

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
présentées le 11 mars 2004¹

Introduction

1. La présente affaire préjudicielle, dont vous avez été saisis par le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême) (Pays-Bas), soulève des problèmes affectant un bon nombre d'éléments constitutifs du régime communautaire des aides d'État: la notion d'aide, la relation entre l'avantage octroyé et les moyens de le financer, la portée de l'obligation de notification, le rôle joué par la règle de minimis et les conséquences internes de l'absence de notification, entre autres.

2. Le paradoxe est qu'il ne s'agit pas, à première vue, d'un des cas auxquels le législateur a pu penser lorsqu'il a doté la Communauté d'instruments pour se protéger d'un interventionnisme étatique excessif, susceptible de fausser le jeu intracommunautaire de la concurrence: la procédure au principal vise à faire constater l'invalidité des mesures ayant permis de lancer, sous la férule d'un organisme professionnel, une campagne publicitaire collective de promo-

tion des services des opticiens, ainsi qu'à obtenir le remboursement des charges supportées par les entrepreneurs affiliés pour le financement de cette campagne.

Les entreprises requérantes dans la procédure au principal ne sont pas des concurrentes lésées par le régime d'aides, mais ses bénéficiaires théoriques. Elles utilisent les moyens qui garantissent l'effet utile du droit communautaire pour attaquer en justice une mesure qu'elles considèrent comme défavorable à leurs intérêts économiques.

Droit applicable

A — *Réglementation communautaire*

3. L'article 92, paragraphe 1, du traité CE (devenu, après modification, article 87, paragraphe 1, CE) dispose:

1 — Langue originale: l'espagnol.

«Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.»

projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Si elle estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché commun, aux termes de l'article 92, elle ouvre sans délai la procédure prévue au paragraphe précédent. L'État membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées, avant que cette procédure ait abouti à une décision finale.»

4. L'article 93 du traité CE (devenu article 88 CE) précise que:

5. Conformément au premier alinéa de la communication de la Commission, du 6 mars 1996, relative aux aides de minimis ²:

«1. La Commission procède avec les États membres à l'examen permanent des régimes d'aides existant dans ces États. Elle propose à ceux-ci les mesures utiles exigées par le développement progressif ou le fonctionnement du marché commun.

«[...] Si toute intervention financière de l'État accordée à une entreprise fausse ou risque de fausser, dans une mesure plus ou moins importante, la concurrence entre cette entreprise et ses concurrents qui ne bénéficient pas d'une telle aide, toute aide n'a pas un impact sensible sur les échanges et la concurrence entre États membres. Ceci vaut en particulier pour les aides dont le montant est très peu élevé [...]»

2. Si, après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations, la Commission constate qu'une aide accordée par un État ou au moyen de ressources d'État n'est pas compatible avec le marché commun aux termes de l'article 87, ou que cette aide est appliquée de façon abusive, elle décide que l'État intéressé doit la supprimer ou la modifier dans le délai qu'elle détermine. [...]

6. Aux termes du deuxième alinéa de la communication, l'article 92, paragraphe 1, du traité peut être considéré comme inapplicable aux aides d'un montant n'excédant pas 100 000 écus (actuellement 100 000 euros), octroyées pour une période de trois ans à

3. La Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des

² — JO C 68, p. 9 (ci-après la «communication» ou la «communication de minimis»).

partir de la première aide de minimis. Ce seuil est fixé pour toutes les catégories d'aide, quels que soient leurs formes et leurs objectifs, à l'exception de celles accordées à l'exportation, qui sont exclues du bénéfice de la mesure.

B — Droit néerlandais

7. La Wet op de bedrijfsorganisatie (loi néerlandaise sur l'organisation professionnelle, ci-après la «WBO») du 27 janvier 1950, régit la mission, la composition, les méthodes de travail, les aspects financiers et le régime de surveillance des groupements professionnels auxquels est confiée une responsabilité propre dans l'organisation et le développement de leur secteur d'activité.

8. Conformément à l'article 71 de la WBO, ces groupements professionnels, en tant qu'organismes publics, doivent tenir compte non seulement de l'intérêt commun des entreprises affiliées, mais également de l'intérêt général.

9. Aux termes de l'article 73 de la WBO, les organes directeurs des groupements profes-

sionnels sont composés, paritairement, de délégués d'organisations représentatives des entrepreneurs et des salariés.

10. Le législateur néerlandais a conféré aux groupements professionnels les facultés nécessaires pour réaliser leur mission. Ainsi l'article 93 de la WBO permet-il à leurs organes directeurs de promulguer les règlements qu'ils estiment nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches, tant dans l'intérêt des entreprises du secteur économique en cause qu'en ce qui concerne les conditions de travail des salariés. Ces règlements sont approuvés par le Sociaal-Economische Raad (Conseil économique et social), à condition toutefois de ne pas entraîner de restriction de la concurrence (article 93, paragraphe 5, de la WBO).

11. L'article 126 de la WBO permet aux groupements professionnels d'adopter, pour faire face à leurs dépenses, des règlements qui imposent des contributions à leurs affiliés. Les contributions générales financent le fonctionnement ordinaire de l'organisme, tandis que les «charges affectées obligatoires» visent des objectifs spécifiques. Conformément à l'article 127, ces paiements peuvent être recouverts par commandement d'huissier.

12. Par ailleurs, la Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie (loi néerlandaise sur les recours administratifs des

organisations professionnelles), du 16 septembre 1954, dans sa version modifiée, fixe le régime des recours de contentieux administratif en matière de groupements professionnels.

15. La contribution imposée à Pearle e.a. s'est élevée à 850 NLG par établissement. Les règlements qui instaurent la redevance litigieuse, renouvelés chaque année jusqu'en 1998, n'ont jamais été contestés par les entreprises affiliées.

La procédure au principal

13. Pearle BV, Hans Prijs Optiek Franchise B.V. et Rinck Opticiens BV (ci-après «Pearle e.a.» ou simplement «Pearle») sont des sociétés établies aux Pays-Bas qui se consacrent au commerce de matériel d'optique. En cette qualité, elles sont affiliées, en vertu de la WBO³, au Hoofdbedrijfschap Ambachten (groupement interprofessionnel de l'artisanat, ci-après le «HBA»), un organisme professionnel de droit public.

