



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 10.02.2012
swd(2012) 14

DOCUMENT DE TRAVAIL DES SERVICES DE LA COMMISSION

**Document d'orientation concernant le financement, la restructuration et la privatisation
des entreprises publiques conformément aux règles en matière d'aides d'État**

DOCUMENT DE TRAVAIL DES SERVICES DE LA COMMISSION

**Document d'orientation concernant le financement, la restructuration et la privatisation
des entreprises publiques conformément aux règles en matière d'aides d'État**

TABLE DES MATIÈRES

1.	Introduction	3
2.	Principes fondamentaux	3
3.	Financement des EP	6
4.	Restructuration des EP	8
5.	Privatisation des EP	10
6.	Conclusions	15

1. INTRODUCTION

Dans le contexte de la crise économique et financière actuelle, il est désormais évident que certaines entreprises publiques (ci-après les «EP») sont déficitaires et/ou ont accumulé des dettes importantes qui rendent leur rentabilité économique incertaine. Pour résoudre les problèmes que rencontrent les EP, plusieurs États membres adoptent des mesures sous forme de financement (par exemple, injection de capitaux, annulation de dettes), de restructuration et/ou de privatisation, qui sont susceptibles de mobiliser des aides d'État. Or, toute mesure constituant une aide d'État ne peut être mise en œuvre avant d'avoir été autorisée par la Commission. La compatibilité des aides d'État doit être appréciée au regard du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le «TFUE»).

Le présent document d'orientation vise à sensibiliser les responsables de l'ensemble des États membres aux règles de l'UE en matière d'aides d'État, qui doivent être respectées dans tout financement, restructuration et/ou privatisation d'une EP, et à apporter des éclaircissements sur la manière dont la Commission applique les principes essentiels de cette politique. Il aborde exclusivement les règles en vigueur, tout dossier individuel devant être apprécié en fonction de ses qualités intrinsèques.

Ce document d'orientation vise aussi à clarifier les effets que les règles en matière d'aide d'État pourraient avoir sur les politiques et les décisions des États membres qui mettent en place des programmes d'ajustement économique par lesquels ils s'engagent à réduire la pression sur les finances publiques, notamment en restructurant et/ou en privatisant des EP. Plus spécialement, la Commission encourage les États membres qui mettent en œuvre d'importants programmes de privatisation à se concerter avec elle afin de s'assurer que tout problème en matière d'aide d'État, susceptible d'apparaître pendant la mise en œuvre du programme, soit réglé de manière satisfaisante et en temps utile. Une telle démarche contribuera à assurer une sécurité juridique maximale et évitera, très probablement, tout contentieux qui pourrait gêner le processus de privatisation.

Le présent document d'orientation est donc un document de travail des services de la Commission fourni à des fins d'information. Il ne représente pas une prise de position officielle de la Commission sur le sujet, ni n'en préjuge. Il ne prétend pas être un exposé du droit et est sans préjudice de l'interprétation des dispositions du traité relatives aux aides d'État de la Cour de justice ou du Tribunal de l'Union européenne. Sauf mention contraire, les principes abordés dans ce document d'orientation s'appliquent non seulement aux EP, totalement ou partiellement détenues par l'État, mais aussi, plus généralement, à toute participation d'une autorité publique dans une entreprise, indépendamment du fait que cette autorité exerce effectivement ou pas un contrôle sur cette entreprise.

2. PRINCIPES FONDAMENTAUX

À partir de quel moment une mesure constitue-t-elle une aide d'État?

L'article 107, paragraphe 1, du TFUE fournit une définition générale de l'aide d'État, qui se compose des quatre éléments cumulatifs suivants:

- (1) L'aide doit être accordée par un État membre ou au moyen de **ressources d'État**.

Selon les règles en matière d'aides d'État, il faut entendre par l'État non seulement l'administration centrale mais aussi tous les niveaux de gouvernement (régions, municipalités, etc.). Les entreprises publiques requièrent une attention particulière puisque leurs actions peuvent souvent être considérées comme imputables à l'État et que des ressources d'État pourraient y être mobilisées.

L'aide peut revêtir la forme d'un transfert positif de ressources d'État (prêt ou subvention, par ex.), ou d'un transfert négatif, lorsque l'État renonce à des recettes qu'il aurait normalement dû encaisser (exemption fiscale ou abandon de créances, par ex.).

- (2) Il doit y avoir un **avantage sélectif** (l'aide doit favoriser certaines entreprises, la production de certains biens ou la prestation de certains services).

Le bénéficiaire de la mesure doit être une entreprise. En vertu des règles en matière d'aides d'État, ce critère est fonctionnel: ce qui importe, c'est le caractère économique de l'activité et le fait que l'entreprise bénéficiaire fournit un bien ou un service sur un marché, et non pas tant sa forme juridique ou le fait qu'elle poursuive ou pas un but lucratif.

L'article 107 du TFUE et suivants relatifs aux aides d'État s'appliquent indifféremment aux entreprises publiques et privées. Cela découle de l'article 345 du TFUE, qui consacre le principe de la neutralité concernant le régime de propriété, ainsi que de la jurisprudence des juridictions de l'UE, qui ont également reconnu le principe de l'égalité entre entreprises publiques et privées.

Une mesure d'aide avantage une entreprise bénéficiaire si elle apporte un bénéfice commercial ou financier que cette entreprise n'aurait pas été capable d'obtenir sur le marché (le plus souvent parce que l'État a concédé l'avantage gratuitement ou en échange d'une rémunération insuffisante). Pour apprécier tous les types d'opérations économiques réalisées par des pouvoirs publics, la Commission applique le critère du comportement normal sur le marché. Et pour établir celui-ci, elle applique le critère du principe de l'investisseur privé, expliqué en détail dans la section 5.

