

# COURRIER JURIDIQUE DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE

SEPTEMBRE – OCTOBRE 2004  
(N° 29)

ÉTUDE

## Les aides aux entreprises en difficulté et le droit communautaire

L'adoption par la Commission, en juillet dernier, de nouvelles lignes directrices concernant les aides au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté traduit sa volonté de resserrer son contrôle sur des aides dont elle souligne qu'elles « *ont été à l'origine des affaires d'aide d'État les plus controversées dans le passé et figurent parmi les types d'aides d'État ayant les effets de distorsion les plus importants*<sup>1</sup> ».

Si l'intervention directe de l'État dans l'économie n'a cessé de se réduire dans un contexte de privatisations et d'ouverture à la concurrence, les aides publiques aux entreprises en difficulté n'en conservent pas moins un rôle essentiel. En effet, en présence de risques systémiques accrus, les pouvoirs publics doivent intervenir pour éviter les liquidations d'entreprises qui déstabiliseraient l'ensemble des acteurs du système financier. On assiste également à une recrudescence des plans de soutien visant à lutter contre la désindustrialisation, et à éviter des liquidations aux conséquences économiques ou sociales trop graves. On l'a vu récemment avec l'intervention du Gouvernement italien lors des crises du groupe Fiat et de la compagnie Alitalia, et celle des autorités françaises pour sauver Alstom de la faillite.

L'affaire Alstom constitue une illustration d'autant plus remarquable de la récurrence de ce type d'intervention, qu'elle a conduit l'État, à rebours du mouvement actuel de privatisations, à vouloir entrer dans le capital d'une entreprise privée. L'opposition de la Commission à ce projet initial, et les modifications qui ont dû y être apportées, ont relancé le débat sur les contraintes que fait peser le droit communautaire sur les interventions des États en vue de soutenir des entreprises en difficulté.

---

<sup>1</sup> Lignes directrices communautaires concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, in JOUE C 244 du 1<sup>er</sup> octobre 2004, p. 2-17.

Ces interventions se heurtent en effet au principe de la prohibition des aides d'État posé par l'article 87 § 1 du Traité instituant la Communauté européenne. Le Traité prévoit certes des dérogations, qui permettent aux États de poursuivre des objectifs d'intérêt général. Ces dérogations doivent toutefois être accordées *a priori* par la Commission à l'issue d'une procédure d'examen particulièrement contraignante.

Les aides aux entreprises en difficulté ont fait l'objet d'une abondante pratique décisionnelle de la Commission et d'une jurisprudence fournie<sup>2</sup>. Le traitement communautaire de ces aides est révélateur de la difficulté à articuler l'objectif de fonctionnement concurrentiel du marché avec des objectifs de politique industrielle, de protection de l'emploi et de développement régional.

Pour opérer cette conciliation, la Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation, tant dans la qualification des aides que dans l'examen de leur compatibilité. Elle a progressivement encadré son pouvoir discrétionnaire par des lignes directrices qui, bien que n'étant pas prévues par la nomenclature de l'article 249 du Traité CE, constituent des repères fondamentaux pour les États membres et pour les entreprises.

Codifiant sa pratique antérieure, la Commission a ainsi adopté en 1994 des lignes directrices relatives aux aides au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté<sup>3</sup>, auxquelles ont succédé des lignes directrices publiées en 1999<sup>4</sup>, elles-mêmes remplacées par les nouvelles lignes directrices adoptées le 7 juillet 2004.

Tout en reconnaissant qu'« *il n'existe pas de définition communautaire en tant que telle de l'entreprise en difficulté* », la Commission indique qu'une entreprise est en difficulté, au sens des lignes directrices sur les aides au sauvetage et à la restructuration<sup>5</sup>, lorsqu'elle est « *incapable avec ses propres ressources financières ou avec les ressources que sont prêts à lui apporter ses propriétaires / actionnaires et ses créanciers, d'enrayer des pertes qui la conduisent, en l'absence d'une intervention extérieure des pouvoirs publics vers une mort économique quasi certaine à court terme ou à moyen terme* ».

La Commission précise qu'« *une entreprise est, en principe, et quelle que soit sa taille, considérée comme en difficulté aux fins des présentes lignes directrices* » dans les trois cas de figures suivants :

- « *s'il s'agit d'une société à responsabilité limitée, lorsque plus de la moitié de son capital souscrit a disparu, plus du quart de ce capital ayant été perdu au cours des douze derniers mois, ou*
- *s'il s'agit d'une société dont certains associés au moins ont une responsabilité illimitée pour les dettes de la société, lorsque plus de la moitié de ses fonds propres, tels qu'ils sont inscrits dans les comptes de la société, a disparu, plus du quart de ces fonds ayant été perdu au cours des douze derniers mois, ou*
- *pour toutes les formes d'entreprises, lorsqu'elle remplit selon son droit national qui lui est applicable, les conditions de soumission à une procédure collective d'insolvabilité* ».

---

<sup>2</sup> Voir notamment sur cette question T. Fouquet, *Les critères spécifiques d'identification des aides d'État aux entreprises en difficulté*, RMCUE, n° 461, septembre 2002, p. 532-546 ; L. Idot, *Les aides aux entreprises en difficulté et le droit communautaire*, RTDE, n° 34, juillet-septembre 1998, p. 295-315.

<sup>3</sup> JOCE C 368 du 23 décembre 1994.

<sup>4</sup> JOCE C 288 du 9 octobre 1999.

<sup>5</sup> Référence est faite aux lignes directrices de 2004, qui reprennent presque mot pour mot les lignes directrices de 1999 sur la notion d'entreprise en difficulté.

Même lorsqu'aucune de ces conditions n'est remplie, une entreprise peut être considérée comme étant en difficulté, en particulier si l'on est en présence d'indices tels que « *le niveau croissant des pertes, la diminution du chiffre d'affaires, le gonflement des stocks, la surcapacité, la diminution de la marge brute d'autofinancement, l'endettement croissant, la progression des charges financières ainsi que l'affaiblissement ou la disparition de la valeur de l'actif net. Dans les cas les plus graves, l'entreprise peut même être devenue insolvable ou faire l'objet d'une procédure collective relative à son insolvabilité en droit national* ».

Malgré ces précisions, il n'est pas toujours aisé de déterminer si le bénéficiaire d'une mesure étatique est une entreprise en difficulté au sens du droit des aides d'État. Or, cette qualification revêt une importance déterminante en droit communautaire des aides d'État. En premier lieu, la pratique décisionnelle de la Commission et la jurisprudence de la Cour font peser une forte présomption d'aide sur les mesures de soutien aux entreprises en difficulté (1.). La qualification d'entreprise en difficulté est également lourde de conséquences au stade de l'appréciation de la compatibilité des aides avec le marché commun (2.). Encore insuffisante, la prise en compte, sur le plan procédural, de la particularité des entreprises en difficulté tend à progresser (3.).

## **1. La présomption d'aide pesant sur les soutiens publics aux entreprises en difficulté**

Les soutiens publics aux entreprises en difficulté prennent des formes très variées : subvention, déduction fiscale, garantie, prise de participation, avance d'actionnaire... Ils sont accordés soit directement par l'État ou une collectivité territoriale, soit indirectement par l'intermédiaire d'organismes publics ou privés créés à cet effet<sup>6</sup>. Quelle que soit la forme de ces soutiens publics, leurs causes ou leurs objectifs, leur qualification d'aide s'opère au regard de leurs effets<sup>7</sup>.

En effet, selon l'article 87 § 1 du Traité CE, sont en principe interdites « *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* ». Quatre conditions cumulatives sont posées par ce texte pour qu'une mesure tombe dans le champ du droit des aides d'État : un avantage anormal, octroyé au moyen de ressources d'État, affectant les échanges et faussant la concurrence.

La Cour a précisé que le rattachement d'une mesure de soutien à l'État suppose non seulement qu'elle soit octroyée au moyen de ressources publiques, mais aussi que cette intervention soit imputable à l'État<sup>8</sup>.

En vertu du règlement relatif aux aides *de minimis*<sup>9</sup>, sont présumées ne pas affecter la concurrence et les échanges, les aides d'un montant total inférieur à 100.000 euros accordées sur trois ans à une entreprise.

---

<sup>6</sup> Voir par exemple CJCE, 21 mars 1991, *Italie c/ Commission (Alfa Romeo)*, aff. C-305/89, à propos d'apports en capital par l'intermédiaire du holding public IRI.

<sup>7</sup> CJCE, 2 juillet 1974, *Italie c/ Commission*, aff. 173/73, pt. 27.

<sup>8</sup> CJCE, 16 mai 2002, *France c/ Commission (Stardust)*, aff. C-482/99, pt. 24.

<sup>9</sup> Règlement (CE) n° 69/2001 du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du Traité CE aux aides *de minimis*, JOCE L 10 du 13 janvier 2001 p. 30.