16. Pearle e.a. ont néanmoins estimé que les campagnes publicitaires collectives organisées par le HBA bénéficiaient surtout à leurs concurrents et grevaient inutilement leur propre budget publicitaire.

14. À la demande d'une association privée d'opticiens, la Nederlandse Unie van Opticiens (Union néerlandaise des opticiens, ci-après la «NUVO»), dont Pearle e.a. faisaient alors partie, le HBA a imposé à ses membres, pour la première fois en 1988, une «charge affectée obligatoire»⁴ destinée à financer une campagne publicitaire collective en faveur des entreprises du secteur. Cette contribution devait également servir à permettre la création d'une commission consultative annexée à l'organe directeur du HBA, la Commissie Optiekbedrijf.

17. Le 29 mars 1995, elles ont saisi le tribunal civil de La Haye d'un recours contre le HBA en vue d'obtenir l'annulation des règlements ayant institué les contributions en question et le remboursement des montants versés.

18. La thèse des requérantes au principal était que les services fournis sous forme de campagnes publicitaires constituaient des aides d'État, au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité, de sorte que les règlements qui en ont imposé le financement auraient dû être communiqués à la Commission en vertu de l'article 93, paragraphe 3. Faute de notification, les mesures d'aide seraient dépourvues de base juridique.

3 — Voir point 7 ci-dessus.

4 — Voir point 11 ci-dessus.

19. La juridiction de première instance a rejeté les arguments des parties requérantes; ce rejet ayant été confirmé en appel, elles se sont pourvues en cassation devant le Hoge Raad der Nederlanden.

Les questions préjudicielles

20. Dans ces circonstances, le Hoge Raad a sursis à statuer le 27 septembre 2002 et a saisi la Cour de justice des questions préjudicielles suivantes:

«1) Le système en cause ici, imposant le prélèvement de charges en vue du financement de campagnes publicitaires collectives, doit-il être considéré comme (une partie de) une mesure d'aide au sens de l'article 92, paragraphe 1, CE et faut-il notifier à la Commission l'intention de le mettre en œuvre, sur la base de l'article 93, paragraphe 3, CE? Cela vaut-il uniquement pour l'organisation et l'offre de campagnes publicitaires collectives ou également pour ses modalités de financement, comme un règlement prélevant des charges et/ou les modalités de prélèvement prises en exécution de ce dernier? Y a-t-il une différence si les campagnes publicitaires collectives sont offertes à (des entreprises de) la même branche économique que celle à qui les dispositions de prélèvement en cause sont imposées? Dans l'affirmative, quelle est cette diffé-

rence? Est-il important de déterminer si les frais exposés par l'organisme public sont entièrement compensés par les charges affectées obligatoires prélevées à charge des entreprises qui profitent du service rendu, en manière telle que le bénéfice accordé ne coûte rien à l'État? Est-il important de savoir si le bénéfice des campagnes publicitaires collectives se répartit de manière plus ou moins uniforme sur tout le secteur et si chaque établissement du secteur est censé retirer un bénéfice ou profit plus ou moins identique de ces campagnes?

- 2) L'obligation de notifier visée à l'article 93, paragraphe 3, s'applique-t-elle à toute mesure d'aide ou seulement à la mesure d'aide qui correspond à la description de l'article 92, paragraphe 1? Pour échapper à son obligation de notifier, un État membre a-t-il la liberté d'apprécier si une mesure d'aide remplit les conditions de l'article 92, paragraphe 1? Si oui, laquelle? Et dans quelle mesure cette liberté d'appréciation modifie-t-elle l'obligation de notifier de l'article 93, paragraphe 3? Ou faut-il conclure que l'obligation de notification ne s'applique pas uniquement si l'on peut raisonnablement considérer que la mesure n'est pas une aide?
- 3) Si le juge national en arrive à la conclusion qu'il s'agit d'une mesure d'aide au sens de l'article 92, paragraphe 1, doit-il tenir compte de la règle 'de minimis' telle que formulée par

la Commission dans l'avis publié au JO 1992, C 213 (et ensuite au JO 1996, C 68) lorsqu'il examine le point de savoir s'il faut qualifier la mesure de mesure d'aide qui aurait dû être notifiée conformément à l'article 93, paragraphe 3? Si oui, cette règle 'de minimis' doit-elle s'appliquer également avec effet rétroactif à des mesures d'aide qui ont été exécutées avant la publication de la règle et de quelle manière faut-il appliquer cette règle 'de minimis' à des mesures d'aide comme des campagnes publicitaires collectives annuelles qui profitent à tout un secteur?

- 4) La décision dans l'affaire C-39/94 (SFEI/La Poste), Rec. 1996, p. I-3547, portant sur l'effet utile de l'article 93, paragraphe 3, signifie-t-elle que le juge national doit annuler tant les règlements que les décisions de prélèvements prises sur la base de ces règlements et qu'il doit condamner l'organisme public à rembourser les droits, même si la règle jurisprudentielle néerlandaise de la force juridique formelle des décisions de prélèvements y fait obstacle? Est-il important en la matière que le fait de rembourser les charges n'annule pas le bénéfice que le secteur économique et les entreprises individuelles ont retiré des campagnes publicitaires collectives? Le droit communautaire permet-il de ne pas rembourser la totalité ou une partie des charges affectées obligatoires si le juge national estime que le secteur

économique ou les entreprises prises individuellement obtiendraient un bénéfice déraisonnable compte tenu du fait que l'avantage retiré des campagnes publicitaires ne peut pas être restitué en nature?

- 5) Si une mesure d'aide n'est pas notifiée sur la base de l'article 93, paragraphe 3, un organisme public peut-il invoquer la règle précitée de la force juridique formelle de la décision de prélèvement pour échapper à son obligation de restitution, si celui à qui est adressée cette décision n'était pas informé que la mesure d'aide — dont fait partie la décision de prélèvement — n'avait pas été notifiée, ni au moment de son adoption ni pendant le délai ouvert pour introduire un recours administratif? Un justiciable est-il en droit de supposer que l'État a respecté son obligation de notifier découlant de l'article 93, paragraphe 3?»

