

Paris, le 2 avril 2019

## NOTE DES AUTORITÉS FRANÇAISES

**Objet :** HT.5261 - Projet de communication de la Commission sur la récupération des aides illégales et incompatibles avec le marché intérieur

**Réf. :** Lettre de la Commission du 4 février 2019

**P. J. :** Propositions de modifications du projet de communication

La Commission a ouvert une consultation publique jusqu'au 29 avril 2019 sur son projet de nouvelle communication sur la récupération des aides illégales et incompatibles avec le marché intérieur. La précédente communication avait été publiée au JOUE le 15 novembre 2007.

Les autorités françaises remercient la Commission pour le projet de communication qu'elle propose, et souhaitent que les observations suivantes soient intégrées dans ce projet :

### 1. Sur le point 2.4.1 - Principes généraux du droit de l'Union

Les autorités françaises proposent qu'un point soit ajouté après le point 39 pour indiquer que les principes généraux du droit de l'Union listés au 2.4.1 ne sont pas limitatifs. D'autres principes généraux du droit de l'Union peuvent faire obstacle à la récupération de l'aide. Il pourrait en aller ainsi du principe d'égalité de traitement ou encore du droit de la défense.

### 2. Sur le point 2.4.1.2- Le principe de la confiance légitime

Au point 39, les autorités françaises demandent que soient rajoutés les mots « sauf à ce que la mesure constitue une aide existante », au début de la deuxième phrase, après les mots « En particulier ».

En effet, en cas de mesures existantes, la Commission peut demander des mesures utiles pour l'avenir, mais pas la récupération de l'aide.

Au 4<sup>ème</sup> tiret du point 39, les autorités françaises demandent que soit rajoutés les mots « sauf circonstances exceptionnelles », avec un renvoi en note de bas de page à l'arrêt RSV.

En effet, si le principe de délai raisonnable est peu appliqué en matière de récupération, il n'en est pas moins reconnu par la CJUE.

### 3. Sur le point 2.4.1.3 – Principe de l'autorité de la chose jugée

Au point 41, les autorités françaises proposent la rédaction suivante de la deuxième phrase, qui prend mieux en compte les précisions apportées par la CJUE :

*« Le principe de l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'aux prétentions juridiques sur lesquelles la juridiction a déjà statué et ne peut être opposée dès lors que le droit de l'Union en matière de récupération des aides d'Etat est invoqué pour la première fois postérieurement à une décision du juge national qui n'est plus susceptible de recours. »* (au lieu de « Le principe de l'autorité de la chose jugée ne peut donc faire obstacle à la récupération d'une aide d'Etat »).

Elles demandent également la suppression de la référence à l'arrêt Lucchini en note de bas de page 51, qui concerne le cas d'une décision du juge national postérieure à la décision d'incompatibilité de l'aide d'Etat, ou à tout le moins de préciser le contexte particulier de l'espèce.

Elles demandent également la suppression du point 42, qui ne prend pas en compte les nuances apportées par la jurisprudence : « En vertu du principe de primauté du droit de l'Union, les règles de l'Union en matière d'aides d'Etat prévalent sur les dispositions contraires de la législation nationale, qu'il convient de laisser inappliquées. Il en va de même pour les décisions de justice définitives qui appliquent ou interprètent ces lois. »

