

2.1.3 Recevabilité des recours

CJCE, 17 juillet 2008, Athinaiki Techniki AE c/ Commission, C-521/06 P*

La Cour de justice des Communautés européennes établit que le classement d'une plainte dénonçant l'octroi illégal d'une aide d'État constitue un acte attaquant au sens de l'article 230 CE et annule à ce titre une ordonnance du Tribunal qui avait conclu à l'irrecevabilité d'un recours à l'encontre d'une décision de classement de plainte

Cet arrêt de la Cour mérite l'attention tant il se démarque de la position adoptée par le Tribunal pour ouvrir largement la recevabilité des recours des plaignants dont la plainte a été rejetée par la Commission à la suite de la phase préliminaire d'examen des aides d'État.

Premier point de vue

Les faits pertinents sont assez simples. Un candidat évincé à la suite d'un appel d'offres pour une privatisation partielle, a déposé plainte à la Commission à la fois au titre des règles sur le marché intérieur (marchés publics) et des règles sur les aides d'État (modalités de la cession d'un bien public).

Les faits

Après quelques échanges avec le plaignant (à qui la DG Marché intérieur avait indiqué ne pas poursuivre l'examen de sa plainte), la DG Concurrence a invité celui-ci à lui donner des informations additionnelles concernant toute mesure qui ne serait pas liée à l'adjudication en cause puis l'a informé (lettre du 16 septembre 2003) que [et les mots utilisés précisément sont importants pour la suite], "sur la base des informations dont elle dispose[ait], il n'y a[vait] pas de raisons suffisantes pour continuer l'examen de cette affaire" et qu'ensuite (par lettre du 2 décembre 2004), "faute d'informations supplémentaires justifiant la poursuite de l'enquête, la Commission a[vait] classé administrativement l'affaire le 2 juin 2004".

L'arrêt du Tribunal

Le candidat évincé a demandé l'annulation de la décision de la Commission de classement de sa plainte (et non pas de la lettre précitée du 2 décembre 2004). Devant le Tribunal, la Commission a soulevé l'irrecevabilité de la requête en annulation du fait notamment de la nature non attaquant de la lettre du 2 décembre 2004 ainsi que de l'inexistence d'une décision.

Le Tribunal a déclaré la requête irrecevable (ordonnance du 26 septembre 2006, c. Commission, aff. T-94/05, non publiée au Recueil) pour les motifs suivants :

Les décisions de la Commission en matière d'aides d'État ont pour destinataires les États membres, y compris lorsqu'elles sont prises à la suite d'une dénonciation d'une

* Arrêt objet du pourvoi : TPICE, 26 septembre 2006, Athinaiki Techniki / Commission, T-94/05

aide prétendument contraire au traité, et c'est la décision adressée à l'État membre et non la lettre adressée au plaignant qui doit, le cas échéant, faire l'objet d'un recours en annulation ;

- par la lettre attaquée (uniquement adressée au requérant), la Commission indique que, sur la base des informations dont elle dispose, il n'y a pas de motifs suffisants pour se prononcer sur la plainte et que, faute d'avoir reçu des informations supplémentaires justifiant la poursuite de l'enquête, elle a classé administrativement la plainte; selon le Tribunal, la Commission n'a pas adopté de position définitive sur la qualification et la compatibilité avec le marché commun de la mesure faisant l'objet de la plainte;
- la lettre attaquée ne constitue donc pas une décision et ne produit pas d'effet juridique;
- le Tribunal estime ensuite, en réponse à un argument selon lequel la nature non attaquant d'une lettre de rejet de plainte conduirait à priver les administrés de l'accès à la justice communautaire, que des informations supplémentaires pouvaient venir étayer la plainte et que, dans le cas où ces informations seraient suffisantes, la Commission serait alors tenue de prendre position sur la mesure en cause par un acte susceptible de recours;
- enfin, le Tribunal, rejetant une analogie avec le classement des plaintes relative à l'application des articles 81 CE et 82 CE, considère que le règlement n° 659/1999 (déterminant la procédure en matière d'aides d'État) ne confère aucun droit procédural aux plaignants avant l'ouverture de la procédure formelle d'examen.

Le raisonnement de la Cour

La Cour rejette totalement la position du Tribunal et, annulant son ordonnance, déclare la requête recevable. La Cour donne même une double "leçon" au Tribunal :

- d'une part, pour ne pas avoir compris que le requérant contestait non pas la lettre reçue de la Commission mais la décision implicite de rejet de la plainte portée à la connaissance du plaignant par cette lettre; en effet, dans l'arrêt Sytraval de 1998 (arrêt du 2 avril 1998, Commission c. Sytraval et Brink's France, aff. C-367/95 P, Rec., p. I-1719), la Cour avait jugé que, lorsque la Commission adopte une décision dans le domaine des aides d'État, qui a pour seul destinataire l'État membre concerné, et informe, conformément à son devoir de bonne administration, le plaignant de sa décision, "c'est la décision adressée à l'État membre qui doit, le cas échéant, faire l'objet d'un recours en annulation de la part du plaignant et non pas la lettre adressée à celui-ci l'informant de la décision" (point 45), et

- d'autre part, pour avoir omis de tirer les leçons de l'arrêt SFEI de 1994 (arrêt du 16 juin 1994, SFEI e.a.c. Commission, aff. C-39/93 P, Rec., p. I-2681) sur le caractère attaquant de tout rejet de plainte en matière de concurrence (prise de position à la suite de laquelle le plaignant ne peut que conclure au rejet des éléments contenus dans sa plainte).