Procédure devant la Cour de justice

21. La demande de décision préjudicielle a été enregistrée au greffe de la Cour le 30 septembre 2002.

22. Des observations écrites ont été présentées par les parties dans la procédure au principal, par le gouvernement néerlandais et par la Commission des Communautés européennes.

23. Une audience publique a été tenue le 29 janvier 2004, en présence des agents du gouvernement néerlandais et de la Commission.

Analyse juridique

24. La présente affaire contraint à la fois la juridiction nationale et la Cour à aborder des questions affectant certains éléments essentiels du régime communautaire des aides d'État. Étant donné la complexité des appréciations requises dans ce cadre, il semble préférable de commencer, à l'instar de la Commission, par les deux dernières questions, relatives au caractère inattaquable des actes administratifs qui n'ont pas été contestés dans les délais; en effet, si le juge national considérait que les parties requérantes au principal auraient eu la possibilité d'exercer des recours de droit interne pour protéger efficacement leurs droits dans des conditions équivalant à celles applicables aux actions fondées sur cet ordre juridique, il n'y aurait pas lieu de trancher les autres problèmes soulevés.

Sur les quatrième et cinquième questions préjudicielles: les effets de l'absence de notification

25. Par ces deux questions, le juge de renvoi vise à connaître les effets du non-respect de l'obligation de notifier une aide comme celle visée dans le dossier. Le Hoge Raad s'intéresse en particulier à l'incidence de la règle nationale de la force juridique formelle des actes n'ayant pas fait l'objet d'un recours dans les délais sur la possibilité d'annuler les règlements litigieux ou d'exiger le remboursement des contributions perçues en vertu de ces règlements.

26. Néanmoins, à titre liminaire, il s'interroge sur le point de savoir si ce manquement entraîne l'invalidité non seulement de l'acte octroyant l'aide, mais également de celui qui en organise le financement. À cet égard, il renvoie à l'arrêt du 11 juillet 1996, SFEI e.a.⁵

27. Il faut souligner que, d'après cet arrêt⁶, même l'obligation de rembourser l'aide peut, dans des circonstances exceptionnelles, se révéler inappropriée. C'est pourquoi les conséquences que le juge national doit tirer

5 — C-39/94, Rec. p. I-3547.

6 — Ibidem, point 71.

du fait qu'un projet d'aide n'a pas été communiqué ne sont pas automatiques, mais dépendent de la nécessité de préserver l'effet utile du droit communautaire.

28. Or, l'objectif primordial du contrôle que la Commission est appelée à exercer sur les projets d'aide est de protéger la libre concurrence dans la Communauté. L'interdiction de l'article 93, paragraphe 3, dernière phrase, du traité vise à atteindre cet objectif en associant l'institution communautaire à l'appréciation de situations économiques complexes.

29. Ainsi que la Cour l'a indiqué plus précisément, l'article 93, paragraphe 3, dernière phrase, du traité constitue la sauvegarde du mécanisme de contrôle institué par cet article, lequel, à son tour, est essentiel pour garantir le fonctionnement du marché commun⁷.

30. Partant, les mesures susceptibles d'être adoptées, conformément aux ordres juridiques nationaux, en cas de non-respect de cette interdiction par un régime d'aides, passent par une remise de la situation en l'état dans lequel elle se trouvait avant l'intervention étatique illicite. Il convient

ainsi d'exiger le remboursement des avantages perçus et, le cas échéant, de déclarer l'invalidité de ce régime, afin d'éradiquer le comportement illégal de l'ordre juridique. Néanmoins, une mesure adéquate pour préserver l'effet utile de l'article 93, paragraphe 3, dernière phrase, du traité ne doit pas aggraver le désavantage subi par les concurrents dans les échanges intracommunautaires par rapport aux bénéficiaires de l'aide. Tel serait pourtant le résultat si l'on permettait le remboursement des contributions sans réclamer en même temps le remboursement de l'aide perçue, puisque le bénéfice obtenu se verrait accru par la suppression des charges financières, ce qui fausserait encore plus le jeu de la concurrence, en violation du traité.

31. Par conséquent, dans des circonstances comme celles de la présente espèce, un juge national ne peut que rejeter une demande de remboursement de contributions au financement d'une campagne publicitaire si ce remboursement ne s'accompagne pas de la restitution simultanée de l'avantage obtenu; toute autre solution serait contraire à l'objectif final de la réglementation européenne.

32. En dépit de l'argumentation de la Commission, je ne crois pas qu'il y ait une jurisprudence contraire au point de vue que je défends.

⁷ — Arrêts du 9 octobre 1984, Heineken Brouwerijen (91/83 et 127/83, Rec. p. 3435, point 20), du 14 février 1990, France/Commission, dit «Boussac» (C-301/87, Rec. p. I-307, point 17).

33. D'après l'arrêt du 21 novembre 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon⁸ (ci-après l'«arrêt FNCE»), la validité des actes comportant mise à exécution de mesures d'aide est affectée par la méconnaissance, de la part des autorités nationales, de l'article 93, paragraphe 3, dernière phrase, du traité. Les juridictions nationales doivent dès lors garantir aux justiciables que toutes les conséquences seront tirées de cette méconnaissance, conformément à leur droit national, tant en ce qui concerne la validité de ces actes que le recouvrement des avantages économiques accordés, de sorte que les mesures qu'elles adoptent soient toujours nécessaires pour annuler les effets du manquement à une interdiction dont l'objet ultime est de garantir que le jeu de la concurrence ne soit pas faussé par les interventions étatiques.

34. Dans l'affaire Ferring⁹, le gouvernement français a mis en question la pertinence du renvoi préjudiciel en faisant valoir que le juge national ne pouvait, dans le meilleur des cas, qu'ordonner la récupération d'une aide non notifiée, mais en aucun cas le remboursement de la taxe ayant servi au financement; l'avocat général Tizzano a fait valoir que, avant tout, l'illégalité de l'aide aurait aussi pour conséquence de rendre illégaux les actes nationaux d'exécution, comme la perception de la taxe litigieuse. En outre, le

remboursement des sommes payées au titre de cette taxe pourrait représenter une façon efficace de rétablir le status quo ante, en éliminant les distorsions de concurrence découlant prétendument de l'imposition asymétrique de la taxe¹⁰.