En effet, dans l'arrêt Klausner Holz Niedersachsen du 11 novembre 2015, une décision de justice devenue définitive avait admis la validité d'un contrat (sans que soit invoqué le droit de l'UE en matière d'aide d'Etat) et à l'occasion d'un litige postérieur relatif à la mise à exécution de cette décision et à la réparation du préjudice subi du fait de la résiliation de ce contrat, le juge national avait considéré que le contrat était une aide d'Etat incompatible. Le juge national avait alors demandé à la CJUE s'il devrait faire obstacle à l'exécution d'une décision devenue définitive. La CJUE considère qu'est incompatible avec le principe d'effectivité, le fait d'empêcher le juge de tirer la conséquence de la violation de ces articles du TFUE, au motif qu'une décision juridictionnelle revêtue de l'autorité de la chose jugée ne s'étant pas prononcée sur cette question avait déclaré valide le contrat mettant en œuvre l'aide d'Etat. Elle n'hésite pas à rappeler que l'autorité de chose jugée ne s'applique en principe qu'aux prétentions juridiques sur lesquelles la juridiction a statué et ne fait, dès lors, pas obstacle à ce qu'un juge se prononce, dans le cadre d'un litige ultérieur, sur des points de droit sur lesquels la décision définitive ne s'est pas prononcée.

#### **4. Sur le point 2.4.2 – délai de prescription**

Les autorités françaises souhaiteraient préciser qu'une aide en plusieurs tranches constitue une aide individuelle et non un régime d'aides. En effet, une aide en plusieurs tranches est liée à un projet particulier, pour une période spécifique et pour un montant déterminé. De fait ces aides ne correspondent pas à la définition du régime.

Aussi les autorités françaises considèrent que l'arrêt France télécom ne devrait pas être appliqué aux aides en plusieurs tranches. Ainsi la date de prescription pour les aides en plusieurs tranches doit être la date d'octroi de l'aide et non la date du dernier versement.

#### **5. Sur le point 2.4.3 - Impossibilité absolue de récupérer l'aide**

Les autorités françaises demandent que la dernière phrase du point 55 soit clarifiée comme suit : « Ce n'est que dans des cas très spécifiques que l'impossibilité absolue peut être reconnue » (au lieu de « Ce n'est que dans des cas très spécifiques que l'impossibilité absolue peut se fonder sur une base juridique, à condition que le droit de l'Union soit respecté »).

En effet, cette phrase n'est pas suffisamment claire. La jurisprudence citée en note de bas de page 71 (aff. C-527/12) vise les cas de suspension de la validité d'une décision de récupération de la Commission dans l'attente de l'arrêt de la Cour de justice.

Elles demandent également l'ajout des références suivantes en note de bas de page 71 : « Voir également décision SA. 20829, points 191 et suivants ; arrêt de la Cour de justice du 13 novembre 2008, Commission/France, C-214/07, point 48. ».

En effet, des raisons pratiques et juridiques peuvent être invoquées afin de démontrer l'existence d'une impossibilité absolue d'exécuter une décision de récupération (cf. décision SA. 20829, points 191 et suivants : structure du cadastre ; C-214/07 : absence de données fiscales disponibles), si elles justifient objectivement, dès le départ, l'impossibilité d'identification des bénéficiaires.

Les autorités françaises demandent qu'au point 58, concernant la situation économique du bénéficiaire, soit rappelée la possibilité pour un Etat membre de démontrer l'impossibilité absolue de récupérer l'aide en l'absence d'actif récupérable. Elles demandent également la suppression du mot « uniquement » dans la dernière phrase du point 58.

## **6. Sur le point 3.2- Rôle de l'État membre**

Les autorités françaises demandent la suppression du point 68 :

« Certains États membres ont chargé un organe central de contrôler et de surveiller le processus de récupération. L'expérience montre qu'un organe de coordination central contribue à l'exécution immédiate et effective des décisions de récupération, en créant un canal de communication stable avec les services de la Commission. »

En effet, les autorités françaises considèrent que cela relève de l'organisation interne des Etats membres.

## **7. Introduction au chapitre 4. MISE EN ŒUVRE DE LA DECISION DE RECUPERATION**

Au point 69, les autorités françaises demandent l'ajout de la phrase suivante : « Le délai de récupération fixé par la Commission ne peut être inférieur à quatre mois », après la première phrase.

Les autorités françaises souhaitent que cette mention d'un délai minimal, qui figurait dans la communication de 2007, soit reprise.