S'agissant des entreprises en difficulté, c'est principalement sur le critère de l'avantage anormal<sup>10</sup> que se cristallisent les débats. L'appréciation de ce critère varie selon les modalités d'intervention des États. Pour échapper à l'application de l'article 87 TCE, il appartient à ces derniers d'établir, soit que leur intervention sur le marché remplit le critère de « *l'investisseur privé* », soit que leur intervention en qualité de puissance publique n'entraîne pas un allègement de charges qui avantagerait une entreprise par rapport à ses concurrentes. En pratique, de telles démonstrations sont très difficiles à opérer lorsque sont en cause des entreprises en difficulté.

## A. La difficulté à satisfaire au critère de l'opérateur privé en économie de marché

Le critère de l'opérateur privé en économie de marché, que la Cour et la Commission considèrent comme une émanation du principe de l'égalité de traitement entre le secteur public et le secteur privé, permet d'exclure la qualification d'aide d'État pour les interventions réalisées par les pouvoirs publics de façon rationnelle et avisée, c'est-à-dire à des conditions qu'aurait acceptées un opérateur privé intervenant dans des conditions normales d'une économie de marché.

C'est la multiplication des recapitalisations d'entreprises en difficulté, au cours des années 70, qui a conduit la Commission à poser le critère de l'investisseur privé. D'abord apparu dans les secteurs de la construction navale et de la sidérurgie<sup>11</sup>, ce principe a été expressément consacré dans la communication de la Commission de 1984 sur les participations des autorités publiques dans les capitaux des entreprises<sup>12</sup>. Il a ensuite été repris dans sa communication de 1993 sur les entreprises publiques du secteur manufacturier<sup>13</sup>, ainsi que dans de nombreux autres textes communautaires, sectoriels et horizontaux, tels que les lignes directrices pour les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté. Ce critère a été très rapidement validé par la Cour de justice<sup>14</sup>. On notera aujourd'hui qu'il est également appliqué à des interventions publiques en faveur d'entreprises rentables<sup>15</sup>.

1. Initialement dégagé pour les prises de participation publiques, ce critère s'est progressivement diffusé, au-delà des investissements, à **l'ensemble des interventions financières publiques** (cessions de participations, prêts, garanties, abandons de créance...). On compare ainsi, selon le type d'intervention, le comportement de l'État opérateur économique à celui d'un investisseur, d'un créancier ou d'un garant avisé<sup>16</sup>. C'est pourquoi le terme « *opérateur privé* » semble préférable à celui d'investisseur privé pour rendre compte de la diversité de ses cas d'application, bien qu'il ne soit pas utilisé par la Cour.

---

<sup>10</sup> Sur ce critère, il convient de souligner que, dans l'hypothèse où une entreprise a été chargée d'une mission d'intérêt économique général, les financements publics accordés en stricte compensation des surcoûts liés à l'exercice de cette mission ne constitueront pas un avantage financier anormal, sous réserve du respect de certaines conditions. Voir CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. 280/00, pts. 87 et s.

<sup>11</sup> Directive du Conseil du 28 avril 1981 concernant les aides à la construction navale, in JOCE du 23 mai 1981 et décision de la Commission du 7 août 1981 instituant des aides communautaires pour les aides à la sidérurgie, in JOCE du 13 août 1981.

<sup>12</sup> Bulletin des CE 9-1984.

<sup>13</sup> JOCE C 307 du 13 novembre 1993.

<sup>14</sup> CJCE, 14 novembre 1984, *Inter Mills*, aff. C-323/82 ; CJCE, 13 mars 1985, *Leeuwarder Papierwarenfabrik*, aff. C-296-318/82 ; TPI, 12 décembre 1996, *Air France c/ Commission*, aff. T-358/94.

<sup>15</sup> TPI, 6 mars 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale*, aff. T-228/99 et T-233/99.

<sup>16</sup> Voir sur ce point, G. Karydis, *Le principe de l'« opérateur économique privé », critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'État, au sens de l'article 87 § 1 du Traité CE*, RTDE juill.-sept. 2003, p. 388-413.

Pour toutes ces modalités d'intervention publique sur le marché, il s'agit de démontrer qu'au moment de sa mise en œuvre, l'opération présente une rentabilité prévisible normale dans un délai raisonnable. Ainsi, en cas d'apport en capital, il doit pouvoir être établi qu'un revenu raisonnable sous forme de dividende ou d'une plus value sur le capital investi peut normalement être escompté par l'investisseur public. De même, en cas de prêts ou de garanties accordés par les pouvoirs publics, il convient d'apprécier si ceux-ci sont intervenus dans des conditions comparables à celles dans lesquelles serait intervenu un créancier privé<sup>17</sup>. Il s'agira notamment de vérifier que le taux d'intérêt ou la prime ont été fixés conformément au prix du marché.

**2. Dans l'appréciation du comportement avisé** de l'opérateur public, la Commission dispose d'un pouvoir d'appréciation économique très large, soumis à un contrôle juridictionnel restreint. Elle utilise des méthodes d'analyse financière sophistiquées, qui nécessitent souvent le recours à des experts extérieurs indépendants<sup>18</sup>.

Cette appréciation doit en tout état de cause être effectuée en se plaçant dans le contexte de l'époque, « *eu égard notamment aux informations disponibles et aux évolutions prévisibles à la date* » de l'opération<sup>19</sup>. Elle s'opère au cas par cas, au regard d'une grille d'analyse qui comporte notamment les éléments suivants.

**2.1.** Afin de tenir compte de la spécificité de l'État investisseur, il est admis que son intervention peut s'apprécier en fonction du comportement qu'aurait un **investisseur privé d'une taille comparable** à celle des organismes gérant le secteur public.

Selon la Cour, « *si le comportement de l'investisseur privé, auquel doit être comparée l'intervention de l'investisseur public poursuivant des objectifs de politique économique, n'est pas nécessairement celui de l'investisseur ordinaire plaçant des capitaux en vue de leur rentabilisation à plus ou moins court terme, il doit, au moins, être celui d'un holding privé ou d'un groupe privé d'entreprises poursuivant une politique structurelle, globale ou sectorielle, et guidé par des perspectives de rentabilité à plus long terme*<sup>20</sup> ».

Le juge communautaire admet ainsi que les décisions prises par une société mère à l'égard de l'une de ses filiales peuvent être motivées par le souci de maintenir l'image de marque du groupe, ou de réorienter ses activités<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> TPI, 30 avril 1998, *Cityflyer Express*, aff. T-16/96.

<sup>18</sup> Voir, par exemple, la décision de la Commission n° 2003/45 du 5 juin 2002 concernant les aides versées par les Pays-Bas en vue de la privatisation et de la restructuration de *Koninklijke Schelde Groep (KSG)*. Dans cette affaire, suite au rapport fourni par les autorités néerlandaises concernant la valeur de KSG au moment de la privatisation, la Commission a chargé un expert indépendant de réaliser une contre-expertise de la méthode suivie et des aspects financiers du rapport, in JOCE L 14 du 21 janvier 2003.

<sup>19</sup> CJCE, 16 mai 2002, *France c/ Commission (Stardust)*, aff. C-482/99, pt. 70.

<sup>20</sup> CJCE, 21 mars 1991, *Italie c/ Commission (Alfa Roméo)*, aff. C-305/89, pt. 20.

<sup>21</sup> CJCE, 21 mars 1991, *Italie c/ Commission*, aff. C-303/88, pt. 21.

**2.2.** Un des indices d'une rentabilité prévisible est l'intervention concomitante, dans des conditions comparables, d'un ou plusieurs **co-investisseurs privés**. Ce « *principe de concomitance* » est toutefois apprécié avec rigueur par la Commission et la Cour. Ainsi, la qualification d'aide d'État ne saurait être exclue lorsque la participation d'investisseurs privés est trop faible<sup>22</sup>, ou lorsqu'il est manifeste qu'elle n'aurait pas eu lieu sans intervention préalable des pouvoirs publics en faveur de l'entreprise<sup>23</sup>.

En outre, le juge communautaire considère que la prise de participation des salariés dans le capital d'une entreprise en difficulté ne démontre pas, en soi, que l'apport en capital public satisfait au critère de l'investisseur privé. Il estime qu'une telle prise de participation est le plus souvent inspirée par des considérations de maintien d'emploi et par des considérations de viabilité et de survie de leur entreprise plutôt que par des perspectives de rentabilité<sup>24</sup>.

**2.3.** En présence d'apports publics à des entreprises en difficulté, le juge communautaire estime fréquemment qu'un investisseur privé n'aurait pas procédé à de tels apports, en l'absence d'un **plan de restructuration** « *crédible et réaliste*<sup>25</sup> ».

Par ailleurs, en cas de risque de liquidation de l'entreprise aidée, une intervention publique telle qu'une recapitalisation préalable à une cession, ne peut apparaître rationnelle que s'il est démontré qu'elle permet d'éviter une liquidation qui s'avèrerait plus coûteuse pour l'État actionnaire<sup>26</sup>.

Pour procéder à une telle évaluation, la Commission considère, selon une pratique constante, qu'elle ne peut prendre en compte « *que la fraction des coûts de liquidation imputable à l'État actionnaire, soit normalement le montant de sa participation au capital de l'entreprise*<sup>27</sup> ».