Après avoir rappelé qu'un recours en annulation au sens de l'article 230 CE "est ouvert à l'égard de tous les actes pris par les institutions, quelles qu'en soient la nature ou la forme, qui visent à produire des effets de droit obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique" (point 29 de l'arrêt), la Cour relève d'emblée qu'en l'occurrence le recours visait, non pas la lettre de la Commission par laquelle la requérante a pris connaissance du rejet de sa plainte mais bien ce rejet de plainte lui-même (la lettre n'étant en fait que le point de départ du délai pour former un recours contre celui-ci).

La Cour note ensuite que la demande d'annulation est motivée par la violation de l'article 88, paragraphe 2, CE : la Commission a rejeté la plainte sans avoir préalablement ouvert la procédure formelle d'examen, qui aurait permis au plaignant de présenter ses observations. C'est dans ce contexte que la Cour rappelle la nature des actes pris avant cette procédure formelle d'examen pour conclure que le Tribunal ne pouvait juger que l'acte attaqué ne visait pas à produire des effets de droit obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique :

- la phase préliminaire d'examen des aides instituée par l'article 88, paragraphe 3, CE et régie par les articles 4 et 5 du règlement n° 659/1999, a seulement pour objet de permettre à la Commission de se former une première opinion sur la compatibilité partielle ou totale de l'aide en cause ;

- la phase d'examen proprement dit, visée à l'article 88, paragraphe 2, CE et régie par les articles 6 et 7 dudit règlement, est destinée à permettre à la Commission d'avoir une information complète sur l'ensemble des données de l'affaire ; cette procédure est indispensable dès lors que la Commission éprouve des difficultés sérieuses pour apprécier si une aide est compatible avec le marché commun (ou pour qualifier d'aide une mesure donnée) ;

- si la Commission n'ouvre pas la procédure formelle d'examen et constate qu'une mesure étatique ne constitue pas une aide incompatible avec le marché commun, les bénéficiaires de ces garanties de procédure ne peuvent en obtenir le respect que s'ils ont la possibilité de contester devant le juge communautaire cette décision ; ainsi, la Cour rappelle la recevabilité du recours visant à l'annulation d'une telle décision, introduit par un intéressé au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE, lorsque l'auteur de ce recours tend, par l'introduction de celui-ci, à faire sauvegarder les droits procéduraux qu'il tire de cette dernière disposition (et non pas à contester le bien-fondé de la décision - sur ce dernier point précis, on relèvera toutefois avec intérêt, et pleine approbation, la remarque critique de l'avocat général qui exprime son "désaccord avec cette restriction au droit de recours des parties intéressées. Ladite restriction aboutit à faire de la défense des droits procéduraux une fin en soi alors qu'elle ne devrait être, selon nous, que la clé donnant accès au prétoire communautaire pour un contrôle de la compatibilité de la mesure incriminée avec les règles du traité en matière d'aides d'État" (note 25 des conclusions de l'avocat général Bot du 3 avril 2008) ;

- la partie plaignante a le droit de déclencher la phase préliminaire d'examen prévue à l'article 88, paragraphe 3, CE, en adressant à la Commission des informations concernant une aide prétendue illégale et celle-ci a l'obligation d'examiner, sans délai, l'existence éventuelle d'une aide et sa compatibilité avec le marché commun ;

- même si "les intéressés ne peuvent pas se prévaloir des droits de la défense lors de cette procédure, ils disposent en revanche du droit d'être associés à celle-ci dans une mesure adéquate tenant compte des circonstances du cas d'espèce [...] [et] une telle association à ladite procédure doit impliquer que, lorsque la Commission les informe [...] qu'il n'y a pas de motifs suffisants pour se prononcer sur le cas, elle est également tenue, [...] de leur permettre de lui soumettre, dans un délai raisonnable, des observations supplémentaires" (points 38 et 39 de l'arrêt) ;

- "une fois ces observations déposées ou le délai raisonnable expiré, [...] [la Commission] n'est pas autorisée à perpétuer un état d'inaction pendant la phase préliminaire d'examen. Le moment venu, il lui appartient soit d'ouvrir la phase d'examen suivante, soit de classer l'affaire en adoptant une décision en ce sens [...] [et] [...] lorsque la Commission prend une telle décision à la suite d'informations fournies par une partie intéressée, elle lui envoie une copie de cette décision" (points 39 et 40 de l'arrêt) ;