L'avantage doit également être sélectif, c.-à-d. qu'il doit favoriser certaines entreprises, régions et/ou activités économiques au détriment d'autres entreprises, régions et/ou activités économiques. Il est à noter qu'une mesure qui est officiellement neutre (c.-à-d. théoriquement ouverte à tous) peut, de fait, dans la pratique, être sélective si elle s'applique uniquement à certaines entreprises.

- (3) Il doit y avoir (un potentiel de) **distorsion de concurrence**.

La concurrence est considérée faussée si une aide offerte par l'État renforce (ou est de nature à renforcer) la situation concurrentielle de l'entreprise bénéficiaire par rapport à celle de ses concurrents. Selon les termes du TFUE, qui établit que l'aide doit fausser ou menacer de fausser la concurrence, aucune véritable distorsion de concurrence n'est requise.

- (4) Il doit y avoir un **effet sur les échanges** entre États membres.

Ce critère a aussi fait l'objet d'une interprétation large de la part des juridictions de l'UE. En effet, il suffit que l'entreprise bénéficiaire vende un bien ou un service qui pourrait faire l'objet d'échanges entre les États membres. Dans cette acception, une mesure peut aussi avoir un effet sur les échanges même si l'entreprise bénéficiaire ne participe pas au commerce intra-Union européenne.

Dès lors qu'une aide remplit les quatre critères cumulatifs, elle constitue une aide d'État, qui est, en principe, interdite par l'article 107, paragraphe 1, du TFUE. Toutefois, les paragraphes 2 et 3 de l'article 107 du TFUE définissent un certain nombre de conditions en vertu desquelles une aide d'État est considérée ou peut être considérée compatible avec le marché intérieur et pourrait par conséquent être autorisée par la Commission (qui possède à cet égard la compétence exclusive de déclarer une aide d'État compatible avec le marché intérieur). En se fondant sur ces articles, la Commission a publié des instruments détaillés et des documents d'orientation dans le but de préciser les critères qu'elle applique pour apprécier la compatibilité d'une aide d'État¹.

Éléments essentiels des procédures relatives aux aides d'État devant la Commission

- Toutes les aides d'État (mesures individuelles et régimes d'aide) doivent être notifiées à la Commission en vue de leur autorisation et ne peuvent être mises à exécution («interdiction de mise à exécution») avant que la Commission n'ait pris une décision les autorisant². Toute aide mise à exécution avant l'autorisation de la Commission est réputée illégale et peut devoir être récupérée, avec intérêts, auprès du bénéficiaire.
- Dès la notification d'une mesure d'aide, la Commission dispose de deux mois pour prendre une décision. Ce délai court à partir du moment où le dossier de notification est complet, soit lorsque la Commission dispose de toutes les informations nécessaires.
- Une fois le dossier de notification complet, la Commission peut décider i) que la mesure ne constitue pas une aide, ii) qu'il s'agit d'une aide compatible avec le marché intérieur (qui est donc autorisée), ou iii) qu'elle a des doutes quant à la compatibilité de l'aide avec le marché intérieur et qu'il y a lieu d'ouvrir une procédure formelle d'examen.
- Si la Commission décide d'ouvrir une procédure formelle d'examen, elle procède à une appréciation approfondie de la mesure d'aide et des critères de compatibilité éventuels. L'engagement de la procédure formelle d'examen ne préjuge pas de la décision finale de la Commission. Aucun délai contraignant n'est imposé dans cette procédure, mais la Commission s'efforce, autant que possible, d'adopter une décision dans un délai de 18 mois à compter de l'ouverture de la procédure³.
- La procédure formelle d'examen est close par une décision finale de la Commission établissant i) si la mesure constitue une aide d'État, auquel cas elle précise ii) si l'aide est compatible avec le marché intérieur et peut être mise à exécution sans inconvénient ou iii) si l'aide n'est pas compatible avec le marché intérieur et ne peut être mise à exécution

¹ L'ensemble des règles se trouvent à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/legislation.html.

² Il existe toutefois quelques exceptions à l'obligation de notification préalable. Voir, par exemple, le règlement (CE) n° 994/98 du Conseil du 7 mai 1998 sur l'application des articles 92 et 93 du traité instituant la Communauté européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales (JO L 142 du 14.5.1998, p. 1) et le règlement (CE) n° 800/2008 de la Commission du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aide compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du traité - Règlement général d'exemption par catégorie - (JO L 214 du 9.8.2008, p. 3).

³ Voir l'article 7, paragraphe 6, du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE (JO L 83 du 27.3.1999, p. 1). Ce délai peut être prorogé d'un commun accord entre la Commission et l'État membre concerné.

(toutefois, lorsque l'aide est déjà mise en œuvre, la Commission ordonnera en principe à l'État membre sa récupération auprès de son bénéficiaire).

En outre, la Commission examine les plaintes des concurrents, des citoyens, etc., relatives à des problèmes potentiels en matière d'aide d'État et peut également ouvrir une enquête de sa propre initiative. Dès lors, si une mesure de soutien n'est pas notifiée à la Commission en vue de son autorisation avant sa mise en œuvre, il existe un risque évident d'ouverture d'une procédure contentieuse et de problèmes potentiels dans la mise à exécution de la mesure étant donné qu'elle pourrait constituer une aide d'État illégale. Il faut aussi savoir qu'une mesure peut être annulée ou suspendue par un juge national qui a été saisi (par un concurrent, par ex.) afin d'apprécier si elle constitue ou pas une aide d'État; le juge peut aussi ordonner la récupération de l'aide⁴.