Les autorités françaises demandent la suppression du point 70 :

« Il ressort de l'expérience de la Commission que des procédures administratives spécifiques accélérées peuvent être très efficaces et permettre aux États membres de remplir dûment leurs obligations. »

En effet, les autorités françaises considèrent que cela relève de l'organisation interne des Etats membres.

## **8. Sur le point 4.1 - Demande de prolongation du délai d'exécution de la décision.**

La Commission précise au point 77 que « Pour prolonger le délai de récupération, la Commission doit adopter une nouvelle décision ».

Pour éviter un excès de formalisme rendant rare la prolongation, les autorités françaises proposent de remplacer ce point en reprenant le point 43 de la précédente communication : « *Si un État membre connaît des difficultés telles qu'il lui est impossible de respecter l'un ou l'autre de ces délais, il doit en informer la Commission et fournir une justification appropriée. La Commission peut alors prolonger le délai, conformément au principe de coopération loyale* ».

## **9. Sur le point 4.4 - Quantification du montant à récupérer**

Au point 100, les autorités françaises demandent que le 3<sup>ème</sup> tiret soit remplacé par :

- « *les conditions relatives au montant, au calcul et au cumul de l'aide de minimis dans le règlement applicable doivent être remplies* » (au lieu de « toutes les conditions prévues à cet effet dans le règlement applicable doivent être remplies »).

En effet, il serait impossible en pareil cas de respecter certaines conditions du règlement de minimis applicable, par exemple les obligations de contrôle préalable (article 6 du règlement 1407/2013).

Elles proposent l'ajout du mot « fiscaux » au 2<sup>ème</sup> tiret, après les mots « sur toute période de trois exercices ».

Le point 110 précise qu'« il incombe à l'État membre concerné de quantifier le montant exact des intérêts à récupérer. Pour faciliter cette tâche, la Commission a mis à disposition un outil permettant de calculer les intérêts selon les règles établies par le règlement d'application ».

Les autorités françaises considèrent que cet outil devrait faire l'objet d'une transparence, et que les fruits de son utilisation devraient pouvoir être invoqués par les autorités publiques comme base juridique pour l'émission des titres de perception, et le cas échéant dans le cadre de recours intentés par le bénéficiaire afin de contester la validité des créances sur les intérêts.

Il est proposé qu'un courrier de la Commission vienne confirmer le montant des intérêts et le calcul de ceux-ci.

Les autorités françaises rappellent en outre qu'une créance doit, comme la Commission européenne le relève au point 124, être certaine, liquide et exigible. Ce principe doit également s'appliquer aux intérêts.

## **10. Sur le point 4.7 - Moyens alternatifs de récupération**

Au point 124, les autorités françaises proposent une modification rédactionnelle pour clarifier la phrase « La Commission ne peut accepter la compensation des créances uniquement dans des cas exceptionnels, si l'État membre concerné agit en conformité avec les principes de base suivants ».

## **11. Sur le point 4.8 - procédures d'insolvabilité (points 126 à 134)**

Les § 126 à 134 reprennent pour l'essentiel les § 60 à 68 de la communication de 2007 et ce faisant, ne semblent pas prendre en compte les évolutions intervenues en droit européen de l'insolvabilité depuis 2007 :

- d'une part, le règlement n°2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, aux termes duquel est aussi une procédure d'insolvabilité une procédure ouverte à l'égard d'un débiteur en probabilité d'insolvabilité, donc non insolvable. L'expression: "procédures d'insolvabilité" apparaît donc insuffisamment précise; il conviendrait de le remplacer par: "procédures d'insolvabilité à l'exception de celles ouvertes en raison d'une probabilité d'insolvabilité";
- d'autre part, la future directive dite "insolvabilité", sur le point d'être adoptée, dont l'objet est d'encourager au sauvetage des entreprises viables. Cette directive n'autorise pas les Etats membres à exclure les créanciers publics des créanciers pouvant se voir imposer une remise de dettes. Seul le considérant 27 mentionne la possibilité pour les Etats membres de protéger les créanciers publics en leur conférant un privilège. Dès lors, il n'est pas certain que la Commission puisse imposer à un Etat membre de s'opposer à la restructuration d'une entreprise au seul motif qu'elle n'a pas remboursé l'intégralité des aides illégales et incompatibles (point 130) et à une juridiction de refuser d'arrêter un plan sur ce seul motif (point 133).

