, l'approche *quid pro quo* se départit de la jurisprudence de la Cour en matière d'aides d'État. Elle revient à définir la notion d'aide non plus en fonction des seuls effets de la mesure, mais en fonction de critères d'ordre purement formel ou procédural. Sur le plan conceptuel, elle implique qu'une même mesure puisse être qualifiée d'aide ou de «non-aide» selon qu'il existe un contrat (de service public) ou un texte (définissant les obligations de service public), alors qu'elle produit des effets identiques sur la concurrence.

85. Deuxièmement, l'approche *quid pro quo* ne semble pas de nature à garantir un degré suffisant de sécurité juridique.

90 — Voir arrêts cités à la note 86 ci-dessus.

91 — *Idem*.

92 — Décision 92/11/CEE de la Commission, du 31 juillet 1991, concernant une aide accordée par le Derbyshire County Council, à Toyota Motor Corporation, une entreprise produisant des véhicules à moteur (JO 1992, L 6, p. 36, point V).

93 — Ainsi, certaines catégories d'aides ne sont compatibles avec le marché commun que si elles présentent une forme particulière [voir, par exemple, communication 97/C 238/02 de la Commission relative aux lignes directrices communautaires pour les aides d'État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté (JO 1997, C 283, p. 2, point 3.1, premier tiret)].

94 — Voir conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire GEMO, précitée à la note 3 ci-dessus (point 119).

86. En effet, le principal critère qui sous-tend cette approche est défini de manière vague et imprécise. Il est évident que cette caractéristique est volontaire et qu'elle vise à offrir la flexibilité requise pour apprécier

95 — *Ibidem* (point 120).

hender une large gamme de situations<sup>96</sup>. Il n'en reste pas moins qu'il est extrêmement difficile de savoir ce que recouvre la notion de «lien direct et manifeste». D'ailleurs, hormis l'hypothèse d'un contrat de service public conclu après une procédure d'adjudication, aucune des parties intervenantes n'a été en mesure de fournir un seul exemple concret de ce type de lien entre un financement étatique et des obligations de service public<sup>97</sup>.

87. Dans ces conditions, la notion de «lien direct et manifeste» — et donc la notion même d'aide d'État — sera susceptible de faire l'objet d'interprétations très diverses. Ces interprétations pourront aussi varier en fonction des conceptions culturelles (voire personnelles) des différentes entités chargées d'appliquer les règles du traité en matière d'aides d'État.

88. Or, sur le plan pratique, une telle divergence d'interprétations risque d'avoir des répercussions considérables.

96 — Voir conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire GEMO, précitée à la note 3 ci-dessus (point 129), et conclusions de l'avocat général Stix-Hackl dans l'affaire Enirisorse, précitée à la note 5 ci-dessus (point 157).

97 — En réalité, le seul critère concret et «opérationnel» qui puisse être posé dans le cadre de l'approche *quid pro quo* est l'exigence d'un contrat de service public conclu après une procédure d'adjudication. Les différentes parties intervenantes s'accordent cependant pour reconnaître qu'une telle exigence est disproportionnée (voir, également, conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire GEMO, précitée à la note 3 ci-dessus, point 129, et de l'avocat général Stix-Hackl dans l'affaire Enirisorse, précitée à la note 5 ci-dessus, point 157). En outre, il faut rappeler que, en son état actuel, la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1), ne s'applique pas aux concessions de service public. Il est donc difficile de poser une telle exigence de manière prétorienne dans le cadre des dispositions du traité en matière d'aides d'État.

89. Les États membres ne seront plus à même d'identifier précisément les mesures qui doivent être notifiées à la Commission<sup>98</sup>. Les entreprises ne sauront pas davantage si elles peuvent se fier à la légalité du financement étatique. Les juges nationaux auront, eux aussi, des difficultés à savoir s'ils doivent appliquer la jurisprudence de la Cour relative à l'effet direct de l'article 93, paragraphe 3, du traité. Enfin, la Commission ne sera plus en mesure de déterminer avec certitude si elle peut ouvrir une procédure à l'encontre d'un financement étatique.

90. En définitive, la notion de «lien direct et manifeste» ne pourra être définie qu'au cas par cas. Elle devra nécessairement être précisée par la Cour au fil des affaires qui lui seront déférées. Or, une telle solution n'est pas satisfaisante ni pour les instances politiques de l'Union ni pour la Cour elle-même.