35. L'arrêt n'a pas abordé la question. De toute façon, il faut signaler, pour expliquer la position de l'avocat général, que, à la différence de la présente affaire, Ferring avait été contrainte de payer une contribution visant à fournir une aide dont bénéficieraient les entreprises concurrentes dans les *échanges intracommunautaires*¹¹. Le remboursement de la taxe correspondante contribuait au rétablissement de la libre concurrence.

36. L'affaire Van Calster e.a.¹² s'inscrit dans un contexte très spécifique. Le gouvernement belge avait modifié un régime d'aides financé par des taxes parafiscales sur les produits nationaux et importés, que la Commission avait déclaré incompatible avec le marché commun, en rétablissant des cotisations perçues sur les produits nationaux avec effet rétroactif à la date d'entrée en vigueur du premier régime, déclaré illicite.

8 — C-354/90, Rec. p. I-5505, point 12.

9 — Arrêt du 22 novembre 2001 (C-53/00, Rec. p. I-9067).

10 — Avec référence aux arrêts du 4 avril 1995, Commission/Italie (C-348/93, Rec. p. I-673, point 26), et du 20 mars 1997, Alcan Deutschland (C-24/95, Rec. p. I-1591, point 23).

11 — Arrêt Ferring, point 21.

12 — Arrêt du 21 octobre 2003 (C-261/01 et C-262/01, Rec. p. I-12249).

37. La décision prise par la Cour dans cette affaire s'explique plus particulièrement par le caractère contestable de la technique législative employée qui, si elle était admise, permettrait aux États membres de mettre immédiatement à exécution un projet d'aide d'État sans notifier celui-ci et d'éviter les conséquences de l'absence de notification par l'abolition de la mesure d'aide ainsi que par sa réintroduction simultanée avec effet rétroactif¹³.

38. L'arrêt a rappelé que, sur un plan général, les conséquences découlant de la violation de l'obligation de notification d'un projet d'aide s'appliquent également à son mode de financement¹⁴.

Dans cet arrêt, la Cour a encore précisé que l'article 92 du traité ne permet pas à la Commission d'isoler l'aide proprement dite de son mode de financement¹⁵; en effet, même si l'aide est en soi compatible avec le traité, elle peut voir son effet perturbateur aggravé par des modalités de financement qui *rendraient l'ensemble incompatible avec un marché unique et l'intérêt commun*¹⁶.

39. L'examen d'une aide ne doit par conséquent pas être séparé de celui de son financement¹⁷, même si l'État membre n'est qu'en principe obligé de rembourser les sommes perçues en violation du droit communautaire¹⁸.

40. Cette doctrine jurisprudentielle semble laisser entendre qu'il n'y a pas d'obligation de ce genre lorsque sa mise en œuvre entraînerait des conséquences plus pernicieuses pour la liberté de concurrence que celles qui résultent du système d'aides non notifié.

41. Enfin, dans l'arrêt du 20 novembre 2003, GEMO¹⁹, il s'agissait de la qualité d'aide d'État d'un régime qui, moyennant paiement d'une taxe, garantissait aux éleveurs de bétail et aux abattoirs français la collecte et l'élimination gratuites des cadavres d'animaux et des déchets d'abattoirs.

42. GEMO, partie requérante au principal dans cette affaire, était une société faisant le commerce de viandes, qui était tenue au paiement de la taxe et qui bénéficiait de l'aide. Devant les juridictions nationales, elle a fait valoir l'invalidité du régime parce qu'il

13 — Ibidem, point 60.

14 — Ibidem, point 44.

15 — Ibidem, point 46.

16 — Ibidem, point 47.

17 — Ibidem, point 49. Avec référence à l'arrêt du 25 juin 1970, France/Commission (47/69, Rec. p. 487, point 8).

18 — Ibidem, point 53.

19 — C-126/01, Rec. p. I-13769.

n'avait pas été notifié et elle a demandé le remboursement des sommes versées au titre de la taxe.

— enfin, en troisième lieu, l'arrêt n'a eu à se prononcer que sur la qualification qu'il convenait d'attribuer au régime. Il n'a pas dit si le remboursement de la taxe était approprié pour préserver l'effet utile de l'obligation de notification établie à l'article 93, paragraphe 3, du traité.

La Cour a analysé les divers éléments du régime et a conclu qu'il s'agissait d'une aide au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité.

43. Ce précédent ne peut cependant être invoqué en l'espèce, pour les raisons suivantes:

44. Partant de toutes ces considérations, force est de dire que le simple remboursement des charges affectées au financement de l'aide, sans récupérer les avantages obtenus par ses bénéficiaires, ne va pas dans le sens de l'objectif communautaire constitué par la loyauté de concurrence.

— en premier lieu, les sommes perçues étaient directement administrées par l'État, qui déléguaient la réalisation du service à des entreprises privées; le gouvernement français n'avait d'ailleurs pas contesté leur caractère de «ressources d'État»;

45. En dépit de tout, cette question pourrait être écartée comme superflue si l'on admettait que, en toute hypothèse, les parties requérantes n'ont pas su exercer leurs droits au moment opportun et par les moyens opportuns.

— en second lieu, la mesure poursuivait un objectif d'intérêt général, comme la protection de la santé publique et de l'environnement contre le risque d'élimination incontrôlée de cadavres et de restes d'animaux; il n'y avait aucun doute que l'administration agissait *en sa qualité d'État*;

46. D'après la décision de renvoi, la règle de la force juridique formelle des actes non attaqués a été élaborée par la jurisprudence. Elle signifie que, lorsque le juge civil doit examiner une action en paiement indu, comme dans la présente affaire, dans laquelle on demande la récupération des sommes versées au motif de l'illégalité de la décision fondant le paiement, il doit partir du principe

— sauf exceptions — que la décision est conforme au droit, tant en ce qui concerne son mode d'adoption que son contenu, lorsque l'intéressé a laissé passer le délai pendant lequel il aurait pu utiliser une voie de recours administrative.

de nature interne ni rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire²².