La Commission a aussi mis en place une **procédure spécifique de prénotification** qui vise à aider, de manière informelle, les États membres à préparer leurs notifications. Les États membres peuvent aussi l'utiliser pour demander si une mesure doit être qualifiée d'aide d'État ou pas. Les prénotifications se déroulent sur une base **informelle** tout en respectant dûment la **confidentialité** du dossier.

3. FINANCEMENT DES EP

Des pouvoirs publics peuvent décider d'apporter un financement à une EP dans le cadre d'un processus de restructuration/de privatisation. Dans ce cas-là, le soutien fourni aux conditions du marché et en échange d'une rémunération qui serait suffisante pour un investisseur/propriétaire privé dans le même secteur d'activité ne constitue pas une aide d'État et ne doit pas être notifié. En revanche, il y a aide d'État lorsqu'il y a apport de capital neuf, si cet apport est réalisé dans des circonstances qui ne seraient pas acceptables pour un investisseur privé opérant dans les conditions en vigueur sur le marché. Tel est le cas par exemple, i) lorsque la situation financière de l'entreprise et notamment la structure et le volume de l'endettement sont tels qu'il ne paraît pas justifié d'escompter une rémunération normale du capital (sous forme de dividendes ou de plus-values) dans un délai raisonnable; ii) lorsque l'entreprise, du fait de l'insuffisance de sa capacité d'autofinancement ou pour tout autre raison, n'est pas en mesure d'obtenir sur le marché des capitaux, les moyens financiers pour effectuer un programme d'investissements; iii) lorsque la prise de participation est une participation à court terme, dont la durée et le prix de cession sont fixés d'avance, de telle sorte que le rendement qui en résulte pour l'apporteur de capital est sensiblement inférieur à la rétribution qu'il aurait été en droit d'attendre d'un placement pour une durée comparable sur le marché des capitaux; ou iv) lorsque l'intervention des pouvoirs publics englobe la prise de contrôle ou la poursuite de tout ou partie des opérations non viables d'une entreprise en difficulté via la formation d'une nouvelle entité juridique.

⁴

Voir la communication de la Commission relative à l'application des règles en matière d'aides d'État par les juridictions nationales (JO C 85 du 9.4.2009, p. 1). Cette communication fournit des orientations sur les voies de recours possibles contre les violations de l'interdiction de mise à exécution, telles que le remboursement d'une aide illégale, les indemnisations de dommages, les mesures provisoires ou les paiements d'intérêts. Elle crée également deux mécanismes de consultation pour les juridictions nationales, qui peuvent demander à la Commission de transmettre des informations pertinentes en sa possession et/ou d'émettre un avis sur l'application de la réglementation en matière d'aides d'État.

Il existe, pour les mesures d'aide qui remplissent les conditions nécessaires pour être qualifiées d'aides d'État, un certain nombre de critères sur la base desquels l'aide peut être considérée compatible avec le marché intérieur. Le présent document d'orientation n'a pas pour vocation de résumer les nombreux critères de compatibilité; toutefois, les critères suivants semblent potentiellement valables dans le cadre des programmes d'ajustement économique: les aides au sauvetage et à la restructuration⁵, les aides régionales⁶, les aides à la formation⁷, les aides à la recherche, au développement et à l'innovation⁸, etc. Si ces critères de compatibilité ne sont pas respectés, le financement d'une EP constitue en principe une aide d'État incompatible.

Des règles particulières s'appliquent au financement des services publics, appelés dans les traités «services d'intérêt économique général» (ou SIEG). Les SIEG désignent les activités économiques que les pouvoirs publics considèrent comme ayant une importance particulière pour les citoyens et qui ne seraient pas assurées (ou le seraient dans des conditions différentes) en l'absence d'intervention publique⁹. Dans l'arrêt rendu dans l'affaire Altmark, la Cour de justice a décrit en détail les conditions cumulatives en vertu desquelles l'octroi d'une compensation pour la fourniture de SIEG ne constitue pas une aide d'État¹⁰. Le nouveau paquet SIEG, adopté par la Commission le 20 décembre 2011, clarifie les conditions dans lesquelles l'aide d'État qui prend la forme d'une compensation de service public peut être considérée compatible avec les règles de l'UE¹¹.

⁵ Voir les lignes directrices communautaires pour les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté (JO C 244 du 1.10.2004, p. 2).

⁶ Voir en particulier les lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale pour la période 2007-2013 (JO C 54 du 4.3.2006, p. 13).

⁷ Voir la communication de la Commission - critères pour l'analyse de la compatibilité des aides d'État à la formation dans les cas soumis à une notification individuelle (JO C 188 du 11.8.2009, p. 1).

⁸ Voir l'encadrement communautaire des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation (JO C 323 du 30.12.2006, p. 1).

⁹ Les SIEG s'étendent des services commerciaux s'adressant à un large public (industries de réseau, telles que les services postaux, l'approvisionnement énergétique, les services de communication électronique ou les services de transport public) à une vaste gamme de services sanitaires et sociaux (services d'aide sociale aux personnes âgées et handicapés, par exemple).