► *ALLER AU SOMMAIRE*

- la Cour juge enfin que la Commission “peut prendre une des décisions [...] prévues à l’article 4 du règlement n° 659/1999, sans pour autant la désigner comme une décision au titre de cette disposition. En effet, il découle de la jurisprudence constante concernant la recevabilité des recours en annulation qu’il convient de s’attacher à la substance même des actes attaqués ainsi qu’à l’intention de leurs auteurs pour qualifier ces actes. À cet égard, constituent en principe des actes attaquables les mesures qui fixent définitivement la position de la Commission au terme d’une procédure administrative et qui visent à produire des effets de droit obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, à l’exclusion des mesures intermédiaires dont l’objectif est de préparer la décision finale, qui n’ont pas de tels effets (voir, en ce sens, arrêts IBM/Commission, précité, points 9 et 10, ainsi que du 22 juin 2000, Pays-Bas/Commission, C-147/96, Rec. p. I-4723, points 26 et 27)” (point 41 et 42 de l’arrêt); peu importe en effet, la forme dans laquelle un acte ou une décision sont pris.

Appréciation de l’acte attaqué - Première question de recevabilité

C’est à ce stade que la Cour se réfère à son arrêt SFEI précité de 1994: un acte peut être qualifié de décision, que celui-ci satisfasse ou non certaines exigences formelles, “à savoir s’il est dûment intitulé par son auteur, s’il est suffisamment motivé ou s’il mentionne les dispositions qui constituent sa base légale (voir, en ce qui concerne l’exigence de motivation, arrêt du 16 juin 1994, SFEI e.a./Commission, C-39/93 P, Rec. p. I-2681, point 31)”. Peu importe également que cet acte, comme en l’occurrence, “n’ait pas été notifié par la Commission à l’État membre concerné, en violation de l’article 25 de ce règlement, puisqu’un tel vice n’est pas susceptible de modifier la substance dudit acte (voir, à cet égard, arrêt du 20 mars 1997, France/Commission, C-57/95, Rec. p. I-1627, point 22)” (point 44 de l’arrêt).

En effet, pour la Cour, “s’il en était autrement, la Commission pourrait se soustraire au contrôle du juge communautaire par la simple méconnaissance de telles exigences formelles. Or, il ressort de la jurisprudence que, la Communauté européenne étant une communauté de droit dans laquelle ses institutions sont soumises au contrôle de la conformité de leurs actes avec le traité, les modalités procédurales applicables aux recours dont le juge communautaire est saisi doivent être interprétées, dans toute la mesure du possible, d’une manière telle que ces modalités puissent recevoir une application qui contribue à la mise en œuvre de l’objectif de garantir une protection juridictionnelle effective des droits que tirent les justiciables du droit communautaire [...]” (point 45 de l’arrêt).

La Cour conclut alors en établissant le principe ferme que, “[...] pour déterminer si un acte en matière d’aides d’État constitue une « décision » au sens de l’article 4 du règlement n° 659/1999, il convient de vérifier si, compte tenu de la substance de celui-ci et de l’intention de la Commission, cette institution a définitivement fixé par l’acte examiné, au terme de la phase préliminaire d’examen, sa position sur la mesure dénoncée et, partant, si elle a conclu que celle-ci constituait ou non une aide, qu’elle ne suscitait pas de doutes quant à sa compatibilité avec le marché commun ou qu’elle suscitait de tels doutes” (point 46 de l’arrêt).

Revenant alors à l’acte attaqué lui-même, la Cour relève que le requérant avait été informé de ce que, sur la base des informations dont la Commission disposait, elle n’avait pas de raisons suffisantes pour continuer l’examen de l’affaire et que, faute d’informations supplémentaires justifiant la poursuite de l’enquête, la Commission avait classé administrativement l’affaire.

► *ALLER AU SOMMAIRE*

La Cour en conclut logiquement que la Commission a effectivement pris un acte de classement administratif de l'affaire, c'est-à-dire l'acte attaqué. La Commission a donc décidé de mettre fin à la procédure préliminaire d'examen déclenchée par le plaignant et implicitement refusé d'ouvrir la procédure formelle d'examen prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE.

Pour la Cour, cet acte ne peut être qualifié de préliminaire ou de préparatoire, "car il ne sera suivi, dans le cadre de la procédure administrative entamée, d'aucun autre acte susceptible de donner lieu à un recours en annulation (voir en ce sens, notamment, arrêt SFEI e.a./Commission, précité, point 28)" (point 54 de l'arrêt).

La Cour ajoute que, comme "la légalité d'une décision prise à l'issue de la phase préliminaire d'examen n'est appréciée qu'en fonction des éléments d'information dont la Commission pouvait disposer au moment où elle l'a arrêtée" (point 56 de l'arrêt), "il n'est pas pertinent [...] que la partie intéressée puisse encore fournir à la Commission des informations supplémentaires qui peuvent obliger cette dernière à revoir sa position sur la mesure étatique en cause" (point 55 de l'arrêt): ces informations supplémentaires qui viendraient après le classement de l'affaire pourraient déboucher sur une nouvelle procédure administrative mais elles n'auraient pas d'incidence "sur le fait que la première procédure préliminaire d'examen est d'ores et déjà close" (point 57 de l'arrêt).