**2.4.** Ce raisonnement vaut également dans l'hypothèse où **l'État est créancier**. Ainsi, la renonciation au remboursement d'une partie d'un prêt accordé à une entreprise publique peut correspondre au comportement d'un créancier privé lorsque l'abandon de créance apparaît moins coûteux que l'éventuelle faillite de l'entreprise débitrice<sup>28</sup>.

La Cour a affirmé en 1999 que le critère du créancier privé pouvait également s'appliquer au recouvrement par des organismes publics de dettes de nature exorbitante, telles que des arriérés de paiement de cotisations sociales ou fiscales dues par des entreprises en difficulté.

---

<sup>22</sup> TPI, 12 décembre 1996, *Air France c/ Commission*, aff. T-358/94, pts. 148-149.

<sup>23</sup> CJCE, 14 février 1990, *France c/ Commission*, aff. C-301/87, pt. 40.

<sup>24</sup> TPI, 12 décembre 2002, *Alitalia c/ Commission*, aff. T-296/97, pt. 84.

<sup>25</sup> CJCE, 8 mai 2003, *Italie et SIM 2 Multimedia SpA c/ Commission*, affaires jointes C-328/99 et C-399/00, pt. 44.

<sup>26</sup> Voir, par exemple, CJCE, 28 janvier 2003, *All. c/ Commission*, aff. C-334/99, pt. 141.

<sup>27</sup> Voir décision de la Commission n° 1999/262/CE du 22 juillet 1998, concernant des aides accordées par la France dans le cadre de l'opération de recapitalisation et de cession d'actifs de la Société de Banque Occidentale (SDBO), in JOCE L 103 du 20 avril 1999, point iv) du V-. La Commission indique à cet égard que « [...] l'exposition d'un actionnaire est liée à sa valeur d'apport au capital social de l'entreprise, et non pas à tout le passif de liquidation, et que le fait que l'État (ou une entité publique) [...] prenne en charge tout ou une partie du passif de liquidation n'est pas imputable à son comportement d'actionnaire, mais à des obligations additionnelles dont il se considère investi et qui se traduisent par des aides ».

<sup>28</sup> Voir décision de la Commission européenne 1999-787 CE du 28 juillet 1999, relative à des aides d'État de l'Allemagne en faveur d'Everts Erfurt GmbH, in JOCE L 310 du 4 décembre 1999, p. 56-61.

Le comportement de l'organisme public qui octroie des facilités de paiement à une entreprise en difficulté doit ainsi être comparé non pas à celui d'un « investisseur privé qui place son capital en vue d'une rentabilisation à plus ou moins court terme de celui-ci », mais à celui d'un « créancier privé qui cherche à obtenir le paiement des sommes qui lui sont dues et qui conclut, à cet effet, des accords avec le débiteur en vertu desquels les dettes accumulées seront échelonnées ou fractionnées en vue de faciliter leur remboursement<sup>29</sup> ». Malgré cet assouplissement, il reste très difficile d'écarter la présomption d'aide qui pèse sur les mesures étatiques de soutien à des entreprises en difficulté.

**3. À cet égard, la pertinence même du critère de l'opérateur privé** soulève plusieurs interrogations.

En premier lieu, il semble difficile de déterminer avec certitude quel serait le comportement d'un opérateur privé intervenant dans les conditions normales de marché. En effet, les entreprises n'ont pas toutes les mêmes objectifs et contraintes. Il ne saurait être exclu que la pratique d'un opérateur privé réponde également à des impératifs sociaux ou environnementaux. Par ailleurs, les niveaux de rentabilité escomptés et de risque jugés acceptables varient d'une entreprise à l'autre. Dès lors, on peut s'interroger sur le risque de limiter en définitive la marge de manœuvre de l'opérateur public en le contraignant à simuler le comportement d'un opérateur privé, au regard d'un référentiel trop limité.

À ce titre, une jurisprudence récente de la Cour a fait apparaître la difficulté d'interpréter dans certaines circonstances la notion de « conditions normales de marché<sup>30</sup> ». En effet, on ne peut pas comparer la situation d'une entreprise chargée d'un service d'intérêt économique général, qui suppose la constitution et le maintien d'un réseau ne répondant pas à une logique purement commerciale, à celle d'un groupe privé d'entreprises<sup>31</sup>. Le comportement avisé s'appréciera dès lors au regard des seuls éléments objectifs et vérifiables disponibles.

En second lieu, il apparaît en pratique difficile d'isoler l'État dans son rôle d'actionnaire, alors que celui-ci poursuit par ailleurs des objectifs d'intérêt général qui ne correspondent pas nécessairement aux intérêts particuliers de l'entreprise au capital de laquelle il participe. On peut s'interroger sur la pertinence d'apprécier une opération publique « abstraction faite de toute considération de caractère social ou de politique régionale ou sectorielle<sup>32</sup> ». Ces considérations d'intérêt général sont certes prises en compte par la Commission dans le cadre de l'examen de la compatibilité des aides avec le marché commun. Il n'en demeure pas moins que la qualification d'aide emporte des contraintes procédurales (obligation de notification préalable et octroi de l'aide seulement après autorisation de la Commission), dont le poids se fait particulièrement sentir dans le cas d'entreprises en difficulté.

Enfin, l'application par le juge communautaire du principe du créancier avisé à des opérations qui semblaient *a priori* strictement relever des compétences de l'État puissance publique (telles que des remises de dettes fiscales ou sociales) révèle la relativité de la distinction entre l'État puissance publique et l'État opérateur économique.

---

<sup>29</sup> CJCE, 29 avril 1999, *Espagne c/ Commission*, (dite « Tubacex »), aff. C-342/96, pt 46. Voir dans le même sens CJCE, 29 juin 1999, *DM Transport*, aff. C-256/97, pt. 24.

<sup>30</sup> CJCE, 3 juillet 2003, *Chronopost SA contre UFEF e.a.*, affaires jointes C-83/01 P, C-93/01 P et C-94/01 P, pts. 31-41.

<sup>31</sup> En l'occurrence, il s'agissait de la Poste, qui est dotée d'infrastructures et de moyens lui permettant de fournir le service postal de base à tous les usagers.

<sup>32</sup> CJCE, 10 juillet 1986, *Royaume de Belgique c/ Commission (Meura)*, aff. 234/84, pt. 14.

## B. Le soupçon d'aide pesant sur les soutiens de l'État puissance publique

En principe, lorsque l'État utilise des instruments qui ne sont pas à la disposition des opérateurs privés, tels que l'octroi d'avantages fiscaux, l'exonération de charges sociales ou encore de dérogations à la législation sur la faillite, la Commission et la Cour ne raisonnent plus en terme d'investisseur privé dans une économie de marché.

À cet égard, la Cour a affirmé dans son arrêt « *Hytasa* » qu'elle refusait d'appliquer le critère de l'investisseur privé à la prise en charge par les pouvoirs publics de coûts de liquidation qui ne sont pas normalement à la charge de l'actionnaire, tels qu'en l'espèce « *les obligations résultant des coûts du licenciement des travailleurs, du paiement des allocations de chômage, et des aides pour la reconstitution du tissu industriel*<sup>33</sup> ».

1. Face à une mesure de soutien de l'État puissance publique à une entreprise en difficulté, la Cour applique sa jurisprudence constante, selon laquelle la notion d'aide comprend « **les avantages consentis par les autorités publiques qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise**<sup>34</sup> ».

Dans ce cadre, sont qualifiées de charges sociales incombant normalement au budget des entreprises, en opposition aux coûts sociaux à la charge de l'État, les obligations qu'une entreprise doit assumer en vertu de la législation du travail ou de la sécurité sociale, ou des conventions collectives qu'elle a signées avec les syndicats, par exemple, en matière d'indemnités de licenciement et / ou de retraite anticipée<sup>35</sup>.

La Commission considère dès lors que toute contribution de l'État à ces coûts doit être considérée comme une aide, que les paiements soit effectués directement à l'entreprise ou versés au personnel par l'intermédiaire d'un organisme gouvernemental.

2. L'État qui accorde un allègement de charges peut néanmoins échapper à la qualification d'aide, en démontrant que la mesure en cause revêt un **caractère général**, ou bien qu'elle est objectivement justifiée par la nature ou la **cohérence du système** dans lequel elle s'insère.

La Commission a précisé la distinction entre mesure générale et mesure sélective dans sa communication de 1998 relative à l'application des règles sur les aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises<sup>36</sup>. Il en ressort qu'une mesure générale est une mesure qui s'applique indifféremment à toutes les entreprises de l'ensemble des secteurs d'activité d'un pays, gouvernée par des principes d'égalité d'accès et de généralité et dont la portée ne peut être réduite, notamment par une décision discrétionnaire de l'État.

---

<sup>33</sup> CJCE, 14 septembre 1994, *Espagne c/ Commission (Hytasa)*, affaires jointes C-278/92, C-279/92 et C-280/92, pt. 22.