¹⁰ Arrêt de la Cour de justice du 24 juillet 2003 dans l'affaire C-280/00, Altmark Trans GmbH (Recueil 2003, p. I-7747). La compensation pour la fourniture d'un SIEG n'équivaut pas à une aide d'État du fait de l'absence d'un avantage, et n'est dès lors pas soumise à la notification préalable et à l'autorisation de la Commission, pour autant que les quatre conditions cumulatives suivantes soient respectées: i) le bénéficiaire doit être chargé d'une mission de service public clairement définie; ii) les paramètres sur la base desquels sont calculés les paiements compensatoires doivent être préalablement établis de façon objective et transparente; iii) la compensation ne doit pas excéder le coût occasionné par la prestation du service public, déduction faite des recettes dégagées par la fourniture dudit service assorties d'une marge bénéficiaire raisonnable; et iv) le bénéficiaire est choisi dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres ou la compensation n'excède pas les coûts d'une entreprise bien gérée qui est dotée des moyens adéquats pour fournir le service public.

¹¹ Voir la communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général (JO C 8 du 11.1.2012, p. 4); la décision de la Commission relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du TFUE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (JO L 7 du 11.1.2012, p. 3); et la communication de la Commission intitulée «Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public» (JO C 8 du 11.1.2012, p. 15).

Afin d'établir la présence ou l'absence d'une surcompensation, «la directive transparence»¹² prévoit que les entreprises qui reçoivent une compensation et qui opèrent à la fois dans les services publics et sur d'autres marchés doivent tenir une comptabilité séparée de leurs différentes activités. Dans le cas des entreprises publiques, définies par la directive sur la transparence comme des entreprises sur lesquelles les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante, les États membres doivent garantir la transparence quant aux fonds publics mis à la disposition de ces entreprises et quant à l'utilisation qui est faite de ces ressources publiques. Cette exigence de transparence s'applique en particulier à la compensation de pertes d'exploitation, à la fourniture de capitaux, d'aides non remboursables ou de prêts à des conditions privilégiées, à la renonciation à une rémunération normale des ressources publiques engagées et à la compensation de charges financières imposées par les pouvoirs publics.

4. RESTRUCTURATION DES EP

Dans certains cas, les États membres peuvent chercher à maximiser les profits résultant de la privatisation en procédant préalablement à une restructuration de l'entreprise visée, de façon à susciter l'intérêt des acheteurs potentiels. Une présentation succincte des principales règles applicables aux aides à la restructuration s'avère donc utile dans le contexte de la privatisation des EP.

En principe, l'existence d'une aide d'État peut être exclue dans le cadre d'une restructuration lorsque les mesures en cause sont mises en œuvre dans le respect des conditions du marché, c'est-à-dire si le propriétaire/créancier privé aurait agi de la même façon dans des circonstances similaires. Si l'existence d'une aide d'État ne peut être clairement exclue, ces mesures doivent être notifiées pour autorisation à la Commission avant que la restructuration puisse être mise à exécution. La Commission apprécie la comptabilité de ces mesures à la lumière des lignes directrices communautaires concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté («lignes directrices concernant les aides au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté»)¹³.

Pour être admissible au bénéfice d'une aide à la restructuration, l'entreprise bénéficiaire doit être une «**entreprise en difficulté**» au sens des points 9 à 13 des lignes directrices concernant les aides au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté. En bref, une entreprise en difficulté est une entreprise qui est incapable, avec ses ressources propres ou avec les fonds que sont prêts à lui apporter ses propriétaires/actionnaires ou 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 ou moyen terme.

L'aide doit être subordonnée à la mise en œuvre d'un plan de restructuration visant à **rétablir la viabilité à long terme** du bénéficiaire sur la base d'hypothèses réalistes et dans un délai raisonnable. L'entreprise bénéficiaire doit abandonner les activités qui seraient

¹² Directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (JO L 318 du 17.11.2006, p. 17).

¹³ Voir la note de bas de page n° 5. Bien qu'il soit également possible, selon les lignes directrices concernant les aides au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté, d'accorder des aides au sauvetage (sous la forme d'une assistance présentant un caractère temporaire et réversible) aux EP, il semble peu probable que de telles mesures soient particulièrement indiquées dans le cas de celles-ci.

structurellement génératrices de déficits, y compris après sa restructuration. Le plan de restructuration doit être autorisé par la Commission avant de pouvoir être mis en œuvre.

L'aide doit également **se limiter au minimum** nécessaire. Son bénéficiaire est censé contribuer de manière importante à la restructuration sur ses propres ressources ou par un financement extérieur obtenu aux conditions du marché. Cette contribution doit être réelle, c'est-à-dire effective, à l'exclusion de tous bénéfices potentiels, tels que du cash flow, et doit être la plus élevée possible. La contribution propre des grandes entreprises doit, en principe, représenter 50 % au moins des coûts de restructuration¹⁴.

Il convient de souligner que des **mesures compensatoires** seront également requises afin de limiter autant que possible les distorsions de la concurrence imputables au fait que l'aide permet à l'entreprise de poursuivre ses activités. Ces mesures peuvent consister en une cession d'actifs, une diminution des capacités ou de la présence sur le marché, une réduction des barrières à l'entrée sur le marché, etc.¹⁵, selon le cas et les distorsions de concurrence recensées. Toutefois, cette condition ne sera en principe pas applicable aux petites entreprises, car on peut supposer que les aides ad hoc qui leur sont octroyées ne faussent normalement pas la concurrence dans une mesure contraire à l'intérêt commun¹⁶. Les radiations comptables et la fermeture d'activités déficitaires qui seraient en tout état de cause nécessaires pour rétablir la viabilité ne sont pas considérées comme des contreparties.