91. D'une part, une des préoccupations majeures exprimées par les Conseils européens de Nice<sup>99</sup>, de Laeken<sup>100</sup> et de Barcelone<sup>101</sup> est le souci de garantir une sécurité juridique accrue dans le domaine de l'application du droit des aides aux services d'intérêt général. De même, on sait que la Commission a suspendu ses travaux

98 — Les États membres pourraient même être tentés d'invoquer l'approche *quid pro quo* pour justifier l'absence de notification des mesures de financement à la Commission (voir, en ce sens, Rizza, C., précité à la note 6 ci-dessus, p. 11).

99 — Conclusions de la présidence, précitées à la note 4 ci-dessus (point 47 et annexe II).

100 — Conclusions de la présidence, précitées à la note 4 ci-dessus (point 26).

101 — Conclusions de la présidence, précitées à la note 4 ci-dessus (point 42).

dans ce domaine en attendant le prononcé de l'arrêt de la Cour dans la présente affaire<sup>102</sup>. Il ne sera donc pas suffisant de dégager une solution qui doit nécessairement être définie au cas par cas dans la jurisprudence. Selon nous, il est indispensable d'adopter une position claire et précise pour permettre aux institutions de définir la politique communautaire dans le domaine du financement étatique des services publics, et de garantir ainsi la sécurité juridique requise dans un domaine aussi sensible.

92. D'autre part, une solution au cas par cas aura inévitablement pour effet de placer les juridictions nationales dans une situation de «dépendance» vis-à-vis de la Cour. Dès lors que la notion de «lien direct et manifeste» (ou toute autre notion similaire) devra être précisée au fil de la jurisprudence, les juges nationaux devront nécessairement recourir à la procédure préjudicielle pour interpréter la notion d'aide. Une telle solution paraît difficilement compatible avec la finalité de la procédure instituée par l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE)<sup>103</sup>. En tout état de cause, elle risque de conduire à un accroissement inutile du nombre de renvois préjudiciels devant la Cour.

93. L'approche aide d'État, quant à elle, permet d'éviter ces inconvénients.

94. Nous l'avons vu, cette approche consiste à considérer que les avantages financiers accordés par les autorités d'un État membre en vue de compenser le coût des obligations de service public qu'elles imposent à une entreprise constituent des aides au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité. Dans la mesure où elle pose un principe clair et précis, cette approche permet à l'ensemble des acteurs concernés (autorités publiques, opérateurs privés, juridictions nationales, institutions communautaires) d'identifier précisément les mesures qui relèvent du champ d'application des règles du traité en matière d'aides d'État.

95. En outre, les principes qui sous-tendent l'approche aide d'État peuvent être posés par la Cour dans un seul et même arrêt. Cette approche n'est donc pas susceptible d'entraîner un accroissement du nombre de renvois préjudiciels devant la Cour.

96. Compte tenu de ces éléments, l'approche aide d'État permet de garantir une sécurité juridique et une transparence accrues dans le domaine du financement étatique des services publics.

102 — Rapport de la Commission, du 16 juin 2002, relatif à l'état des travaux concernant les lignes directrices relatives aux aides d'État liées aux services d'intérêt économique général, précité à la note 4 ci-dessus (points 10 et 16), et rapport de la Commission, du 27 novembre 2002, relatif à l'état des travaux concernant les lignes directrices relatives aux aides d'État liées aux services d'intérêt économique général, précité à la note 4 ci-dessus (point 3).

103 — Voir, sur ce point, conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire Danner (arrêt du 3 octobre 2002, C-136/00, Rec. p. I-8147, p. I-8150, point 38).

### III — Conclusion

97. Au regard de l'ensemble des considérations qui précèdent, et de celles que nous avons exposées dans nos précédentes conclusions, nous proposons donc à la Cour de dire pour droit:

- «1) Les avantages financiers accordés par les autorités d'un État membre en vue de compenser le coût des obligations de service public qu'elles imposent à une entreprise constituent des aides d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité CE (devenu, après modification, article 87, paragraphe 1, CE).
  
- 2) Les mesures comportant les avantages visés au point 1 ci-dessus sont soumises aux obligations de notification et de suspension prévues à l'article 93, paragraphe 3, du traité CE (devenu article 88, paragraphe 3, CE).
  
- 3) L'article 90, paragraphe 2, du traité CE (devenu article 86, paragraphe 2, CE) doit être interprété en ce sens qu'il ne produit pas d'effets directs dans le domaine des aides d'État.»