<sup>34</sup> CJCE, 7 mars 2002, *Italie c/ Commission*, aff. C-310/99, pt. 51.

<sup>35</sup> Cette indication des lignes directrices de 1999 a été reprise dans celles de 2004.

<sup>36</sup> JOCE C 384 du 10 décembre 1998.

En revanche, lorsque les autorités publiques chargées de la mise en œuvre d'un dispositif disposent d'un pouvoir d'appréciation étendu quant au choix du bénéficiaire, du montant de l'aide ou des conditions de l'intervention, la Cour considère qu'elle est en présence d'une mesure sélective constitutive d'une aide<sup>37</sup>.

Le juge communautaire a ainsi considéré que le régime italien d'administration extraordinaire d'entreprises en difficulté, qui déroge au droit commun en matière de faillite, remplissait la condition de spécificité en ce qu'il ne visait qu'une catégorie précise d'entreprises, à savoir les seules grandes entreprises industrielles ayant une position débitrice particulièrement élevée envers certaines catégories de créanciers, et en ce qu'il laissait, en outre, un large pouvoir d'appréciation aux autorités publiques pour son application<sup>38</sup>.

Cependant, même si elle revêt un caractère sélectif, une mesure de soutien peut se justifier par la nature ou la cohérence d'un système fiscal ou social, et échapper de ce fait à la qualification d'aide<sup>39</sup>.

La Cour a ainsi estimé que l'éventuelle perte de ressources fiscales résultant pour un État de l'application à une entreprise d'une législation sur le redressement judiciaire et la faillite ne saurait en elle-même impliquer la qualification d'aide de cette législation. Cette perte serait, en effet, inhérente à tout régime légal fixant le cadre dans lequel s'organisent les relations entre une entreprise insolvable et l'ensemble de ses créanciers<sup>40</sup>. Ainsi, le juge communautaire considère notamment qu'une distinction doit être établie entre, d'une part, les objectifs assignés à un régime fiscal particulier et qui lui sont extérieurs – notamment des buts sociaux tels que le maintien de l'emploi – et, d'autre part les objectifs inhérents au système fiscal lui-même, à savoir la collecte des recettes destinées à financer les dépenses publiques selon des principes d'égalité et de progressivité<sup>41</sup>.

Cette justification par la cohérence du système est toutefois appréciée avec rigueur, et joue assez rarement dans le cas de mesures de soutien à des entreprises en difficulté.

Difficile à écarter, la qualification d'aide à une entreprise en difficulté entraîne l'application par la Commission de critères de compatibilité spécifiques, qui se sont progressivement durcis depuis les premières lignes directrices.

---

<sup>37</sup> CJCE, 26 septembre 1996, *République Française c/ Commission*, aff. *Kimberly Clark Sopalin*, aff. C-241/94, pts. 22-23, au sujet du dispositif « *Fonds national de l'emploi* » visant l'accompagnement des plans sociaux d'entreprises confrontées à des problèmes d'emploi. En l'espèce, le juge a estimé qu'étant donné qu'un tel fonds dispose d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de moduler l'intervention financière, la participation de ce fonds, même si elle n'est pas limitée sectoriellement, ni territorialement, ni à une catégorie d'entreprises, étant susceptible de placer certaines d'entre elles dans une situation plus favorable que d'autres, en les déchargeant de certaines obligations légales à l'égard de leurs salariés, allégeant ainsi les charges qui grèvent normalement leur budget.

<sup>38</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> décembre 1998, *Ecotrade Srl*, aff. C-200/97, pt. 40.

<sup>39</sup> CJCE, 5 octobre 1999, *France c/ Commission*, aff. C-251/97, pt. 36.

<sup>40</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> décembre 1998, *Ecotrade Srl*, aff. C--200/97, pt. 36.

<sup>41</sup> TPI, 6 mars 2002, *Territorio storico de Alava c/ Commission*, aff. T-92/00, pt 60.

## **2. Le resserrement du contrôle de la Commission sur la compatibilité des aides aux entreprises en difficulté**

L'incompatibilité des aides d'État n'est ni absolue, ni inconditionnelle. Les paragraphes 2 et 3 de l'article 87 du Traité CE prévoient, en effet, une série de dérogations à cette interdiction, dont la mise en œuvre relève largement du pouvoir d'appréciation de la Commission, sur laquelle le juge communautaire exerce un contrôle minimum. La Commission peut autoriser des aides en fonction de considérations notamment sociales ou régionales.

Ainsi, selon l'article 87 § 3-c), la Commission a le pouvoir d'autoriser « *les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités [...] économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun* ». Tel peut notamment être le cas « *lorsque l'aide est nécessaire pour corriger les disparités provoquées par les défaillances du marché ou pour assurer la cohésion économique et sociale*<sup>42</sup> ».

Sur cette base, la Commission a adopté en 1994 ses premières lignes directrices en matière d'aides au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté. Elles ont été remplacées par des lignes plus strictes en 1999, à nouveau durcies en 2004. Les nouvelles lignes directrices s'appliqueront, pour une période de cinq ans, à toutes les aides notifiées à la Commission après le 10 octobre 2004.

Pour autant, les lignes directrices de 1999 ne sont pas privées de tout intérêt à compter de cette date. En effet, les aides notifiées auparavant restent régies par ce texte, qui sera par conséquent encore appliqué par la Commission, voire par le juge communautaire, durant quelques années, compte tenu des délais de procédure.

### **A. Les lignes directrices de 1999 pour les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté**

Lorsqu'un financement est apporté ou garanti par l'État à une entreprise en difficulté financière, il y a, d'après la Commission, forte distorsion du libre jeu de la concurrence. Ces aides peuvent toutefois être admises lorsqu'elles sont légitimées par des raisons de politique sociale ou régionale. La Commission prend également en compte la nécessité de maintenir une structure de marché concurrentielle lorsque la disparition d'entreprises est susceptible d'aboutir à « *une situation de monopole ou d'oligopole étroit* ».

Néanmoins, ces aides ne peuvent être accordées à une entreprise nouvellement créée, notamment lorsque celle-ci est issue de la liquidation d'une entreprise préexistante. Par ailleurs, une entreprise faisant partie d'un groupe n'est en principe éligible que s'il peut être démontré que ses difficultés lui sont propres et ne peuvent être résolues par le groupe lui-même.

Les lignes directrices opèrent une stricte distinction entre les aides au sauvetage et les aides à la restructuration. Les premières visent à soutenir l'activité d'une entreprise en difficulté financière pendant une période correspondant au délai nécessaire pour élaborer un plan de restructuration ou de liquidation (généralement six mois). Les secondes visent à la restauration de la viabilité d'une entreprise sur le long terme. Elles comportent, en général, la réorganisation et la rationalisation de ses activités, la restructuration industrielle s'accompagnant d'une restructuration financière.

---

<sup>42</sup> Point 19 des nouvelles lignes directrices de 2004.

En pratique, les aides au sauvetage et à la restructuration sont souvent deux phases d'une seule opération même si elles répondent à des mécanismes distincts. Lorsque des aides à la restructuration sont notifiées à la Commission, celle-ci autorise normalement les aides au sauvetage qui servent à parer l'insolvabilité de l'entreprise durant l'examen du plan de restructuration. La distinction entre aides au sauvetage et aides à la restructuration n'en revêt pas moins une grande importance, car ces deux catégories d'interventions sont soumises à des conditions de forme et de mise en œuvre différentes.

1. Pour être autorisées par la Commission, **les aides au sauvetage** doivent :

- consister en des garanties de crédits ou crédits, dont la durée de remboursement ne dépasse pas douze mois, avec dans les deux cas, application du taux de référence de la Commission ;
- être limitées à ce qui est nécessaire pour l'exploitation de l'entreprise pendant la période pour laquelle l'aide est autorisée ;
- être justifiées par des raisons sociales aiguës, et ne pas avoir d'effets graves de « *débordements négatifs* » dans d'autres États membres ;
- être accompagnées, lors de leur notification, d'un engagement de l'État de transmettre, dans un délai de six mois, un plan de restructuration ou un plan de liquidation, ou la preuve que le prêt a été intégralement remboursé<sup>43</sup> et / ou qu'il a été mis fin à la garantie.

Ainsi, la Commission a-t-elle autorisé le 20 juillet 2004 l'octroi à la compagnie aérienne Alitalia d'un crédit relais d'un montant de 400 millions d'euros au taux de marché de courte durée, strictement limité à ce qui était nécessaire pour son exploitation et justifié par des raisons sociales aiguës, 22.500 salariés ainsi que 8.000 autres emplois étant liés au devenir de l'entreprise.

Les conditions relativement strictes imposées par la Commission visent à éviter les opérations répétées de sauvetage qui auraient pour seuls effets de maintenir artificiellement en vie des entreprises en difficulté financière, au détriment des autres producteurs du secteur. Par définition, ce type d'aide est en effet une opération exceptionnelle.