Contrairement à ce que le Tribunal a jugé, la Commission a donc bien adopté une position définitive sur la demande de la plaignante. Comme cette décision a empêché celle-ci de présenter ses observations dans le cadre d'une procédure formelle d'examen visée à l'article 88, paragraphe 2, CE, elle a produit des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts de cette société et elle constitue, dès lors, un acte attaquant au sens de l'article 230 CE.

Nous estimons que l'arrêt de la Cour doit être pleinement approuvé. La Commission ne saurait échapper à un contrôle juridictionnel en adoptant des actes qui ne figurent pas dans les formes prévues par la réglementation, ni en méconnaissant celle-ci (notamment l'absence de notification à l'État membre de la décision constatant que la mesure litigieuse ne constitue pas une aide), ni encore en prétendant qu'elle n'aurait pas adopté une décision définitive sous prétexte que le plaignant pourrait apporter d'autres éléments complémentaires éventuels. En effet, une fois que la Commission a demandé ces éléments complémentaires et que le plaignant ne les délivre pas, elle est tenue d'adopter une décision sur la base des informations à sa disposition, ce qui ne la dispense pas de motiver sa décision de classement, ne fût-ce par la constatation que les éléments de fait et de droit avancés par le plaignant sont insuffisants. Il est indiscutable que dans ces conditions, un classement de plainte aboutit à une situation où le plaignant n'est en mesure d'attendre aucun autre acte susceptible de recours de la part de la Commission: le rejet est définitif.

Comme dans l'affaire SFEI, lorsque la Commission déclare qu'elle n'a pas l'intention de poursuivre l'enquête, c'est que celle-ci est définitivement clôturée sur le fondement des informations à sa disposition. Il s'agit d'une prise de position définitive qui doit être susceptible de contrôle juridictionnel, notamment s'agissant de l'obligation de motivation.

Ce faisant, la Cour aboutit à une cohérence des principes de recevabilité des recours en matière de concurrence, d'autant plus que, comme l'indique l'avocat général au point 122 de ses conclusions), "la Commission dispose d'une compétence exclusive en matière d'aides d'État et que ces dernières font l'objet d'une interdiction de principe".

Enfin, s'agissant de l'interprétation de l'article 20 du règlement n° 659/1999 du Conseil, sur lequel se fonde notamment la critique qui suit par Jean-Yves Chérot, nous estimons

► *ALLER AU SOMMAIRE*

simplement que si l'interprétation de cette disposition devait conduire à décider qu'en l'espèce l'acte attaqué (le rejet implicite de la plainte) devait être qualifié d'acte non attaqué, alors l'article 20 serait contraire au droit primaire, à l'article 230 CE lui-même. La notion d'acte attaqué, telle que résultant de l'article 230 CE prime sur toute interprétation contraire qui pourrait être donnée à la portée d'une disposition de droit dérivé.

Comme le dit la Cour aux points 54 à 60 de l'arrêt, il peut difficilement être contesté qu'en l'espèce, « (...) l'acte attaqué ne peut être qualifié de préliminaire ou de préparatoire, car il ne sera suivi, dans le cadre de la procédure administrative entamée, d'aucun autre acte susceptible de donner lieu à un recours en annulation (...). il n'est pas pertinent à cet égard que la partie intéressée puisse encore fournir à la Commission des informations supplémentaires qui peuvent obliger cette dernière à revoir sa position sur la mesure étatique en cause. En effet, la légalité d'une décision prise à l'issue de la phase préliminaire d'examen n'est appréciée qu'en fonction des éléments d'information dont la Commission pouvait disposer (...) au moment de l'adoption de l'acte attaqué. Si une partie intéressée fournit des informations supplémentaires après le classement de l'affaire, la Commission peut être tenue d'ouvrir, le cas échéant, une nouvelle procédure administrative. En revanche, ces informations n'ont pas d'incidence sur le fait que la première procédure préliminaire d'examen est d'ores et déjà close. (...) la Commission a adopté une position définitive sur la demande d'Athinaiki Techniki tendant à faire constater une violation des articles 87 CE et 88 CE. Enfin, il est sans incidence sur la qualification de l'acte attaqué, (...) que la Commission ne l'ait pas notifié à l'État membre concerné, qu'elle ne l'ait pas désigné comme une « décision » et qu'elle ne se soit pas référée à l'article 4 du règlement n° 659/1999. (...) la Commission a pris sa position au motif que la mesure étatique en cause ne constituait pas une aide d'État. L'acte attaqué doit donc être qualifié de décision au sens de l'article 4, paragraphe 2, du règlement n° 659/1999, lu conjointement avec les articles 13, paragraphe 1, et 20, paragraphe 2, troisième phrase, de ce règlement. Comme cet acte a empêché Athinaiki Rechnikide présenter ses observations dans le cadre d'une procédure formelle d'examen visée à l'article 88, paragraphe 2, CE, il a produit des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts de cette société ».

Ce raisonnement nous semble limpide et tirant toutes les conséquences de la notion d'acte attaqué.

Appréciation de l'acte attaqué - Seconde question de recevabilité

Après avoir annulé l'ordonnance entreprise du Tribunal, la Cour se saisit ensuite d'une question de recevabilité que le Tribunal n'avait pas dû examiner pour déclarer la requête irrecevable.