47. Prise isolément, l'interdiction énoncée à l'article 92, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas automatiquement²⁰. Dans les circonstances correspondantes, la fonction primordiale des organes juridictionnels sous l'angle de la protection de l'effet utile de la réglementation communautaire sur les aides d'État est de garantir qu'aucune aide ne soit mise en œuvre sans avoir été préalablement notifiée à la Commission.

49. Les juridictions nationales doivent garantir aux justiciables qui font valoir une telle violation que toutes les conséquences en seront tirées, conformément à leur droit national, tant en ce qui concerne la validité des actes comportant mise à exécution des mesures d'aide, que pour le recouvrement des avantages économiques accordés au mépris de l'obligation de notification prévue à l'article 93, paragraphe 3, du traité²³.

48. Ainsi que la Cour l'a souligné dans son arrêt du 16 décembre 1976, Rewe²¹, il résulte du principe de coopération énoncé à l'article 5 du traité CE (devenu article 10 CE) que, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, étant entendu que ces modalités ne sauraient être moins favorables que celles concernant des recours similaires

50. C'est aux juridictions nationales qu'il appartient de dispenser la protection accordée par le droit communautaire, conformément aux modalités de procédure définies par leur ordre juridique interne, dans le cadre des principes dits «d'équivalence» et «d'effectivité».

20 — Voir, à ce propos, l'arrêt du 19 juin 1973, Capolongo (77/72, Rec. p. 611, point 6).

21 — 33/76, Rec. p. 1989, point 5.

22 — Dans le même sens, voir arrêts du 16 décembre 1976, Comet (45/76, Rec. p. 2043, points 12 à 16); du 27 février 1980, Just (68/79, Rec. p. 501, point 25); du 9 novembre 1983, San Giorgio (199/82, Rec. p. 3595, point 14); du 25 février 1988, Bianco et Girard (331/85, 376/85 et 378/85, Rec. p. 1099, point 12); du 24 mars 1988, Commission/Italie (104/86, Rec. p. 1799, point 7); du 14 juillet 1988, Jeunehomme et EGi (123/87 et 330/87, Rec. p. 4517, point 17); du 19 novembre 1991, Francovich e.a. (C-6/90 et C-9/90, Rec. p. I-5357, points 42 et 43); du 9 juin 1992, Commission/Espagne (C-96/91, Rec. p. I-3789, point 12), et du 14 décembre 1995, Peterbrøck (C-312/93, Rec. p. I-4599, point 12).

23 — Arrêt FNCE, précité note 8, point 12.

51. Il résulte des observations présentées à la Cour que le droit néerlandais permettait d'attaquer les règlements ayant institué le régime d'aides litigieux dans un délai de trente jours, selon la Commission, ou d'un mois, d'après le gouvernement néerlandais, de sorte que les parties requérantes avaient la possibilité de faire valoir l'absence de notification préalable dans le cadre d'une procédure ordinaire; il n'y a donc aucun doute quant au respect du principe d'équivalence.

52. D'autre part, comme le relève la Commission, le délai de recours n'est pas excessivement court, surtout si l'on tient compte du fait que les parties requérantes étaient sans doute informées de l'élaboration des règlements, puisqu'elles étaient membres de l'association qui en a demandé l'adoption²⁴. En toute hypothèse, comme la Commission l'a également souligné dans ses observations, la force juridique acquise par les actes n'ayant pas été attaqués dans les délais n'a pas un caractère absolu; le juge national a le droit de l'écartier dans certains cas, pour tenir compte de circonstances exceptionnelles.

53. Il appartient dès lors à la juridiction nationale de vérifier si les voies de recours ouvertes aux parties requérantes pour contester la validité des règlements relatifs à la prétendue aide d'État permettaient, dans leurs modalités concrètes, d'assurer l'efficacité de la norme communautaire.

La première question préjudicielle: la notion d'aide d'État

54. Avec sa première question, la juridiction de renvoi veut en substance savoir si un système comme celui qui est décrit dans la procédure au principal, sur la base duquel un organisme de droit public lance une campagne de publicité en faveur d'un secteur économique, au moyen de fonds collectés en imposant le paiement d'une contribution à ses affiliés, doit être considéré comme une aide d'État aux fins de l'article 92, paragraphe 1, du traité.

55. Mon sentiment premier est que, lorsqu'il a énoncé l'interdiction contenue à l'article 92, paragraphe 1, le législateur communautaire n'avait pas à l'esprit les initiatives qu'un organisme professionnel à caractère corporatif pourrait financer au moyen de contributions versées par ses membres.

56. Quoiqu'il en soit, il convient de se référer à la notion juridique d'«aide d'État».

57. L'article 92, paragraphe 1, du traité déclare incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de

24 — Voir point 14 ci-dessus.

ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

60. Partant, seuls les avantages accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État sont considérés comme des aides au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité.

58. Il a beaucoup été débattu du sens de la distinction entre aides accordées «par les États» et aides accordées «au moyen de ressources d'État». Une simple interprétation littérale pouvait faire penser que la première expression interdisait toutes les mesures qui, étant attribuables à l'État, avaient pour résultat d'accorder un avantage à un secteur économique déterminé.

61. Il convient donc de vérifier si la campagne publicitaire en cause peut être considérée comme financée par des ressources d'État.

59. Dans ses conclusions du 26 octobre 2000, dans l'affaire *PreussenElektra*²⁵, l'avocat général Jacobs a démontré que, dans le droit actuellement en vigueur²⁶, la distinction établie à l'article 92, paragraphe 1, ne signifie pas que tous les avantages consentis par un État constituent des aides, qu'ils soient ou non financés au moyen de ressources étatiques. Cette distinction vise simplement à inclure dans le concept d'aide non seulement les avantages accordés directement par l'État, mais également ceux octroyés par l'intermédiaire d'organismes publics ou privés qu'il désigne ou institue²⁷.