L'autorisation de l'aide au sauvetage ne préjuge pas de l'approbation ultérieure des aides octroyées dans le cadre du plan de restructuration.

2. **Les aides à la restructuration** ne sont autorisées par la Commission que si leur octroi n'est « *pas contraire à l'intérêt de la Communauté* ». Elles doivent respecter impérativement des critères cumulatifs :

---

<sup>43</sup> À cet égard, la Commission a introduit, en novembre 2003, un recours en manquement contre la France devant la Cour de justice pour ne pas avoir récupéré l'aide au sauvetage d'un montant de 450 millions d'euros, versée au groupe informatique Bull en 2002, dans les délais et selon les modalités prévues. La somme due par la Compagnie à ce titre s'élève désormais, avec les intérêts, à 517 millions d'euros.

- leur octroi doit être conditionné à la mise en œuvre d'un plan de restructuration visant le rétablissement dans un délai raisonnable de la viabilité à long terme de l'entreprise, sur la base d'hypothèses réalistes. Il doit couvrir tous les coûts et assurer une rentabilité minimale qui permette à l'entreprise de ne plus faire appel à l'État par la suite ;
- le plan doit atténuer, autant que possible, toute distorsion de concurrence induite.

Cette condition se traduit le plus souvent par une limitation ou une réduction forcée de la présence de l'entreprise aidée sur le ou les marchés en cause. L'aide sera ainsi licite si le plan de restructuration tend à réduire ou à réorienter l'activité de l'entreprise bénéficiaire<sup>44</sup>. En pratique, il s'agit souvent d'engagements de cession d'actifs. La décision de la Commission en date de juillet 2004 autorisant l'aide à la restructuration du groupe Alstom prévoit ainsi des mesures compensatoires, qui comportent des cessions de l'ordre de 1,6 milliards d'euros de chiffre d'affaires, notamment les chaudières industrielles et les locomotives de fret en Espagne, ainsi que la conclusion de plusieurs partenariats industriels dans les domaines du transport et de l'énergie qui devront être conclus, dans un délai de quatre ans, avec des entreprises qui ne sont pas contrôlées par l'État.

Les contreparties présentées par les États dans le cadre du plan de restructuration peuvent aller jusqu'à la privatisation de l'entreprise, qui constitue pour la Commission une garantie qu'il n'y aura pas d'autres recapitalisations étatiques après la restructuration.

On l'a vu notamment avec l'affaire du Crédit lyonnais, où l'engagement de privatisation a permis l'approbation de l'aide par la Commission<sup>45</sup>. Plus récemment, le Gouvernement italien s'est engagé, dans le cadre du plan de sauvetage de la compagnie Alitalia, autorisé par la Commission en juillet 2004, à ce que la participation de l'État au capital de l'entreprise devienne minoritaire.

- le montant et l'intensité de l'aide doivent être limités au strict minimum nécessaire pour permettre la restructuration de l'entreprise. Les bénéficiaires de l'aide doivent contribuer à la restructuration de façon importante financièrement grâce à leurs ressources propres, y compris par la vente d'actifs, lorsque ceux-ci ne sont pas indispensables à la survie de l'entreprise, ou par un financement extérieur obtenu aux conditions du marché.
- enfin, l'entreprise devra exécuter intégralement le plan de restructuration ainsi que les engagements accompagnant la décision de la Commission ; à défaut, cette dernière pourra procéder à la récupération de l'aide. L'exécution du plan sera contrôlée par des rapports annuels présentant toutes les informations nécessaires à la vérification de la Commission.

---

<sup>44</sup> Dans l'affaire Hytasa, le plan de restructuration prévoyait notamment une réorientation substantielle de la production vers la confection de vêtements. L'entreprise devait ainsi abandonner la vente de sa production de filés et de tissus, la production devant être réservée à la fabrication de produits finis. Voir CJCE, 14 septembre 1994, *Espagne c/ Commission (Hytasa)*, affaires jointes C-278/92, 279/92 et 280/92.

<sup>45</sup> Dans sa décision d'approbation du plan de redressement de la banque française, la Commission a souligné qu'elle appréciait « la volonté de privatisation des autorités françaises, parce qu'une telle privatisation supporte la réussite du plan de redressement et diminue les distorsions de concurrence. En effet, la privatisation aura pour effet de limiter la durée du mécanisme (qui s'étale sur vingt années) et donc l'incertitude sur les risques et les coûts nets du mécanisme. Par conséquent, la privatisation aura pour effet de diminuer l'importance de l'aide ; une telle diminution sera assurée si le produit de la privatisation est versé dans la SPBI. En même temps, la privatisation permet de limiter l'effet distorsif de l'aide qui serait autrement étalé sur vingt ans. » (décision n° 95/547 du 26 juillet 1995 relative au Crédit lyonnais, in JOCE L 308 du 21 décembre 1995, pt 7.2.5).

- les aides à la restructuration ne peuvent être versées qu'une seule fois sur une période de dix ans, c'est le principe dit de « *l'aide unique* » (« *one time, last time* »). Ainsi, le groupe informatique Bull ayant déjà bénéficié d'une aide à la restructuration de 1,13 milliards d'euros en 1994, l'aide de 517 millions d'euros notifiée en février 2004 par le Gouvernement français ne pourra pas intervenir avant fin 2004, sous réserve d'une décision favorable de la Commission. L'entreprise devrait alors recevoir l'exact montant nécessaire pour solder sa dette envers l'État.

La Commission souligne que les modifications du statut de propriété de l'entreprise bénéficiaire suite à l'octroi d'une aide, ainsi que toute procédure judiciaire ou administrative qui a pour effet d'assainir son bilan, de réduire ses créances ou d'apurer ses dettes antérieures, n'affectent en rien l'application de ces règles dès lors qu'il s'agit d'une même entreprise.

Les lignes directrices de 1999 prévoyaient qu'elles resteraient en vigueur pendant cinq ans. Leur arrivée à expiration a rendu nécessaire l'adoption d'un nouveau texte.

## **B. Les lignes directrices de 2004**

Les nouvelles lignes directrices « *concernant l'octroi d'aides au sauvetage et à la restructuration à des entreprises en difficulté* » reprennent largement les dispositions précédemment décrites des lignes directrices de 1999. Elles apportent également un certain nombre de précisions, et définissent sur plusieurs points des règles plus strictes.

La Commission justifie ce nouveau durcissement par l'objectif de réduction des aides d'État en pourcentage du PIB, qui a été réaffirmé lors des Conseils européens de Stockholm et de Barcelone, et qui implique un examen plus poussé des « *distorsions créées par l'autorisation d'aides pour des opérations de sauvetage et de restructuration* ». Elle évoque également les conclusions du Conseil européen de Lisbonne, visant à accroître la compétitivité de l'économie européenne. Elle rappelle par ailleurs que « *le retrait des entreprises inefficaces est une donnée normale du fonctionnement du marché. Il ne saurait être de règle qu'une entreprise qui connaît des difficultés soit sauvée par l'État* ».

Sur le contenu des nouvelles lignes directrices, les éléments suivants méritent plus particulièrement d'être soulignés :

- afin que des entreprises ne soient pas maintenues artificiellement en vie, les nouvelles lignes directrices renforcent le principe de « *non-récurrence* » (ou principe de l'aide unique), qui se voit désormais étendu aux aides au sauvetage ;
- par ailleurs, la notion d'aide au sauvetage est élargie « *de manière à permettre aussi au bénéficiaire de prendre des mesures d'urgence, même de caractère structurel* ». En effet, la Commission reconnaît que la distinction très stricte entre le sauvetage et la restructuration a entraîné des difficultés pour les entreprises ayant besoin « *de prendre d'urgence certaines mesures structurelles pour limiter ou enrayer la dégradation de leur situation financière dès la phase de sauvetage* ». En raison du caractère urgent de ces aides, la Commission accorde la possibilité aux États membres de recourir à une procédure simplifiée pour en obtenir l'autorisation<sup>46</sup> ;

---

<sup>46</sup> Voir infra, chapitre 3.

- en ce qui concerne les aides à la restructuration, le principe d'une contribution financière<sup>47</sup> du bénéficiaire au plan de restructuration est réaffirmé. Cette contribution est destinée à démontrer que les marchés croient à un retour à la viabilité dans un délai raisonnable, tout en assurant que l'aide accordée soit limitée au minimum. La Commission encadre désormais plus strictement les modalités de cette contribution, qui doit être réelle et la plus élevée possible. Elle fixe ainsi les seuils minimaux de contribution suivants : au moins 25 % dans le cas des petites entreprises, 40 % pour les entreprises de taille moyenne et 50 % pour les grandes entreprises ;
- enfin, la Commission durcit l'attribution des aides aux entreprises nouvelles : une entreprise sera réputée nouvellement créée pendant les trois années qui suivent son entrée en activité (et non plus deux ans selon la pratique décisionnelle antérieure de la Commission).

Ainsi, les aides au sauvetage et à la restructuration se trouvent désormais soumises à des conditions d'autorisation plus contraignantes.