Enfin, le principe de **non-récurrence** doit être respecté: une aide à la restructuration ne peut être accordée à une entreprise qui a bénéficié d'une même aide au cours des 10 années précédentes.

La vente d'une EP peut contribuer à rendre une aide à la restructuration compatible, pour autant que l'acquéreur apporte un nouveau financement à l'entreprise. Un tel financement peut démontrer la confiance du marché dans le rétablissement de la viabilité à long terme de celle-ci. Il peut en principe être considéré comme une «contribution réelle» au sens du point 43 des lignes directrices concernant les aides au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté.

Bien que les principes généraux des aides à la restructuration soient habituellement applicables à l'ensemble des secteurs de l'économie, des règles et conditions particulières s'appliquent à la restructuration des entreprises du secteur agricole¹⁷, du secteur de la pêche¹⁸, du secteur financier¹⁹ et du secteur des transports²⁰.

¹⁴ Elle devrait être d'au moins 25 % pour les petites entreprises et d'au moins 40 % pour les entreprises de taille moyenne. Pour toutes les catégories d'entreprises, la Commission pourra, dans des circonstances exceptionnelles et dans des situations de difficulté particulière, qui doivent être démontrées par l'État membre, accepter une contribution propre moins élevée.

¹⁵ Dans les régions admissibles au bénéfice d'aides régionales en vertu de l'article 107, paragraphe 3, points a) et c), du TFUE, les conditions d'autorisation de l'aide pourront être moins strictes en ce qui concerne la mise en œuvre de contreparties et l'importance de la contribution du bénéficiaire. Voir les points 55 et 56 des lignes directrices concernant les aides au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté.

¹⁶ Voir le point 41 des lignes directrices.

¹⁷ Voir, en particulier; le chapitre 5 des lignes directrices concernant les aides au sauvetage et à la restructuration des entreprises en difficulté, ainsi que les lignes directrices de la Communauté concernant les aides d'État dans le secteur agricole et forestier 2007–2013, JO C 319 du 27.12.2006, p. 1.

5. PRIVATISATION DES EP

Comme expliqué plus haut, le comportement de l'investisseur privé en économie de marché constitue le critère pour analyser l'action des autorités publiques lorsqu'elles interviennent dans des transactions économiques et financières.. Ce principe général s'applique également aux privatisations: pour qu'une privatisation ne comporte aucune aide d'État, les pouvoirs publics doivent s'assurer qu'elle est réalisée aux conditions du marché et qu'aucun avantage (consistant généralement en une perte de recettes) n'est conféré à l'acquéreur et/ou à l'entreprise vendue. Tel sera le cas, en particulier, pour les entreprises fortement endettées, dont la liquidation peut être envisagée de façon plausible.

Pour constater la présence ou l'absence d'une aide d'État, la Commission se fonde sur le principe dit de l'investisseur en économie de marché. Afin de déterminer si, et dans quelle mesure, un avantage a été conféré, il est utile de comparer l'action des pouvoirs publics avec le comportement qu'aurait adopté, dans des circonstances identiques, un opérateur normal sur le marché²¹. Aux fins de l'application du principe de l'investisseur en économie de marché, seuls les coûts qu'aurait supportés un opérateur privé dans la même situation, et non les coûts ou les pertes qu'aurait supportés l'État en tant qu'instance publique, seront pris en considération²².

Si l'application du critère révèle qu'un opérateur normal aurait adopté un comportement identique à celui de l'État, la présence d'un avantage et, partant, d'une aide publique, peut être exclue. Le fait que l'État investisse dans une entreprise de façon conjointe (concomitante) avec un investisseur privé dans des circonstances comparables, ainsi qu'à des conditions et selon des modalités identiques, montre clairement que le critère de l'investisseur en économie de marché est satisfait. Il est toutefois nécessaire que l'investissement de l'opérateur privé soit important et que le comportement de ce dernier ne soient pas influencés par le comportement de l'État.

¹⁸ Lignes directrices pour l'examen des aides d'État dans les secteurs de la pêche et de l'aquaculture (JO C 84 du 3.4.2008, p. 10).

¹⁹ Voir, notamment, la communication de la Commission sur le retour à la viabilité à long terme et l'appréciation des mesures de restructuration prises dans le secteur financier dans le contexte de la crise actuelle, conformément aux règles relatives aux aides d'État, JO C 195 du 19.8.2009, p. 9. Il convient de noter que cette communication, de même que toutes les autres communications adoptées dans le secteur financier à la suite de la crise économique et financière, constituent des règles temporaires et ont une base juridique différente des lignes directrices concernant les aides au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté, soit l'article 107, paragraphe 3, point b), du TFUE.

²⁰ Voir, par exemple, les lignes directrices communautaires sur les aides d'État aux entreprises ferroviaires, JO C 184 du 22.7.2008, p. 13, ou concernant l'application des articles 92 et 93 du traité CE et de l'article 61 de l'Accord EEE aux aides d'État dans le secteur de l'aviation, JO C 350 du 10.12.1994, p. 5.

²¹ Il convient de noter que la présence ou l'absence d'un marché présentant des dysfonctionnements ou d'une défaillance du marché (comme, par exemple, une diminution temporaire des prix due à des effets externes négatifs et à une peur exagérée du risque) ne permet pas d'apprécier la présence ou l'absence d'une aide. Il peut toutefois être tenu compte de défaillances du marché ou d'autres éléments susceptibles de justifier l'octroi d'une aide aux fins de l'appréciation de la compatibilité de l'aide.