Il s'agissait du dépôt prétendument tardif de la requête (l'article 230, cinquième alinéa, CE, prévoit que le recours doit être formé dans un délai de deux mois à compter, suivant le cas, de la publication de l'acte, de sa notification au requérant ou, à défaut, du jour où celui-ci en a eu connaissance - l'article 102, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal, ajoute un délai de distance forfaitaire de dix jours). En l'espèce, rappelons que l'acte attaqué est le rejet implicite de la plainte, non la lettre adressée à la plaignante : la Cour a bien rappelé dans son arrêt que « l'acte attaqué doit donc être qualifié de décision au sens de l'article 4, paragraphe 2, du règlement n° 659/1999 » (point 60 de l'arrêt).

Ensuite, relevons que la Cour mentionne explicitement qu' « il est constant que l'acte attaqué n'a été ni publié au Journal officiel de l'Union européenne ni notifié à Athinaki Technicien tant que destinataire » (point 69 de l'arrêt ; soulignement ajouté). Sur la base de

ces deux constatations, faites par la Cour elle-même, nous pouvons conclure que la Cour s'est trompée dans la suite de son raisonnement s'agissant de la question de recevabilité tenant au dépôt ratione temporis de la requête. Le résultat est correct (la requête était recevable) mais le raisonnement est erroné en droit pour les raisons suivantes.

Comme la Cour l'indique donc, l'acte attaqué n'a été ni publié au Journal officiel de l'Union européenne ni notifié à la plaignante en tant que destinataire: la Cour en déduit que le délai de deux mois et dix jours n'a pu commencer à courir que le jour où celui-ci en a eu pleine connaissance, c'est-à-dire lors de la réception de la lettre litigieuse. La Commission n'ayant pas pu démontrer à partir de quel jour le délai pour former cette requête a commencé à courir (absence d'envoi par pli recommandé ni et d'une demande d'avis de réception), la Cour rejette l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission.

Le raisonnement de la Cour sur ce point n'est pas conforme à la jurisprudence (jusqu'au règlement n° 659/1999) ni au règlement n° 656/1999 en matière d'aides d'État, à savoir que le délai ne court qu'à partir de la publication au Journal Officiel lorsque l'acte en cause doit y être publié (en l'absence de publication, le délai n'avait pas encore pu courir au moment du dépôt de la requête qui était donc bien recevable, mais pour cette raison). Or, en l'espèce, il s'agissait bien d'une décision concluant à l'absence d'aide d'État qui devait être publiée au Journal officiel en vertu de l'article 26 du règlement n° 659/1999, en combinaison avec ses articles 4, paragraphes 2 à 4 (aides notifiées) et 13, paragraphe 1 (aides illégales); la publication au Journal officiel d'un cartouche annonçant la publication sur le site Internet de la DG Concurrence de la lettre devant être adressée à ce sujet à l'État membre tient lieu d'une telle publication.

C'est cette règle que la Cour aurait dû appliquer et non pas la règle de la connaissance de l'acte: en effet, *“le critère de la date de prise de connaissance de l'acte en tant que point de départ du délai de recours présente un caractère subsidiaire par rapport à ceux de la publication ou de la notification de l'acte (arrêt de la Cour du 10 mars 1998, Allemagnel Conseil, C-122/95, Rec. p. I-973, point 35; voir également, en matière d'aides d'État, les conclusions de l'avocat général M. Capotorti sous l'arrêt de la Cour du 17 septembre 1980, Philip Morris/Commission, 730/79, Rec. p. 2671, 2693, 2695)”* (point 47 de l'ordonnance du 26 juin 1996, BP Chemicals c. Commission, aff. T-11/95, Rec., p.II-599). Depuis l'adoption du règlement de procédure n° 659/1999, c'est la publication de l'acte qui constitue le seul point de départ du délai de recours pour tout tiers à l'Etat membre destinataire de la décision. Un requérant prenant connaissance (que ce soit par l'Etat membre -affaire BP- ou par la Commission -in casu) d'une décision adressée (ou qui devait l'être) à l'État membre peut attendre la publication de cette décision pour l'attaquer dès lors que cette publication est obligatoire en vertu du règlement n° 659/1999.

Même si le résultat (recevabilité de la requête) eût été le même, il convient de conclure à l'erreur de droit de la Cour qui n'a pas tiré toutes les conséquences de sa qualification de l'acte attaqué en tant que «décision article 4» non notifiée au requérant en tant que destinataire...

Enfin, s'agissant du fond, la Cour renvoie l'affaire au Tribunal estimant qu'elle n'est pas en mesure, à ce stade de la procédure, de statuer sur cet aspect du litige qui implique l'examen de questions de fait sur la base d'éléments qui n'ont pas été appréciés par le Tribunal ni débattus devant la Cour.