### C. Les modalités spécifiques d'application des lignes directrices

Les lignes directrices de 1999 ont prévu certaines modalités particulières d'appréciation de la compatibilité des aides aux entreprises en difficulté, qui ont été reprises par les lignes directrices de 2004.

1. Elles précisent notamment qu'elles s'appliquent aux entreprises de tous les secteurs<sup>48</sup> sans préjudice des **règles sectorielles spécifiques** relatives aux entreprises en difficulté, telles qu'il en existe aujourd'hui dans le secteur du transport aérien.

Ce secteur a fait l'objet d'un durcissement progressif des conditions de compatibilité des aides aux entreprises en difficulté. La Commission a ainsi adopté en 1994 une communication relative aux aides d'État dans le secteur de l'aviation, qui prévoit huit conditions de compatibilité des aides à la restructuration des compagnies aériennes<sup>49</sup>. Ces critères reprennent, en les renforçant, les règles de droit commun applicables aux aides à la restructuration. Le principe de l'aide unique peut toutefois être assoupli, en cas de « *circonstance exceptionnelle imprévisible, indépendante de la volonté de la compagnie aérienne* » (point 38).

Par ailleurs, les lignes directrices contiennent des dispositions spécifiques relatives aux aides à la restructuration dans le secteur agricole. Si sur certains points ces dispositions spécifiques apparaissent plus contraignantes que la règle de droit commun (c'est notamment le cas en ce qui concerne l'exigence de contreparties pour tous les bénéficiaires d'aides à la restructuration, y compris les PME), elles sont plus souples sur d'autres points. Ainsi dans le secteur agricole, le principe de non-récurrence est applicable sur cinq ans et non dix ans.

---

<sup>47</sup> Y compris au moyen de fonds provenant de la vente d'actifs qui ne sont pas essentiels à la survie de l'entreprise, ou de financements extérieurs obtenus aux conditions du marché.

<sup>48</sup> À l'exception des secteurs qui relevaient du Traité CECA avant 2002 : la sidérurgie et l'industrie houillère. Deux règlements ont été adoptés en 2002 pour régir les aides d'État dans ces secteurs.

<sup>49</sup> JOCE C 350 du 10 décembre 1994.

**2. Les lignes directrices prennent également en compte des considérations régionales et horizontales.**

Elles précisent ainsi que « *lorsque les entreprises qui doivent faire l'objet d'un sauvetage ou d'une restructuration sont situées dans des régions assistées, la Commission tiendra compte des considérations d'ordre régional mentionnées à l'article 87 § 3 points a) et c)* ». Il est prévu pour ces régions que les conditions d'autorisation de l'aide pourront être moins strictes en ce qui concerne « *la mise en œuvre des contreparties et l'importance de la contribution du bénéficiaire* ».

Les lignes directrices prévoient également des règles plus favorables en faveur des PME, dans la mesure où les aides qui leur sont octroyées altèrent généralement moins les conditions d'échanges. Ainsi, l'octroi d'aides ne sera pas, sauf indication contraire dans des règles sectorielles, lié à des contreparties. Il est prévu que des régimes d'aide au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté pourront être autorisés, uniquement en faveur des PME.

Par ailleurs, la Commission indique dans ses lignes directrices qu'elle apprécie favorablement les aides destinées à couvrir les coûts sociaux d'une restructuration d'une entreprise en difficulté, telles que, par exemple, les indemnités de licenciement ou de retraites anticipées que l'entreprise doit verser au personnel licencié en vertu de ses obligations légales ou contractuelles.

En dehors de ces assouplissements expressément prévus et bien circonscrits, la Commission s'en tient strictement aux principes fixés par les lignes directrices sur les aides au sauvetage, même en présence d'« *événements extraordinaires* » au sens de l'article 87 § 2.b du Traité<sup>50</sup>. Ainsi, elle a souligné dans sa communication d'octobre 2001 sur les « *conséquences pour l'industrie du transport aérien après les attentats aux États-Unis* », que « *les événements du 11 septembre 2001 ne sauraient remettre en cause la politique suivie par la Commission en matière d'aides d'État à la restructuration fondée sur le principe du « one time, last time ». En effet, il faut éviter que ces événements soient utilisés comme prétexte pour remédier, en dehors de l'encadrement existant des aides à la restructuration, aux graves difficultés rencontrées depuis plusieurs mois ou plusieurs années par certaines compagnies aériennes communautaires en phase de restructuration*<sup>51</sup> ».

Motivé par l'objectif de réduction des aides publiques, le durcissement des critères de compatibilité des aides aux entreprises en difficulté s'accompagne en contrepartie d'un début de prise en considération, dans la procédure de contrôle des aides d'État, de la situation particulière de ces entreprises.

---

<sup>50</sup> Ce texte prévoit que sont compatibles avec le marché commun « *les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires* ».

<sup>51</sup> Communication du 10 octobre 2001, COM (2001) 574 final, point 29.

### 3. La relative prise en compte de la spécificité des entreprises en difficulté sur le plan procédural

Compte tenu des incertitudes qui pèsent sur les aides destinées aux entreprises en difficulté, les États se voient contraints de les notifier à la Commission. Or, les règles procédurales qui s'appliquent, quelle que soit la situation financière du bénéficiaire de l'aide, notamment en matière de délais d'examen, ainsi que les risques éventuels de suspension ou de récupération en cas de violation de l'obligation de notification, s'avèrent problématiques du fait de la situation souvent critique de ces entreprises. Si des améliorations viennent d'être introduites sur le plan des délais d'examen, les règles applicables à la récupération des aides restent très rigoureuses pour les entreprises en difficulté.

#### A. L'instauration d'une procédure d'urgence pour l'autorisation des aides au sauvetage

1. Jusqu'à présent, aucune procédure d'examen d'urgence n'était prévue pour les entreprises en difficulté. Or, les règles habituelles relatives aux **délais d'examen** peuvent se révéler particulièrement contraignantes voire inadaptées pour les entreprises en difficulté, qui ont le plus souvent besoin d'un soutien d'urgence de la part des autorités publiques.

En effet, s'agissant des aides ayant fait l'objet d'une notification préalable, le règlement de procédure du 22 mars 1999<sup>52</sup> prévoit que la Commission dispose d'un délai de deux mois pour effectuer un examen préliminaire<sup>53</sup>. Ce délai, qui court à compter du jour suivant celui de la réception d'une notification complète, peut être prorogé par accord mutuel entre l'État et la Commission. À l'issue de ce délai, si la Commission est convaincue de l'incompatibilité de l'aide ou si elle rencontre des difficultés sérieuses dans l'appréciation de l'aide, elle ouvre une procédure formelle d'examen en application de l'article 88 § 2 TCE. Elle doit en principe adopter une décision finale dans un délai de 18 mois à compter de l'ouverture de la procédure.

En ce qui concerne les aides accordées illégalement (instituées ou modifiées sans avoir été notifiées, ou bien notifiées mais versées sans attendre la décision de la Commission), la Commission n'est soumise à aucun délai d'examen.

2. En outre, la Commission s'est vue reconnaître deux types de **pouvoirs d'injonction** pour sanctionner, à titre provisoire, le non-respect de l'effet suspensif de l'article 88 § 3 du Traité CE par les États membres.

---

<sup>52</sup> Règlement (CE) n° 659/99 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 TCE (aujourd'hui article 88 TCE), JOCE L 83 du 27 mars 1999, p. 1-9.

Ce règlement a été récemment complété par le règlement (CE) n° 784/2004 du 21 avril 2004, notamment en ce qui concerne les modalités de notification et de calcul des taux d'intérêt applicables à la récupération des aides illégales, JOUE L 140 du 30 avril 2004, p. 1-134.

<sup>53</sup> Cette phase préliminaire d'examen permet à la Commission de disposer d'un délai de réflexion et d'investigation suffisant pour se forger une opinion sur la conformité partielle ou totale avec le Traité des projets qui lui ont été notifiés (et préalablement sur l'existence d'une aide). En pratique, la Commission cherche fréquemment à obtenir de l'État dispensateur de l'aide la suppression d'éventuels éléments incompatibles dans le projet notifié.

Le pouvoir d'injonction de suspension a été dégagé dans une affaire relative à une entreprise en difficulté : en 1990, la Cour de justice a autorisé expressément la Commission à demander la suspension d'une aide accordée par la France à l'entreprise Boussac (on évoque depuis lors l'injonction dite « *Boussac*<sup>54</sup> »). Ce pouvoir d'injonction de suspension a été par la suite consacré par le règlement de procédure<sup>55</sup>.

Bien que rarement utilisé par la Commission, cet instrument n'est pas purement théorique. En 1994, elle a ordonné aux autorités françaises de suspendre une injection de capital, prévue mais non encore réalisée, de l'ordre de 2.500 millions de FF, en faveur du groupe informatique Bull<sup>56</sup>. La Commission a également utilisé ce dispositif en 1997 à l'encontre d'une garantie octroyée illégalement par le Portugal à une entreprise publique dénommée EPAC, intervenant sur le marché des céréales<sup>57</sup>.