Par ailleurs, la notion de procédure de liquidation judiciaire n'est pas harmonisée au niveau européen. En outre, la directive « insolvabilité » dispose que la notion d'insolvabilité est renvoyée au droit national.

Ainsi, il ne revient pas à la Commission, dans le cadre de sa communication, de déterminer quand le bénéficiaire d'une aide est liquidé (point 134).

En outre, demander que la déclaration de créances soit suivie immédiatement de la récupération de l'intégralité du montant à récupérer (point 128) est impossible à réaliser dans le cadre des procédures d'insolvabilité françaises dans lesquelles l'ouverture de la procédure entraîne automatiquement la suspension générale des poursuites et l'interdiction des paiements.

Enfin, la Cour de cassation a plusieurs fois rappelé que la récupération des aides illégales et incompatibles doit s'opérer dans le strict respect des procédures internes et sans aménagement de celles-ci (Cass com 11.12.2012, n°11-28053, Com 26.2.2013, n°11-22.029). Pour statuer de la sorte, la Cour de cassation avait invoqué un arrêt de la CJUE (CJCE, 13.11.2008 C-214/07) qui indiquait: "pour une entreprise liquidée, la récupération de l'aide illégale s'exécute par l'admission à son passif de la créance correspondante, lorsqu'elle est encore possible selon les règles du droit national relatives à la production des créances et au relevé de forclusion".

Les autorités françaises s'interrogent donc sur la cohérence avec les évolutions intervenues en droit européen de l'insolvabilité de certaines obligations mentionnées dans le projet de communication et proposent les modifications suivantes :

- Au point 128 : l'ajout des mots « *à l'exception de celles ouvertes en raison d'une probabilité d'insolvabilité* », après les mots « À partir du moment où le bénéficiaire de l'aide fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité ».
- Au point 128, la suppression du mot « immédiatement » et l'ajout des précisions suivantes au « i) la récupération de l'intégralité *ou d'une partie* du montant à récupérer *au moins équivalente au montant qui serait récupéré en cas de liquidation (test du meilleur intérêt des créanciers)* ».