J. Derenne

Concurrences N° 4-2018, pp. 112-116

► [ALLER AU SOMMAIRE](#)

Second point de vue

L'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Athiniki AE* est d'une très grande importance. Il conduit à faire évoluer de façon à notre avis sensible le système de contrôle des aides d'État dans sa phase préliminaire d'examen, d'une façon qui nous semble discutable. Nous devons une fois encore tenter de pénétrer sur le "terrain glissant et broussailleux du traitement administratif des plaintes dans le domaine des aides d'État" (pour reprendre l'expression de F. Zivy dans cette revue, *Concurrences*, n° 2-2006, p. 137). Pour suivre cette image, le terrain sera peut être désormais moins glissant et broussailleux pour les plaignants, du moins pour les tiers intéressés; il risque de le rester la Commission, pour le juge et pour la doctrine qui devront interpréter les conséquences de l'arrêt. Notre point de vue étant différent de celui exposé par Jacques Derenne, il s'ajoute donc à sa magnifique présentation de l'affaire tout en émettant un point de vue critique à son point de vue d'approbation de la solution de l'arrêt.

En matière d'aide d'État comme le rappelait l'avocat général Y. Bot dans les conclusions sur cette affaire le principe est, si l'on fait abstraction des pouvoirs conférés au Conseil de l'Union, que la Commission dispose d'une compétence exclusive en ce qui concerne l'appréciation de la compatibilité d'une aide avec le marché commun, de telle sorte que dès qu'elle a connaissance de l'institution d'une aide, elle a l'obligation de statuer sur la compatibilité de cette aide, et cela quel que soit le moyen par lequel elle reçoit cette information, une notification par l'État, par une plainte ou par tout autre moyen (voir en ce sens les conclusions Tesauro qui servent de base à toute la théorie en la matière sur l'affaire *William Cook*, C-198/91 jugée le 19 mai 1993, Rec., I-2487, point 32).

Or, s'était peu à peu instauré l'idée que devant une plainte, la Commission avait encore, dans certaines conditions, le choix d'entamer l'examen de l'aide en ouvrant la procédure préliminaire ou non. Les arrêts rendus sur recours de plaignants pour carence de la Commission à se prononcer sur leur plainte comportaient tous une indication dans ce sens. Après avoir jugé que «*dans la mesure où elle possède une compétence exclusive pour apprécier la compatibilité d'une aide d'État avec le marché commun, la Commission est tenue dans l'intérêt d'une bonne administration des règles fondamentales du traité relatives aux aides d'État, de procéder à un examen diligent et impartial d'une plainte dénonçant l'existence d'une aide incompatible avec le marché commun*», le TPI ajoutait ensuite lorsqu'il s'agissait de mesurer le délai à partir duquel la carence à statuer pouvait être constatée que «*la Commission ne saurait prolonger indéfiniment l'examen préliminaire de mesures étatiques ayant fait l'objet d'une plainte au regard de l'article 92 paragraphe 1, du traité, dès lors qu'elle a, comme en l'espèce acceptée d'entamer un tel examen*» (voir notamment TPICE, 15 septembre 1998, *Gestevision Telecinco c. Commission*, points 72 et 74; mais aussi, mêmes formulations dans TPICE, 3 juin 1999, *TF1 c. Commission*, T-17/96 et encore dans TPICE, 10 mai 2006, *Air One SpA*, T-395/04). Le Tribunal semblait reconnaître l'existence, en cas de plainte, avant l'ouverture de la phase préliminaire d'examen, d'une "phase première" (selon les termes de Flavien Mariatte) aux termes de laquelle elle pouvait soit décider d'ouvrir la phase préliminaire d'examen, soit simplement de ne pas le faire parce que la plainte ne comporterait pas de motifs suffisants pour lui permettre d'aller plus loin et à avoir à se prononcer sur le cas. L'article 20, paragraphe 2 du règlement 659/1999 "portant modalités d'application de l'article 88 CE" semblait aller dans ce sens puisqu'il se bornait à prévoir, après avoir reconnu que "toute partie intéressée peut informer la Commission de toute aide illégale prétendue et de toute application prétendue abusive d'une aide", que "lorsque la Commission estime, sur la base des informations dont

► ALLER AU SOMMAIRE

elle dispose qu'il n'y a pas de motifs suffisants pour se prononcer sur le cas, elle en informe la partie intéressée”, information adoptée en dehors de toute prise de position sur le fond et donc sans notification à l'État membre concerné seul destinataire des décisions de la Commission en matière d'aides d'État.