Plus récemment, en septembre 2003, dans le cadre du plan de sauvetage du groupe Alstom, la Commission a menacé la France de lui adresser une injonction de suspension visant la prise de participation de l'État aux fonds propres de l'entreprise<sup>58</sup>.

Dans la mesure où l'injonction de suspension ne peut être utilisée lorsque l'aide a déjà été versée, le règlement de procédure a prévu la possibilité pour la Commission d'ordonner à l'État membre concerné la récupération provisoire de l'aide jusqu'à ce qu'elle statue sur sa compatibilité avec le marché commun.

Contrairement à l'injonction de suspension, l'injonction de récupération provisoire est strictement encadrée par le règlement de procédure. Le règlement de procédure dispose ainsi que l'injonction de récupération provisoire ne peut être utilisée que lorsque le caractère d'aide de la mesure concernée ne fait pas de doute, qu'il y a urgence à agir et qu'il existe un risque sérieux de préjudice substantiel et irréparable pour un concurrent. La Commission ne semble pas, à ce jour, avoir ordonné de récupération provisoire d'une aide.

Les décisions d'injonction peuvent être attaquées devant la CJCE ou le TPI par l'État ou l'entreprise aidée. Ce recours n'est cependant pas suspensif. Un sursis à exécution peut néanmoins être demandé par le bénéficiaire de l'aide<sup>59</sup> mais, compte tenu des critères appliqués par la Cour de justice, il est très difficile à obtenir.

L'application de ces règles procédurales générales a entraîné de sérieuses difficultés pour les entreprises ayant besoin de prendre d'urgence certaines mesures dès la phase de sauvetage pour enrayer la dégradation de leur situation financière, voire éviter leur mise en faillite. Ce constat, et les critiques qui lui ont été adressées, ont fini par conduire la Commission à instaurer une procédure d'urgence dans ses nouvelles lignes directrices.

---

<sup>54</sup> « *On ne saurait méconnaître le besoin de voir instituer des mesures conservatoires lorsque les pratiques de certains États membres en matière d'aides ont pour effet de mettre en échec le régime institué par les articles 92 et 93 du Traité [devenus articles 87 et 88 TCE]* ». CJCE, 14 février 1990, *France contre Commission*, aff. C-301/87, pt 19-20.

<sup>55</sup> Article 11 du règlement n° 659/99.

<sup>56</sup> Décision de la Commission n° 94/220/CE du 26 janvier 1994 enjoignant à la France de suspendre le versement d'une aide au groupe Bull accordée en violation de l'article 93.3 TCE, in JOCE n° L 107 du 28 avril 1994. Cette procédure a été déclenchée suite au versement d'aides à deux reprises au cours de l'année 1993, alors que la Commission ne s'était pas encore prononcée sur leur compatibilité.

<sup>57</sup> Décision de la Commission n° 97/762/CE du 9 juillet 1997 relative aux mesures prises par le Portugal en faveur de EPAC.

<sup>58</sup> Dans un communiqué de presse en date du 17 septembre 2003 (IP/03/1262), la Commission a annoncé que parallèlement à l'ouverture de la procédure formelle d'examen, elle autorisait le Commissaire Mario Monti à mettre à exécution une injonction de suspension au plus tard le 22 septembre, sauf si les autorités françaises s'engageaient publiquement à ne pas mettre en exécution des mesures, qui impliqueraient automatiquement et de manière irréversible une participation de l'État aux fonds propres d'Alstom à hauteur de 300 millions d'euros sans approbation préalable de la Commission.

<sup>59</sup> L'État n'a aucune chance de l'obtenir car il faut démontrer un préjudice, difficilement réparable. En réalité, seul le bénéficiaire de l'aide est susceptible de subir un tel préjudice.

**3.** La nécessité d'accorder rapidement des aides en faveur d'entreprises se trouvant dans une situation critique est désormais prise en compte dans les nouvelles lignes directrices de 2004. Une **procédure simplifiée** est ainsi offerte aux États pour l'obtention de l'autorisation **d'aides d'urgence**.

Cependant, il ne peut s'agir que d'aides au sauvetage, remplissant les conditions prévues pour l'octroi de telles aides. Les nouvelles lignes directrices prévoient que les aides au sauvetage peuvent désormais inclure des mesures structurelles d'urgence telles que la fermeture immédiate d'une filiale ou toute autre forme de cessation d'une activité déficitaire. Il y a là un assouplissement de la distinction entre aide au sauvetage et aide à la restructuration, par rapport aux lignes directrices de 1999.

En tant qu'aide au sauvetage, ce soutien a toutefois un caractère temporaire (six mois au maximum) et réversible. La Commission précise qu'en tout état de cause « *une mesure structurelle ne nécessitant pas une intervention immédiate, comme par exemple la participation irrémédiable et automatique de l'État dans les fonds propres de l'entreprise, ne pourrait être financée par une aide au sauvetage* ».

En outre, les aides d'urgence sont plafonnées à 10 millions d'euros.

Lorsque ces conditions sont remplies, il est prévu que la Commission « *mettra tout en œuvre pour arrêter une décision dans un délai d'un mois* », ce qui semble laisser entendre qu'elle n'est pas impérativement tenue par ce délai.

## **B. La rigueur de l'obligation de restitution de l'aide dans le cas des entreprises en difficulté**

Initialement dégagée par la Cour<sup>60</sup>, l'obligation de restitution des aides illégales par l'entreprise bénéficiaire a été reprise par le règlement de procédure du 22 mars 1999, dont l'article 14-1 énonce qu'« *en cas de décision négative concernant une aide illégale, la Commission décide que l'État membre concerné prend toutes les mesures nécessaires pour récupérer l'aide auprès de son bénéficiaire*<sup>61</sup> ».

La Cour considère que cette récupération peut être ordonnée par la Commission dès lors qu'elle établit le caractère incompatible de l'aide, qui par définition aura été octroyée illégalement, en violation de l'obligation de notification préalable à la Commission posée par l'article 88 § 3 TCE<sup>62</sup>. La Cour a par ailleurs reconnu un effet direct à ce texte, afin de permettre aux juridictions nationales d'assurer l'effet utile de l'obligation de notification préalable<sup>63</sup>. Il s'ensuit pour le juge national une obligation d'ordonner la récupération de l'aide illégale<sup>64</sup>, même dans le cas où elle aurait été par la suite jugée compatible par la Commission.

---

<sup>60</sup> CJCE, 12 juillet 1973, *Commission c/ RFA*, aff. 70/72, pt. 13.

<sup>61</sup> Règlement n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999.

<sup>62</sup> CJCE, 14 février 1990, *France c/ Commission*, aff. C-301/87, dite « *Boussac* », pts. 9-24.

<sup>63</sup> CJCE, 11 décembre 1973, *Lorenz c/ Allemagne*, aff. 120/73, pt. 13.

<sup>64</sup> CJCE, 11 juillet 1996, *SFEI*, aff. C-39/94, pt. 52.

1. L'État membre est **tenu de procéder à la récupération de l'aide** lorsque la Commission l'ordonne, en recourant à toutes les voies de droit disponibles, y compris la saisie des actifs de l'entreprise, voire sa mise en liquidation, même si la récupération porte atteinte aux droits des créanciers de l'entreprise, et comporte des conséquences économiques et sociales désastreuses<sup>65</sup>.

Les rares tempéraments à cette règle rigoureuse restent largement théoriques. Ainsi, le Tribunal de première instance a reconnu la possibilité d'accorder à l'entreprise débitrice un sursis à exécution de l'obligation de restitution, dans l'hypothèse où son exécution immédiate entraînerait très vraisemblablement la liquidation de l'entreprise<sup>66</sup>. Cependant, il convient de souligner que ce sursis n'est accordé que de façon très exceptionnelle<sup>67</sup>, et sous réserve que des garanties soient apportées quant à la restitution finale de l'aide<sup>68</sup>.

La Cour a pourtant affirmé que le comportement d'organismes publics détenteurs de créances en cotisations sociales ou fiscales devait être comparé à celui d'un « *créancier privé cherchant à obtenir le paiement des sommes qui lui sont dues par un débiteur connaissant des difficultés financières*<sup>69</sup> ». Dès lors que le critère du créancier avisé s'applique indépendamment de la nature exorbitante de la créance de l'État, il paraît logique de l'étendre à la récupération d'aides illégales auprès d'entreprises en difficulté<sup>70</sup>.

Il semblerait également conforme à la logique de la jurisprudence sur le « *créancier avisé* » de permettre à l'État d'aménager les modalités du remboursement, afin d'éviter la liquidation de l'entreprise débitrice, lorsque cela apparaît comme la façon la plus efficace de récupérer l'aide illégale. La Cour continue cependant d'affirmer, en cas de recours en manquement contre un État qui tarde à prendre les mesures nécessaires à la récupération des aides, que « *le seul moyen de défense susceptible d'être invoqué* » est « *l'impossibilité absolue* » d'exécuter correctement la décision de la Commission<sup>71</sup>.