62. Selon la Commission, tel est bien le cas. Ainsi qu'elle l'a exposé dans ses observations, il faut avant tout déterminer si l'État a réuni des fonds, d'une manière quelconque, pour les mettre ensuite à la disposition de certaines entreprises. Au point 58 de l'arrêt *PreussenElektra*, précité, la Cour de justice aurait étendu la notion d'aide à tous les avantages consentis par le truchement d'organismes publics ou privés, désignés ou institués par l'État.

La Commission renvoie également à l'arrêt prononcé le 11 novembre 1987 dans l'affaire *France/Commission*²⁸, dans lequel la Cour a déclaré que le seul fait de financer un régime de subventions par une taxe parafiscale prélevée sur toute livraison de produits nationaux du secteur en question ne suffit pas pour enlever à ce régime son caractère

25 — Arrêt du 13 mars 2001 (C-379/98, Rec. p. I-2099, points 114 à 133 des conclusions).

26 — Droit qui se rattache à la jurisprudence inaugurée par l'arrêt du 24 janvier 1978, *Van Tiggele* (82/77, Rec. p. 25, points 24 et 25).

27 — Voir arrêts du 17 mars 1993, *Slooman Neptun* (C-72/91 et C-73/91, Rec. p. I-887, point 19); du 30 novembre 1993, *Kirsammer-Hack* (C-189/91, Rec. p. I-6185, point 16); du 7 mai 1998, *Viscido e.a.* (C-52/97 à C-54/97, Rec. p. I-2629, point 13); du 1^{er} décembre 1998, *Ecotrade* (C-200/97, Rec. p. I-7907, point 35), et du 17 juin 1999, *Piaggio* (C-295/97, Rec. p. I-3735, point 35).

28 — 259/85, Rec. p. 4393, point 23.

d'aide accordée par l'État. L'arrêt du 22 mars 1977, *Steinike & Weinlig*²⁹, était allé dans le même sens.

À l'appui de sa déduction, la Commission fait encore valoir l'arrêt du 16 mai 2000, *France/Ladbroke Racing et Commission*³⁰, pour expliquer que la notion d'aide englobe tous les moyens pécuniaires que le secteur public peut utiliser pour soutenir les entreprises, sans qu'il soit pertinent que ces moyens appartiennent de manière permanente au patrimoine dudit secteur.

63. D'accord sur ce point avec la thèse de la Commission, Pearle ajoute que, selon l'arrêt du 13 décembre 1983, *Apple and Pear Development Council*³¹, un organisme institué par le gouvernement d'un État membre, et qui est financé par une taxe imposée aux producteurs, ne peut pas, par rapport au droit communautaire, jouir de la même liberté, en ce qui concerne les moyens de publicité employés, que celle dont bénéficient les producteurs eux-mêmes ou les associations de producteurs de caractère volontaire.

64. Pour ma part, j'estime que rien dans la jurisprudence invoquée ne permet de répon-

dre par l'affirmative à la question de savoir si les fonds ayant permis le financement de la campagne publicitaire en cause avaient un caractère étatique.

Les arrêts *France/Commission* et *Steinike & Weinlig*, précités, incitent bien plutôt à penser que le fait que les avantages ne proviennent pas de ressources d'État, mais de taxes imposées aux entreprises, est insuffisant pour leur enlever la qualification d'aide publique, ce qui ne signifie au demeurant pas *qu'ils soient nécessairement* des aides de cette nature.

65. Dans l'affaire *PreussenElektra*, la Cour de justice a jugé utile de rappeler que les avantages accordés par l'État, indépendamment de leur mode de financement, ne sont pas tous des aides au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité. Il résulte de cette constatation que les aides financées par des fonds non étatiques sont admises.

66. En définitive, les arrêts précités suggèrent que l'élément décisif pour délimiter la notion d'aide est la qualification des fonds. Par ailleurs, même dans le passage invoqué par la requérante au principal, l'arrêt *Apple and Pear Development Council*, qui avait pour objet la libre circulation des marchandises, n'incite nullement à retenir une autre solution.

29 — 78/76, Rec. p. 595, point 22.

30 — C-83/98 P, Rec. p. I-3271, point 50.

31 — 222/82, Rec. p. 4083, point 17.

67. Pour récapituler de façon systématique les conditions requises pour que des ressources soient considérées comme «étatiques», il faut en premier lieu qu'elles se rattachent à l'État ou à un organisme dépendant de la structure de l'État ou qui exerce certaines des prérogatives de ce dernier.

En second lieu, il faut que ces fonds soient attribuables à l'État ou à l'organisme public, dont le pouvoir de disposition doit être suffisant.

68. Au vu des éléments du dossier, il n'est pas évident a priori que le HBA soit un organe de l'État. S'il est vrai que son statut est de droit public, il est tout aussi vrai qu'il est exclusivement dirigé par des représentants de ses affiliés; il n'a pas non plus été établi que l'État ait la moindre possibilité d'intervenir dans ses affaires, en dehors de la faculté de s'opposer aux décisions qu'il considérerait comme contraires à l'intérêt général.

Plus précisément, cet organisme a été conçu comme un groupement interprofessionnel pour l'organisation et le développement des activités de ses membres, groupement auquel le législateur néerlandais a, dans un souci d'efficacité, permis de bénéficier de certains des privilèges traditionnellement associés à l'exercice de la puissance publique, comme l'affiliation obligatoire et le caractère

contraignant des décisions prises par les organes directeurs.

69. En toute hypothèse, sans vouloir me prononcer sur un plan général, je tends à penser que le HBA possède dans le meilleur des cas une nature hybride et que, lorsqu'il agit en vue de financer et de lancer une campagne publicitaire collective, il n'agit pas en qualité d'État, mais pour promouvoir les intérêts de ses membres.

70. La Cour de justice a suivi une approche fonctionnelle similaire pour établir si une organisation professionnelle avait un caractère public aux fins de l'application de l'article 85 du traité CE (devenu article 81 CE); en effet, dans son arrêt du 19 février 2002, *Wouters e.a.*³², elle a répondu à l'allégation que l'organisme en question était un organisme public auquel l'État avait conféré des compétences normatives en vue d'une mission d'intérêt général, que l'organisation professionnelle en cause n'avait exercé aucune mission sociale ou prérogative typique de la puissance publique, mais qu'elle s'était bornée à apparaître comme un organe de régulation d'une profession³³.