C'est bien de cette façon que le Tribunal avait interprété le règlement de procédure dans son arrêt du 5 avril 2006, Deutsche Bahn AG, T-351/02 dans une affaire où il avait à se prononcer sur la recevabilité d'un recours en annulation contre une lettre de la Commission faite en réponse à une plainte. Le Tribunal avait jugé qu'en présence d'une plainte la mettant en possession d'informations concernant une aide prétendue illégale, la Commission est devant une option, soit celle de demander des renseignements à l'État concerné, d'engager ainsi la phase préliminaire d'examen prévue par le traité et de prendre une des décisions qui s'impose aux termes de cette phase soit d'informer les parties intéressées en application de l'article 20, § 2, du règlement n° 659/1999 qu'« *il n'y a pas de motifs suffisants pour se prononcer sur le cas* ». Le TPI avait en effet jugé qu'en dehors de cette possibilité de prendre une décision en vertu de l'article 4 du règlement 659/1999, la Commission, lorsqu'elle est saisie d'informations visant l'existence éventuelle d'une aide d'État, n'a d'autre choix que d'informer les parties intéressées en application de l'article 20, paragraphe 2, deuxième phrase, du même règlement qu'il “*n'y a pas de motifs suffisants pour se prononcer sur le cas*» (point 43). Dans cette espèce, le Tribunal avait jugé que la Commission, contrairement à ce qu'elle soutient, n'a pas empruntée la voie offerte par l'article 20, paragraphe 2, deuxième phrase, du règlement 659/1999. Loin de faire valoir qu'il n'existe pas de motifs suffisants pour se prononcer sur la plainte, la Commission, tant dans la décision attaquée que les lettres postérieures, prend une position claire et définitive. Elle constate que la plainte ne permet pas d'identifier l'existence d'une aide d'État” et déclare dont le recours recevable.

C'est un tel système d'interprétation qui rend compte de l'ordonnance du Tribunal (deuxième chambre) du 26 septembre 2006, T-94/05 dont la Cour est saisie sur pourvoi dans l'affaire sous commentaire. C'est ainsi que le Tribunal avait pu juger qu’*“en l'espèce, la lettre attaquée, qui était uniquement adressée à la requérante, l'a informé, en vertu de l'article 20 du règlement 659/1999 que, sur la base des informations dont elle disposait, la Commission considérait qu'il n'y avait pas de motifs suffisants pour se prononcer sur le cas qui lui était soumis dans la plainte [...]. La Commission n'a donc pas adopté de position définitive sur la qualification la compatibilité avec le marché commun de la mesure faisant l'objet de la plainte de la requérante”* et qu'il “*s'ensuit que la lettre attaquée ne constitue pas une décision au sens de l'article 25 du règlement 659/1999 et que celle-ci ne produit pas d'effets juridiques*”.

Un tel système, on en convient, comporte pour la Commission une certaine souplesse et lui permet devant l'afflux de plaintes pour violation des règles du traité sur les aides, de faire la part de dossiers comportant des éléments d'informations suffisants pour engager en demandant aux États membres les informations la procédure préliminaire d'examen de l'article 88 paragraphe 3, CE et les autres. Les plaignants ont toujours la possibilité de compléter leur dossier pour étayer leur plainte et le refus de la Commission de prendre position peut, à certaines conditions, donner lieu à un recours en carence. C'est ce système (le mot est bien fort) pour une construction à peine dessinée et bien fragile qui est abattu par la Cour sur la base du droit des parties intéressées à bénéficier pleinement du droit de présenter des observations si un doute existe sur la compatibilité d'une aide avec le marché commun. Lorsque sans ouvrir la procédure formelle d'examen de l'article 88 paragraphe 2, CE, la Commission constate par une décision prise sur le fondement de

l'article 88 paragraphe 3 dans le cadre de la seule phase préliminaire d'examen qu'une mesure ne constitue pas une aide incompatible avec le marché commun, les bénéficiaires de ces garanties de procédures ne peuvent en obtenir le respect que s'ils ont la possibilité de contester devant le juge cette décision, de telle sorte que la Cour déclare recevable un recours visant à l'annulation d'une telle décision introduit par un intéressé au sens de l'article 88 paragraphe 2, CE, lorsque l'auteur de ce recours tend à faire sauvegarder les droits procéduraux qu'il tire de cette disposition. Et pour la Cour, la Commission ne peut pas échapper à ce système qui encadre son action et se soustraire au contrôle du juge communautaire en prétendant que la réponse adressée au plaignant et par laquelle elle classe sa plainte ne constitue pas une décision de ne pas soulever d'objections au sens de l'article 88 paragraphe 3, CE (et au sens de l'article 4 du règlement 659/1999).

Mais cette analyse ne vaut cependant - c'est le point central à juger - que si l'on ne fait pas de différences entre l'examen *prima facie* d'une plainte et l'examen de compatibilité.

Tel est bien le jugement de ce point par la Cour qui ne conçoit pas de différence entre l'examen de la plainte et l'engagement de la phase préliminaire d'examen. Dans ces conditions, comme l'avait dit l'avocat général, et comme la Cour le souligne, l'article 20, paragraphe 2, deuxième phrase, du règlement n° 659/1999 est compris comme une obligation d'associer des parties intéressées à la phase préliminaire. Yves Bot avait observé que "*l'article 20, § 2, deuxième phrase, du règlement n° 659/1999 peut donc être compris en ce sens que, lorsque la Commission estime sur la base des informations dont elle dispose, qu'il n'y a pas de motifs suffisants pour ouvrir une procédure formelle d'examen, elle doit en informer le plaignant de manière à ce que celui-ci puisse, le cas échéant, apporter des éléments complémentaires*" (point 101 des conclusions). Pour la Cour l'article 20, paragraphe 2, deuxième phrase ne peut se comprendre que comme une obligation de la Commission d'associer les plaignants tiers intéressés à la phase préliminaire lorsqu'elle estime qu'il n'y a pas de motifs suffisants pour se prononcer sur le cas (point 39 de l'arrêt).