---

<sup>65</sup> Dans l'affaire « *Boussac* » précitée, la Cour a rejeté l'argumentation du Gouvernement français selon laquelle l'obligation de remboursement des aides portait atteinte au principe de proportionnalité, compte tenu de la gravité des conséquences qu'elle comportait pour les créanciers de l'entreprise et pour la collectivité (point 59).

<sup>66</sup> TPICE, 26 octobre 1993, *Transacciones Maritimas SA*, affaires jointes T-231, 232 et 234/94.

<sup>67</sup> Voir sur cette question T. Fouquet, *L'obligation de récupération des aides d'État incompatibles octroyées aux entreprises en difficulté*, RJC 2002, n° 6, p. 251-264.

<sup>68</sup> Dans l'affaire *Transacciones Maritimas SA* précitée, le Tribunal de première instance a exigé la constitution d'une caution bancaire couvrant la totalité du montant des aides à restituer, ce qui en pratique est souvent impossible à obtenir.

<sup>69</sup> CJCE, 29 juin 1999, *DM Transport*, aff. C-256/97, pt. 24.

<sup>70</sup> On observera à cet égard que la Cour a reconnu, dans l'arrêt du 8 mai 2003, *Italie et SIM 2 Multimedia SpA c/ Commission*, que la Commission avait « *à juste titre* » motivé sa décision ordonnant la restitution de l'aide en rappelant que, aux fins d'exécuter correctement cette décision, « *L'État membre est invité à adopter le comportement d'un créancier privé* », ce qui implique qu'il utilise toutes les voies de droit disponibles pour récupérer sa créance (affaires jointes C-328/99 et C-399/00, pts. 68-69).

<sup>71</sup> CJCE, 2 juillet 2002, *Commission c/ Espagne*, aff. C-499/99.

Posée par la Cour en 1986<sup>72</sup>, l'exception tirée de l'impossibilité absolue d'exécuter correctement la décision de la Commission est très difficile à démontrer. Les décisions intervenues jusqu'à présent ont toujours refusé de reconnaître l'impossibilité absolue d'exécuter la décision de restitution des aides<sup>73</sup>. La Cour considère notamment que, dans le cas où le débiteur de l'obligation de restitution serait une entreprise en difficulté, l'absence d'actif récupérable est la seule façon de démontrer l'impossibilité absolue de récupérer les aides, et que cette démonstration suppose la liquidation de l'entreprise<sup>74</sup>. Elle a également précisé que la difficulté à identifier les bénéficiaires des aides illégales ne saurait justifier l'inaction de l'État face à son obligation de récupérer ces aides<sup>75</sup>.

2. Il est vrai néanmoins que **la détermination du ou des débiteur(s) de l'obligation de récupération** s'avère parfois délicate. Tel est notamment le cas lorsque les actifs (usines, terrains...) du bénéficiaire initial de l'aide illégale ont été transférés à une ou plusieurs autres entreprises, ou encore lorsque les détenteurs de parts du capital du bénéficiaire de l'aide ont revendu ces parts, ce qui est fréquent en matière d'entreprises en difficulté.

La Cour a apporté récemment d'importantes précisions sur cette question. Sa jurisprudence vise à concilier deux exigences contradictoires : d'une part, empêcher le contournement de l'obligation de restitution de l'aide par le transfert d'actifs de son bénéficiaire initial à d'autres entreprises, d'autre part, éviter de faire peser une présomption d'aide sur tout acquéreur d'actifs ou du contrôle d'une entreprise en difficulté ayant bénéficié d'aides par le passé.

Plusieurs types d'opérations doivent être distingués, par ordre de complexité croissante :

- en cas de **dissolution de l'entreprise bénéficiaire d'aides** à la suite d'une faillite, la Cour a affirmé que l'inscription de la créance relative à la restitution des aides concernées au tableau des créances suffit en principe pour rétablir la situation antérieure et éliminer la distorsion de concurrence<sup>76</sup>. À défaut d'actifs, il arrive que la Commission se contente de constater l'illégalité de l'aide, sans demander une récupération matériellement impossible.
- en cas de **cession d'actions** représentatives du capital de **l'entreprise bénéficiaire de l'aide**, et notamment en cas de cession de contrôle, l'entreprise continue d'exister, seule étant modifiée sa propriété. La Cour s'intéresse alors aux conditions de l'acquisition des parts pour déterminer un éventuel transfert d'aide.

Elle a précisé que lorsque le contrôle d'une entreprise qui a bénéficié d'une aide d'État illégale est acquis au prix du marché, « *c'est-à-dire au prix le plus élevé qu'un investisseur privé agissant dans des conditions normales de concurrence était prêt à payer pour cette situation où elle se trouvait notamment après avoir bénéficié d'aides d'État* », l'acheteur ne saurait être considéré comme ayant bénéficié d'un avantage par rapport aux autres opérateurs sur le marché<sup>77</sup>.

---

<sup>72</sup> CJCE, 15 janvier 1986, *Belgique c/ Commission*, aff. 52/84, pt. 14.

<sup>73</sup> Voir M. Karpenschiff, *La récupération des aides nationales versées en violation du droit communautaire à l'aune du règlement n° 659/1999 : du mythe à la réalité ?* ; RTDE juillet-septembre 2001, p. 561.

<sup>74</sup> CJCE, 2 juillet 2002, *Commission c/ Espagne*, aff. C-499/99 précitée, pt. 45.

<sup>75</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> avril 2004, *Commission c/ Italie*, aff. C-99/02.

<sup>76</sup> CJCE, 21 mars 1990, *Belgique c/ Commission*, aff. C-142/87, dite « *Tubemeuse* », pts. 60-62.

<sup>77</sup> CJCE, 20 septembre 2001, *Banks*, aff. C-390/98, pt. 77.

Dès lors, une entreprise qui a bénéficié d'une aide illégale demeure le titulaire de l'obligation de remboursement même après avoir fait l'objet d'une prise de contrôle au prix du marché, dans la mesure où elle conserve sa personnalité juridique, ainsi que l'avantage concurrentiel lié aux aides<sup>78</sup>.

- dans le cas de la **cession d'actifs du bénéficiaire initial de l'aide**, qui accompagne souvent sa liquidation, la question peut se poser de savoir si l'activité qui a bénéficié de l'aide est reprise en tout ou partie par l'acquéreur des actifs.

La Cour a ainsi précisé que des sociétés de cantonnement créées afin de poursuivre une partie des activités du bénéficiaire initial d'aides peuvent être tenues au remboursement dès lors qu'il est établi qu'elles « *conservent la jouissance effective de l'avantage concurrentiel lié au bénéfice desdites aides* ». Tel est le cas lorsque les actifs sont acquis à un prix qui ne serait pas conforme aux conditions du marché, ou bien lorsque la création d'une société de cantonnement a eu pour effet de contourner l'obligation de restitution des aides. Il appartient à la Commission d'établir l'existence d'une telle opération de contournement, en démontrant par exemple que des actes frauduleux de nature à appauvrir le patrimoine de la société qui fait l'objet de la liquidation ont été accomplis au détriment de ses créanciers. Face aux tentatives des entreprises d'échapper à l'obligation de restitution, la Cour considère que l'État membre doit, « *pour agir en créancier diligent, épuiser toutes les voies de droit disponibles dans son ordre juridique, par exemple celles relatives aux comportements frauduleux dont sont victimes les créanciers*<sup>79</sup> ».

Ces précisions apportées par le juge sont de nature à limiter le risque juridique qui pèse sur les repreneurs d'entreprises en difficulté. Il n'en demeure pas moins que le droit communautaire des aides d'État reste fort dissuasif pour ces derniers.

\*

\*                      \*

La Commission, en adoptant ces lignes directrices, a entendu durcir les conditions d'octroi de ce type d'aides. Si cet objectif paraît atteint, force est néanmoins de constater que la prise en compte de la réalité des entreprises en difficulté reste incomplète. Ainsi, on peut, par exemple, s'interroger sur le fait que les nouvelles lignes directrices ont porté à trois ans la durée durant laquelle une entreprise peut être considérée comme nouvellement créée (et ne peut par conséquent bénéficier des aides au sauvetage et à la restructuration). Cette restriction du champ des entreprises éligibles à de telles aides paraît révéler une certaine insuffisance dans la prise en considération de la logique industrielle.

---

<sup>78</sup> CJCE, 19 juin 2004, *Allemagne c/ Commission*, aff. C-277/00, pt. 81.

<sup>79</sup> CJCE, 19 juin 2004, *Allemagne c/ Commission*, précité, pts. 86 et s.

Pour autant, l'expérience du contrôle des aides montre que c'est la pratique effective de la Commission qui révèle, au-delà des textes, les conditions réelles de compatibilité des aides avec le Traité. Il conviendra donc d'examiner attentivement la doctrine que développera la future Commission Barroso en la matière.

**Dominique Agniau-Canel,**

**Anémone Cartier-Bresson**

**et Ellen Verdure**

**Direction des affaires juridiques**