²² Les effets externes positifs potentiels de la mesure ne sont pas pertinents aux fins de l'appréciation de la présence d'une aide (laquelle s'appuie sur la présence d'un avantage sélectif en faveur de l'entreprise). Ils peuvent toutefois être examinés dans le cadre de l'appréciation ultérieure de la compatibilité de l'aide.

Dans le cadre d'une privatisation, le principe de l'investisseur en économie de marché se traduit par le principe du vendeur en économie de marché, selon lequel un vendeur privé souhaitant céder son entreprise le fera au prix le plus élevé possible et sans fixer des conditions qui seraient susceptibles de faire baisser le prix de vente. Lorsqu'il vend (les actifs d')une entreprise publique, l'État membre - pour exclure la présence d'une aide d'État – doit en principe se comporter comme un vendeur en économie de marché qui cherche à maximiser le profit (ou à minimiser la perte) généré(e) par la vente. S'il agit différemment, la privatisation pourrait impliquer une renonciation à des ressources d'État au profit de l'acquéreur ou de l'entreprise privatisée, ce qui pourrait constituer une aide d'État.

Mesures préparatoires visant à faciliter la privatisation ultérieure des EP

Afin de rendre l'entreprise plus attrayante aux yeux des acquéreurs potentiels, les États membres peuvent décider de «nettoyer» ou de restructurer l'actif et/ou le passif figurant au bilan de l'entreprise. Ces mesures préparatoires à la privatisation des EP impliqueront dans de nombreux cas des aides d'État, éventuellement sous la forme d'une aide à la restructuration (voir la section 4) ou de mesures présentant un caractère purement financier, sans s'accompagner d'une modification du modèle commercial ou de gouvernance de l'entreprise concernée (voir la section 3). L'annulation de dettes publiques, l'échange de créances contre des participations et les augmentations de capital préalablement à la privatisation, notamment, constitueront des aides d'État si elles ne respectent pas le principe de l'investisseur en économie de marché expliqué plus haut.

On ne peut toutefois exclure d'emblée que les pouvoirs publics apportent un appui aux conditions du marché, ce qui écarterait une aide d'État éventuelle, le critère de l'investisseur en économie de marché étant satisfait. Ainsi, dans le cas d'une privatisation par première offre publique de souscription (IPO - «Initial Public Offering») ou d'une vente d'actions en Bourse, les dettes peuvent être annulées ou réduites sans qu'il s'agisse d'une aide d'État dès lors que le produit de l'émission est supérieur à la réduction de la dette.

La décision de la Commission concernant les mesures mises en œuvre par la Pologne en faveur de *PZL Hydral* (C 40/2008) fournit un exemple d'aménagement de dettes et de privatisation.

Au nombre de ces mesures figuraient le règlement de dettes antérieures par les créanciers publics sous réserve de la vente méthodique des actifs de *PZL Hydral*, la Commission ayant été invitée à appliquer a posteriori le principe du créancier en économie de marché²³. Après avoir examiné le scénario contrefactuel d'une procédure de faillite ordinaire, compte tenu du rang de priorité des créances et des sûretés détenues par les créanciers publics, la Commission est parvenue à la conclusion qu'*«il est plus favorable pour chaque créancier public [...] que soit vendue l'intégralité des actifs de PZL Hydral, cette solution leur permettant de recouvrer une partie plus importante des créances échues que dans le scénario de la faillite conduisant à la liquidation»*.

En outre, *PZL Wroclaw*, une entreprise associée, a obtenu des prêts auprès de son propriétaire public. Vu les difficultés rencontrées par l'entreprise, rendant le

²³

Le principe de l'investisseur en économie de marché doit également être appliqué lorsque l'État agit en qualité de créancier; ce critère est alors appelé «principe du créancier en économie de marché».

remboursement incertain, le propriétaire/créancier a décidé de convertir les créances en une participation en vue de sa privatisation et du recouvrement d'une partie de ses créances. Eu égard au prix obtenu pour la vente de l'entreprise, la Commission a conclu que le créancier «*n'aurait pas de motif légitime d'espérer que la procédure de faillite lui permette d'obtenir un recouvrement supérieur*». La conversion de créances en une participation a par conséquent été jugée conforme au marché.

Processus de vente des entités, des actions, des droits, des biens immobiliers et des terrains

Le XXIII^e rapport de la Commission sur la politique de concurrence²⁴ apporte des précisions sur l'interprétation, par la Commission, des conditions qu'un État doit remplir pour pouvoir être considéré comme se comportant en vendeur en économie de marché dans le contexte des privatisations.

Lorsque la privatisation est effectuée au moyen d'une première offre publique de souscription (IPO) ou de la **vente d'actions en Bourse**, on estime généralement qu'elle est conforme aux conditions du marché (le prix étant celui du marché) et ne comporte pas d'aide d'État. Il n'est donc pas nécessaire de notifier cette opération préalablement à la Commission. Une telle méthode n'est toutefois pas applicable dans tous les cas, et dans un contexte de crise économique et financière tel que celui que nous connaissons actuellement, elle peut conduire à une sous-évaluation de l'entreprise à privatiser.