On atteint là, me semble-t-il, les limites du raisonnement de la Cour. Car l'article 20, paragraphe 2, deuxième phrase, mentionne les "*motifs insuffisants pour se prononcer sur le cas*" et non de "*motifs insuffisants pour ouvrir la phase formelle d'examen*", ce qui est complètement différent. Les motifs insuffisants pour ouvrir la phase formelle d'examen étant précisément qu'il n'y a pas de doute sur la compatibilité des aides avec le marché ou sur le fait que la mesure ne constitue pas une aide et donc qu'il y a bien des motifs suffisants pour se prononcer sur le cas. Par ailleurs, ni le traité ni le règlement de procédure n'imposent à la Commission d'informer les tiers intéressés, fussent-ils aussi des plaignants, qu'elle ne dispose pas de motifs suffisants pour ouvrir la phase formelle d'examen ! La Cour crée ici une nouvelle procédure aides d'État pour la phase préliminaire. Désormais, si l'on lit bien l'arrêt, si en cas de plainte la Commission estime que les renseignements qu'elle aura rassemblés (et qu'elle aura l'obligation de rassembler notamment en adressant une demande de renseignement à l'État en cause) ne lui permettent pas d'ouvrir la phase formelle, elle devra l'indiquer aux tiers intéressés qui pourront compléter ainsi l'information de la Commission. Celle-ci aura-t-elle aussi l'obligation pour leur permettre de compléter utilement leur plainte de leur donner accès au dossier ?

L'article 20, paragraphe 2, deuxième phrase du règlement 659/1999 vise manifestement le cas d'une information de la Commission insuffisante pour engager la procédure préliminaire elle-même et vise à permettre au plaignant de compléter l'information de la Commission non pour engager la phase formelle d'examen, mais pour engager la phase

préliminaire par une demande de renseignements à l'État concerné. Cette lecture ne me paraît contraire aux principes du système des aides d'État et notamment au principe découlant de sa compétence exclusive selon lequel la Commission doit engager un examen préliminaire de la compatibilité des mesures étatiques comportant des aides d'État. Encore faut-il pour qu'elle soit obligée d'engager une telle procédure que les informations dont les parties intéressées font état dans leur plainte comportent des motifs suffisants pour l'obliger à le faire.

J-Y. Chérot

Concurrences N° 4-2008, pp. 112-116

CJCE, 22 décembre 2008, British Aggregates c/ Commission, C-487/06 P*

La Cour de justice des Communautés européennes rappelle que la dualité du régime d'accès au prétoire communautaire en matière d'aides d'État s'applique quelle que soit la nature, individuelle ou générale, de la mesure d'aide litigieuse

Encore une fois, la Cour de justice manifeste son attachement à sa jurisprudence sur la dualité du régime d'accès au prétoire communautaire, auquel est soumis un opérateur économique lorsqu'il forme un recours contre une décision de la Commission, adoptée sur le fondement de l'article 88 § 3 du traité CE, de ne pas soulever d'objections à l'encontre d'une aide d'État. Malgré les nombreuses critiques que suscite cette jurisprudence, la Cour précise qu'elle est applicable quelle que soit la nature de la mesure d'aide litigieuse, y compris lorsque cette mesure revêt un caractère général, comme c'est le cas d'un régime fiscal applicable à une catégorie d'opérateurs économiques.

En l'espèce, était en cause un projet de loi de finances visant à instituer une taxe sur les granulats exploités au Royaume Uni. Cette mesure a été contestée, à la fois devant la Commission, par le dépôt d'une plainte, et devant les juges nationaux, par l'introduction d'un recours (dont l'examen en appel a été suspendu jusqu'à ce que le TPI statue sur le recours contre la décision de la Commission ayant rejeté cette plainte). Cette série de contestations a été formée par une association regroupant des petites entreprises indépendantes exploitant des carrières au Royaume Uni. Plusieurs éléments étaient en cause: l'exclusion de certains matériaux du champ d'application de cette taxe, l'exonération des matériaux assujettis lorsque ces derniers sont exportés, ainsi que les dérogations prévues en faveur de l'Irlande du Nord. Ces éléments placeraient les membres de l'association dans une situation désavantageuse sur le plan concurrentiel et caractériseraient ainsi l'existence d'une mesure d'aide d'État, qui serait incompatible avec le marché commun. Cette thèse a été rejetée par la Commission: après un examen préliminaire du projet en cause, cette dernière a décidé de ne pas soulever d'objections à son encontre. Cette décision a été attaquée par l'association plaignante devant le TPI, lequel a déclaré le recours recevable, mais l'a intégralement rejeté. Cet arrêt a été frappé de deux pourvois: un pourvoi principal, formé par l'association, et un pourvoi incident, formé par la Commission. C'est la réponse à ce pourvoi incident, qui pose une question préalable à celles du pourvoi

* Arrêt objet du pourvoi: TPICE, 13 septembre 2006, British Aggregates/Commission, aff. T-210/02