32 — C-309/99, Rec. p. I-1577.

33 — *Ibidem*, point 58. Si la Cour a statué en ce sens, c'est également parce qu'il s'agissait d'une organisation dirigée par des représentants cooptés parmi ses membres, sans aucune intervention des autorités (point 61).

71. Je suis bien conscient du fait que cette jurisprudence s'inscrit dans un contexte juridique différent; elle me semble néanmoins de nature à illustrer la possibilité de préférer à un critère catégorique à caractère organique un autre critère plus circonstancié et plus proche de la réalité, consistant à évaluer dans chaque cas en quelle qualité l'organisme en question mène son action.

72. Conformément aux dispositions de l'article 71 de la WBO³⁴, le HBA doit, en tant qu'organisme public, prendre en considération non seulement l'intérêt commun des entreprises affiliées, mais également l'intérêt général. Cependant, cette obligation — au demeurant assez générique et imprécise — ne modifie en rien la qualification qu'il y a lieu d'attribuer concrètement à l'initiative de lancer et de financer une campagne publicitaire en faveur d'un secteur économique, car cette activité est essentiellement destinée à promouvoir les intérêts économiques des affiliés.

73. Sur cette base, il faut donc retenir que le HBA n'a pas agi en tant qu'émanation de l'État, de sorte que les capitaux qu'il a utilisés ne pouvaient avoir un caractère public.

74. Indépendamment de toute décision sur la nature organique du HBA ou sur la

qualification qu'il faut attribuer à la campagne de publicité litigieuse, cet organisme ne semble pas non plus avoir exercé sur les fonds utilisés pour cette campagne un pouvoir de disposition suffisant pour qu'ils puissent lui être attribués.

75. Il résulte de l'ordonnance de renvoi que ces fonds avaient été collectés au moyen d'une contribution obligatoire affectée exclusivement à l'organisation de la campagne publicitaire critiquée. Dans ces circonstances, je suis d'accord avec le gouvernement néerlandais, qui a affirmé dans ses observations écrites que la question déterminante est de savoir si le régime instauré pour financer la publicité va au-delà d'un simple mécanisme de répartition de charges financières entre les différentes sociétés bénéficiaires de la campagne.

76. Il se trouve que le règlement établissant les contributions nécessaires pour faire face aux dépenses engagées a été adopté par le HBA sur proposition d'une association professionnelle d'opticiens (la NUVO), qui a un caractère privé. C'est à cette association que l'on doit également la proposition relative au montant de la contribution. Le HBA sert donc uniquement d'instrument pour la perception et l'affectation des ressources collectées en faveur d'un objectif fixé préalablement par des acteurs du secteur professionnel considéré.

34 — Voir point 8 ci-dessus.

77. Néanmoins, il importe de souligner que l'ordonnance de renvoi n'apporte pas tous les éléments nécessaires pour se prononcer de façon précise sur la qualification de la mesure litigieuse dans la procédure au principal. Il appartient là encore au juge national de réaliser cet exercice, en suivant les principes d'interprétation établis par la Cour.

78. Partant de ce qui est exposé ci-dessus, il convient d'indiquer que, pour apprécier si un régime constitue une aide d'État, il faut que le juge national s'assure que l'organisme corporatif auquel est attribuée la charge de répartir l'aide a agi dans le cadre de ses fonctions de droit public. Il doit également vérifier à cette fin si cet organisme a eu un pouvoir de disposition suffisant sur les fonds qui ont servi à financer la mesure.

Sur la deuxième question préjudicielle: portée de l'obligation de notification

79. Par sa deuxième question, le Hoge Raad vise à savoir si l'obligation de notifier les aides d'État, sanctionnée par l'article 93, paragraphe 3 du traité, est applicable à tous les régimes d'aides ou uniquement à ceux qui tombent sous le coup de l'interdiction énoncée à l'article 92, paragraphe 1.

80. Il résulte de l'article 93, paragraphe 3, du traité que la Commission doit être informée des projets tendant à instituer ou à modifier des «aides». Si elle estime qu'un tel projet n'est pas compatible avec le marché commun, aux termes de l'article 92, paragraphe 1, elle ouvre sans délai la procédure prévue à cet égard, sans que l'État membre intéressé puisse mettre à exécution les mesures projetées avant que cette procédure ait abouti à une décision finale.

81. Si le terme «aides» était pris dans son acception courante, celle qui figure dans les dictionnaires, chaque État membre serait tenu de notifier à la Commission toutes les initiatives incluant la mise en œuvre d'une «assistance», d'un «secours», voire d'une «coopération» en vue d'une fin. Ce n'est bien évidemment pas une voie que le législateur a entendu suivre.

82. Le mot «aide», tel qu'il est employé à l'article 93, paragraphe 3, du traité, a un sens technique, qui découle de l'article 92, paragraphe 1. Il se réfère donc uniquement aux mesures qui, financées par des fonds étatiques, apportent un avantage à un secteur déterminé. Il appartient à chaque État membre d'apprécier si un projet donné remplit ces critères.

83. Cette conclusion découle logiquement de la jurisprudence de la Cour, lorsqu'elle admet que, afin d'être à même de déterminer si une mesure étatique instaurée sans tenir

compte de la procédure établie par l'article 93, paragraphe 3, devait ou non y être soumise, une juridiction nationale peut être amenée à interpréter la notion d'aide, visée à l'article 92 du traité³⁵.

84. Ce type de contrôle judiciaire n'a de sens que si l'État a préalablement assumé l'obligation de porter une appréciation de même nature, pour se prononcer sur la nécessité de notifier un projet déterminé. En cas de doute, il peut — comme les organes juridictionnels — s'adresser à la Commission pour obtenir des éclaircissements.

85. Pour sa part, la Commission doit analyser si le projet notifié est susceptible de fausser la concurrence. Cette évaluation de la compatibilité inclut la vérification de son impact sur les échanges intracommunautaires.