- La rédaction suivante du point 130 : « En ce qui concerne la deuxième condition citée au point 128, afin de tenir compte *des procédures existant dans tous les États membres qui visent à la restructuration ou à la poursuite temporaire de l'ensemble ou de certaines des activités des entreprises insolvable au sens du droit national et de concilier les règles relatives aux aides d'Etat et les objectifs de sauvegarde de l'activité et de l'emploi et de protection des intérêts des créanciers*, une telle procédure doit être laissée inappliquée si elle ne garantit pas la récupération, *partielle ou totale*, dans le délai du plan » (au lieu de « En ce qui concerne la deuxième condition citée au point 128, bien que certains États membres prévoient une procédure visant à la restructuration ou à la poursuite temporaire de l'ensemble ou de certaines des activités des entreprises en faillite, une telle procédure doit être laissée inappliquée si elle ne garantit pas la récupération dans le délai de récupération »).
- Au point 131, l'ajout des précisions suivantes : « Aussi, lorsqu'un plan prévoyant la poursuite des activités du bénéficiaire de l'aide est proposé *aux classes de créanciers*, les autorités de l'État membre concerné peuvent soutenir ce plan uniquement s'il garantit la récupération de l'intégralité du montant dans le délai prescrit *par le plan ou s'il garantit au moins la récupération du montant calculé selon le test du meilleur intérêts des créanciers (directive « insolvabilité », art. 10.2 « best interest of creditors test »)*. Un État membre ne peut renoncer à *percevoir* une partie du montant à récupérer *inférieure au test du meilleur intérêt des créanciers* si le bénéficiaire de l'aide poursuit son activité après le délai de récupération ».
- Au point 131, la suppression de la dernière phrase (« De même, un État membre ne peut accepter aucune autre solution qui ne déboucherait pas soit sur la récupération de l'intégralité du montant, soit sur la cessation immédiate des activités du bénéficiaire »).
- La suppression du point 133 (« Tous les organes de l'État membre concerné, y compris ses juridictions, doivent laisser inappliquées toutes les dispositions prévues par la procédure d'insolvabilité nationale ou les règles nationales régissant la liquidation volontaire qui, en maintenant l'aide à récupérer à la disposition du bénéficiaire, ne garantissent pas une exécution immédiate et effective de la décision de récupération de la Commission. De la même manière, la Commission estime que l'État membre doit contester toute décision adoptée par ses juridictions nationales en violation du droit de l'Union »). Ce point pourrait être remplacé par « Tous les organes de l'État membre concerné, y compris ses juridictions, doivent respecter ces règles ».
- La suppression de la première phrase du point 134 (« Le bénéficiaire d'une aide est liquidé lorsque ses activités cessent et que ses actifs et intérêts sont vendus aux conditions du marché »).
- Au point 134, compléter la rédaction de la deuxième phrase (qui deviendrait la première) comme suit : « *Sans préjudice des règles nationales relatives à la liquidation judiciaire*, la vente *des actifs* en liquidation judiciaire doit être effectuée selon une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire. L'évaluation des actifs doit être effectuée, *si le tribunal l'estime opportun et si l'actif de la procédure le permet*, par un expert ou un *professionnel* indépendant ».

## 12. Sur le chapitre 5. PROCEDURES JUDICIAIRES DEVANT LES JURIDICTIONS NATIONALES

Les autorités françaises demandent la suppression du point 140 :

« Selon l'expérience de la Commission, les procédures engagées devant des juridictions administratives, lorsqu'elles sont possibles, tendent à garantir une exécution plus rapide des ordres de recouvrement que les procédures engagées devant les juridictions civiles. »

Les autorités françaises considèrent que cette appréciation n'a pas lieu d'être s'agissant de l'organisation des juridictions des Etats membres et de leurs compétences respectives.

Les autorités françaises souhaitent que soit rappelé au point 144 que la Commission doit apporter son concours aux juridictions nationales dans l'application des règles en matière d'aides d'État, ainsi que la possibilité pour les juridictions nationales de solliciter l'avis de la Commission sur des questions pertinentes concernant l'application des règles en matière d'aides d'État, avec un renvoi à la communication de la Commission relative à l'application des règles en matière d'aides d'État par les juridictions nationales<sup>1</sup>. En effet, l'intervention de la Commission en tant qu'*amicus curiae* a été très utile dans certains dossiers.

### **13. Sur le point 6.2 - La jurisprudence Deggendorf**

Après le point 159, les autorités françaises demandent l'ajout d'un point afin d'indiquer que pour satisfaire les conditions du paragraphe 158, une mise sous séquestre provisoire des montants à récupérer devrait permettre le versement de l'aide nouvelle compatible, et ce dans l'attente de la récupération effective.

En effet certaines procédures de récupération peuvent être longues (identification des bénéficiaires, des montants, etc) et une entreprise ne doit pas pâtir de cette durée. Cette mise sous séquestre pourrait être faite dans l'attente de l'émission de l'injonction de récupération au bénéficiaire.

---

<sup>1</sup> Communication de la Commission (2009/C 85/01), JOUE C 85 du 9 avril 2009.