Lorsqu'une entreprise est privatisée au moyen d'une **vente commerciale**, c.-à-d. de la vente **hors Bourse** de l'intégralité ou d'une partie de ses activités à d'autres entreprises, les conditions cumulatives suivantes doivent être satisfaites pour que l'on puisse exclure, sans examen complémentaire, la présence d'une aide d'État et pour que l'opération ne doive pas être notifiée préalablement à la Commission:

- un appel d'offres ouvert, transparent et inconditionnel doit être lancé, sans que la participation à cet appel d'offres soit subordonnée à l'accomplissement d'autres actes, tels que l'acquisition d'actifs autres que ceux qui font l'objet de l'appel d'offres ou la poursuite de certaines activités;
- l'entreprise/les actifs de l'entreprise doivent être vendus au plus offrant; et
- les candidats repreneurs doivent disposer du temps et de l'information nécessaires pour procéder à une évaluation appropriée des éléments d'actif, afin d'avoir une base pour formuler leur offre.

Si les conditions ci-dessus ne sont pas satisfaites, les privatisations effectuées au moyen d'une vente commerciale doivent être notifiées à la Commission. Tel sera le cas, notamment, i) des ventes après négociations avec un seul candidat acquéreur ou plusieurs candidats sélectionnés; ii) des ventes précédées de l'annulation de dettes par l'État, par d'autres entreprises publiques ou par tout autre organisme public, et des ventes précédées de la conversion de dettes en capital social ou en accroissement de capital (voir la section ci-dessus consacrée aux mesures préparatoires); et iii) des ventes effectuées à des conditions qui ne sont pas habituelles dans des opérations comparables conclues entre particuliers.

²⁴ Disponible à l'adresse http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=CM8294650.

En aucun cas, il ne peut y avoir de discrimination fondée sur la nationalité des candidats à la reprise des actions ou actifs en cause.

Afin de minimiser le risque de présence d'une aide d'État, les privatisations doivent être effectuées – lorsque cela est possible – par la **vente d'actions en Bourse**. À titre subsidiaire, la méthode privilégiée consiste en un **appel d'offres concurrentiel qui soit ouvert, transparent et non conditionnel** dans le cas duquel les actifs/l'entreprise sont vendus au plus offrant.

L'appel d'offres doit faire l'objet d'une **large publicité**, c'est-à-dire qu'il doit être annoncé suffisamment longtemps dans la presse nationale, les revues immobilières et/ou d'autres publications appropriées. Si la privatisation est de nature à susciter l'intérêt d'investisseurs exerçant des activités à l'échelon européen ou international, l'appel d'offres doit être annoncé dans des publications ayant une diffusion régulière au niveau international. Ces offres devraient également être diffusées par des agents qui sont en contact avec une clientèle européenne ou internationale.

L'offre sera réputée **non conditionnelle** lorsqu'un acheteur, qu'il exerce ou non une activité économique et quelle que soit la nature de celle-ci, peut acquérir les actifs ou l'entreprise et l'affecter à l'usage qu'il lui destine. Selon la pratique établie de la Commission, confirmée par la jurisprudence²⁵, le fait de subordonner la vente d'une entreprise à des conditions qu'un opérateur de marché ne fixerait pas permet de présumer de la présence d'une aide d'État. Un vendeur en économie de marché vendrait normalement son entreprise au prix le plus élevé possible sans imposer de conditions qui diminueraient le prix de vente. Il faudra donc prouver, au cas par cas, que les conditions imposées à l'acquéreur ne constituent pas une aide d'État.

Par exemple, des conditions peuvent être imposées pour éviter des offres purement spéculatives ou pour garantir un paiement rapide et sûr. L'existence de telles conditions ne présente aucun intérêt sur le plan des aides d'État et ne rendrait pas un appel d'offres conditionnel. De même, des conditions fixées afin de prévenir des nuisances publiques ou pour des motifs de protection environnementale ne rendraient pas un appel d'offres conditionnel, si elles se bornent à exiger le respect d'obligations pré-existantes prévues par la loi.

Au contraire, un appel d'offres est réputé conditionnel (et peut dès lors englober une aide d'État) s'il s'écarte de la meilleure pratique en limitant artificiellement le nombre d'acheteurs potentiels, en orientant la vente en faveur de l'un quelconque d'entre eux ou en opérant une discrimination entre des stratégies commerciales différentes. Ainsi, par exemple, un appel d'offres qui inclut une condition interdisant pratiquement à un investisseur potentiel cherchant à suivre une stratégie industrielle différente de remporter le marché par la présentation de l'offre de prix la plus élevée sera considéré comme conditionnel. La Commission ne se contentera pas d'apprécier les conditions expressément fixées dans l'offre mais se penchera également sur les conditions de facto.

²⁵

Voir la décision de la Commission du 25.3.1992 dans l'affaire C 29/1990 (ex NN 88/1989), *Intelhorce SA – Espagne*, JO L 176 du 30.6.1992, p. 57, la décision de la Commission dans l'affaire C 38/1992, *Alumix – Italie*, JO C 288 du 1.10.1996 p. 4, ainsi que la décision de la Commission dans l'affaire C 73/1997, *Stardust Marine – France*, JO L 206 du 15.8.2000, p. 6. La Cour de justice a approuvé ce principe dans les affaires jointes C-278/92, C-279/92 et C-280/92, *Espagne/Commission* (Recueil 1994, p. I-4103, point 28).