86. Ainsi un État membre n'est-il tenu de communiquer à la Commission que les projets de mesures qui constituent des aides d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité, interprété à la lumière de la jurisprudence de la Cour.

Sur la troisième question préjudicielle: le rôle de la règle de minimis

87. La troisième question préjudicielle vise à savoir si, dans le cadre de l'appréciation de l'obligation de notifier un projet d'aide, le juge national a le droit d'appliquer la règle de minimis, le cas échéant rétroactivement.

88. C'est dans sa communication de 1992 relative à l'encadrement communautaire des aides aux petites et moyennes entreprises³⁶ que la Commission a énoncé pour la première fois la règle de minimis, aux termes de laquelle les aides d'un faible montant ne sont pas englobées dans le champ d'application de l'article 92 du traité.

L'idée sous-jacente à cette exclusion est que, en raison de leur faible montant³⁷, ces aides n'ont pas de répercussion sensible sur la concurrence ou sur les échanges entre États membres.

35 — Arrêts précités *Steinike & Weinlig*, point 14; *Kirsammer-Hack*, point 14; et *SFEI e.a.*, point 49.

36 — JO 1992, C 213, p. 2 (ci-après la «communication de 1992 relative à l'encadrement communautaire»). Voir, en particulier, point 3.2.

37 — Jusqu'à 50 000 écus par entreprise pour chaque catégorie de dépenses et sur une période de trois ans.

La Commission a pu, dans l'exercice de son large pouvoir d'appréciation économique³⁸, décider que les aides de ce type étaient compatibles avec le marché commun et ne devaient pas lui être notifiées en vertu de l'article 93, paragraphe 3, du traité.

tenir compte lorsqu'il détermine s'il y avait ou non une obligation de notifier un projet d'aide.

89. En 1996, la Commission a augmenté le plafond d'application de la règle³⁹. Enfin, depuis l'adoption du règlement (CE) n° 69/2001⁴⁰, l'application de la règle de minimis dispose d'un cadre juridique adéquat. Toutefois, ces textes sont dépourvus — *ratione temporis* — de pertinence en l'espèce, car il résulte de l'ordonnance de renvoi que le litige vise des contributions imposées à partir de 1988 et jusqu'à la date de la citation en justice, c'est-à-dire jusqu'au 29 mars 1995⁴¹.

91. Toutefois, aucun fondement juridique ne permet de donner un caractère rétroactif à la règle de minimis, car la rétroactivité ne peut être présumée dans une norme qui introduit une exception à une obligation légale. En l'absence de régime exceptionnel de ce genre au cours de la période antérieure à la publication de la règle, la Commission a compétence exclusive, sous le contrôle de la Cour de justice, pour décider si une aide est compatible avec le marché commun⁴².

Au demeurant, la communication de 1992 relative à l'encadrement communautaire dit clairement que, «*désormais*, les versements d'aides ad hoc n'excédant pas 50 000 écus [...] ne devront plus être notifiés en vertu de l'article 93, paragraphe 3»⁴³.

90. Comme les critères de définition d'une aide de minimis sont entièrement objectifs et lient la Commission, le juge national doit en

92. Le Hoge Raad demande enfin comment il faut appliquer la règle de minimis à des

38 — Voir arrêt du 26 septembre 2002, Espagne/Commission, dit «Renove» (C-351/98, Rec. p. I-8031, point 52).

39 — Ce montant a été porté à 100 000 écus (JO 1996, C 68, p. 8).

40 — Règlement 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).

41 — Voir point 17 ci-dessus.

42 — Arrêts FNCE, précité à la note 8, point 14, et Steinike & Weinlig, précité à la note 29, point 9.

43 — Point 3.2, deuxième alinéa.

aides comme les campagnes publicitaires collectives, qui bénéficient à tout un secteur.

93. Comme je l'ai expliqué précédemment, je pars du postulat qu'une campagne publicitaire comme celle de la procédure au principal ne constitue pas une aide d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité.

94. Au demeurant, pour le calcul concret du montant de l'aide, afin de vérifier s'il est inférieur au plafond autorisé, il y a lieu d'évaluer l'avantage relatif probablement obtenu par chaque entreprise et d'en déduire le montant des contributions versées. J'ai bien conscience du fait que ce calcul est bien plus facile à énoncer dans l'abstrait qu'à réaliser dans la pratique, mais il paraît compliqué de discerner des critères juridiques plus détaillés en la matière.

Conclusion

95. Partant des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de justice de répondre aux questions posées par le Hoge Raad der Nederlanden dans le sens suivant:

«1) Une juridiction nationale ne peut ordonner le seul remboursement des contributions affectées au financement d'une aide d'État, sans récupérer l'avantage obtenu par les bénéficiaires de cette aide, que si cela n'est pas contraire à l'objectif communautaire d'une concurrence non faussée.

- 2) Il appartient également à la juridiction nationale d'établir si les voies de recours ouvertes pour contester la validité d'une prétendue aide d'État sont équivalentes à celles qui trouvent leur fondement dans l'ordre juridique interne et si elles permettent, dans leurs modalités concrètes, de préserver l'efficacité de la norme communautaire.

- 3) Pour apprécier si un régime confié à l'administration d'un organisme professionnel corporatif constitue une aide d'État, le juge national doit s'assurer que cet organisme a agi dans le cadre de ses fonctions de droit public. Il doit également vérifier à cet effet si cet organisme a pu exercer un pouvoir de disposition suffisant sur les fonds par lesquels la mesure a été financée.

- 4) Les critères de définition de la règle de minimis doivent être pris en considération par le juge national dans le cadre de l'appréciation du point de savoir s'il y avait une obligation de notifier un plan d'aides déterminé, exécuté après l'entrée en vigueur de cette règle. Pour le calcul concret du montant de l'aide afin de vérifier s'il est inférieur au plafond autorisé, il convient d'évaluer l'avantage relatif probablement obtenu par chaque entreprise et d'en déduire le montant des contributions versées.

- 5) Un État membre n'est tenu de communiquer à la Commission que les projets de mesures qui constituent des aides d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité CE (devenu, après modification, article 87, paragraphe 1, CE), interprété à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice.»