Pour éviter toute implication d'une aide d'État, les conditions (expresses ou de facto) fixées pour une privatisation doivent être telles que **l'ensemble des acheteurs potentiels devraient être en mesure de les respecter et ne doivent pas être de nature à conduire à un prix de vente inférieur.**

Dans l'affaire *Automobile Craiova* (décision de la Commission C 46/2007), la Roumanie a subordonné la privatisation de l'entreprise automobile à des conditions prenant la forme de critères d'attribution, tels qu'un objectif d'intégration de la production et un certain niveau de production. Après avoir engagé une procédure formelle d'examen, la Commission a conclu que *«les conditions dont était assortie la privatisation [...] ont conduit à la chute du prix de vente et ont dissuadé d'autres soumissionnaires potentiels de présenter une offre. En conséquence, l'État a renoncé aux revenus de la privatisation»*.

De même, dans sa décision 1999/720/CE concernant les aides octroyées par l'Allemagne à *Gröditzer Stahlwerke*, la Commission a conclu que la procédure de privatisation de l'entreprise ne s'était pas faite sans conditions. En effet, les parties intéressées ont été invitées à présenter un projet d'entreprise dans lequel elles devaient prendre des engagements détaillés concernant la création/le maintien de postes de travail, des futurs investissements et le financement. La Commission a fait valoir, dans sa décision, que les engagements finalement pris avaient influencé le prix d'achat négocié entre les parties. En conséquence, elle a conclu que des aides d'État incompatibles étaient en jeu et a ordonné leur récupération.

Inversement, dans sa décision sur la privatisation de *Tractorul* (C 41/2007), la Commission a considéré que les conditions dont l'appel d'offres était assorti étaient de simples clauses de diligence sans caractère contraignant, qui n'ont pas dissuadé des soumissionnaires potentiels de présenter une offre et qui n'ont pas entraîné une baisse du prix de vente.

Dans les procédures de privatisation, le respect des règles et des principes en matière d'aides d'État, notamment l'ouverture d'une procédure d'appel d'offres ouverte, transparente et inconditionnelle, garantit l'absence d'aide et la maximisation des recettes.

Dans le cas particulier d'une **vente caractérisée par un prix négatif** (par exemple, lorsque, pour préparer la vente de l'entreprise, l'État investit des sommes plus importantes que le produit de la privatisation), il y a lieu de noter qu'un appel d'offres ouvert, transparent et inconditionnel n'est pas en lui-même suffisant pour exclure toute aide d'État. En l'espèce, le prix négatif doit toujours être comparé au résultat qu'une liquidation (ou une faillite) de l'EP aurait représenté afin de s'assurer que l'État a choisi l'option la plus rationnelle économiquement et a minimisé ses pertes.

Pour la vente de terrains et de bâtiments appartenant à l'État, si les pouvoirs publics ne souhaitent pas suivre une procédure d'appel d'offres inconditionnelle, il existe aussi la possibilité d'établir la valeur marchande des actifs par une évaluation effectuée par un ou

plusieurs expert(s) indépendant(s), préalablement aux négociations précédant la vente, sur la base d'indicateurs du marché et de critères d'évaluation communément acceptés²⁶.

Il n'est toutefois pas exclu qu'une procédure autre que la vente d'actions en bourse ou l'appel d'offres ouvert, transparent et inconditionnel ne pourrait pas garantir le respect du principe du vendeur en économie de marché et l'absence d'un avantage. Si tel était le cas, la Commission conclurait à l'inexistence d'une aide d'État. Afin de garantir qu'aucune aide n'est concédée à l'acheteur et/ou à l'entreprise, l'État membre doit s'assurer que la meilleure solution juridique est mise en œuvre afin d'optimiser le profit, et que les autres solutions ne seraient pas optimales.

6. CONCLUSIONS

- Afin de préserver le marché intérieur, il est essentiel d'assurer le **respect des règles en matière d'aides d'État** dans toutes les circonstances²⁷. Cette obligation édictée par le TFUE s'applique à tous les États membres.
- Les États membres sont fortement encouragés à utiliser la **procédure de prénotification** pour l'ensemble des aides d'État qu'ils comptent octroyer aux EP. Cette procédure peut également être employée lorsqu'un État membre souhaite consulter la Commission sur la qualification d'aide d'État ou pas d'une mesure d'aide.
- Lorsque la notification est requise, les États membres sont invités à soumettre un **dossier de notification aussi complet et détaillé que possible**. Aucune aide d'État ne devrait être mise à exécution avant que la Commission n'ait adopté une décision l'autorisant («**interdiction de mise à exécution**»).
- Pour tous les types de privatisations, notamment la vente de terrains et de bâtiments, la Commission encourage vivement les États membres à recourir à des **appels d'offres** et, si possible, aux meilleurs pratiques des offres publiques de souscription ou de la vente d'actions en bourse. Une telle démarche garantira la maximisation des recettes dans le cadre des privatisations et assurera, dans toute la mesure du possible, une sécurité juridique maximale.
- Si les États membres envisagent des privatisations à grande échelle, ils sont vivement encouragés à mettre sur pied, dès que possible, une **stratégie globale pour les EP** (à privatiser ou pas, à restructurer ou pas), en y associant tous les niveaux nécessaires de l'administration publique. Cette stratégie permettra également d'identifier de manière précoce les dossiers potentiellement problématiques du point de vue des aides d'État. Les États membres devraient aussi songer à créer un **point de contact central** pour les aides d'État et les questions relatives aux EP afin de faciliter la communication avec la Commission et une gestion efficace des aides d'État.

²⁶ Voir la communication de la Commission concernant les éléments d'aide d'État contenus dans des ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics (JO C 209 du 10.7.1997, p. 3).

²⁷ Le respect des règles en matière d'aides d'État est sans préjudice de l'obligation de se conformer aux autres règles pertinentes de l'UE, notamment les règles régissant le marché intérieur.