Association Française d'Etude de la Concurrence

OBSERVATIONS DE L'AFEC EN REPONSE À LA CONSULTATION DE LA COMMISSION EUROPEENNE SUR LA REVISION DU CODE DE BONNES PRATIQUES POUR LA CONDUITE DES PROCEDURES EN MATIERE D'AIDES D'ETAT[1]

Ces observations ont été validé par le Comité de Direction de l'AFEC du 17 février 2017

INTRODUCTION

L'Association Française d'Étude de la Concurrence (« AFEC ») est une association indépendante, créée en 1952, qui réunit, comme membres indépendants des magistrats, des avocats, des juristes d'entreprises, des professeurs de droit et d'économie et des collaborateurs ou membres de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF. L'AFEC est l'association nationale membre de la Ligue Internationale de la Concurrence (LIDC). Elle a notamment pour objet d'étudier toutes les modifications qui pourraient être apportées à la législation et à la réglementation en vue d'améliorer les conditions de la concurrence.

Les pouvoirs de contrôle de la Commission européenne en matière d'aides d'Etat ainsi que les conditions dans lesquelles elle les exerce sont posés par le TFUE ainsi que le règlement de procédure (actuellement règlement (UE) 2015/1589). Les parties prenantes sont donc conscientes qu'un document tel que le Code de Bonnes Pratiques[2] (ci-après « le Code ») ne constitue pas un document juridiquement contraignant et doit naturellement s'inscrire dans le cadre juridique tel que défini par ces textes.

Néanmoins, les parties prenantes souhaitent tout d'abord indiquer à la Commission l'intérêt qu'elles trouvent à l'existence d'un tel Code qui permet, dans une certaine mesure, de concourir à l'harmonisation de la conduite des procédures de notification entre les différents Etats membres et à mieux informer les « parties intéressées » sur les relations entre l'Etat membre et la Commission dans le cadre des différentes procédures pouvant conduire à des décisions contraignantes en matière d'aides d'Etat (notification, plaintes, mesures utiles, ouvertures de procédures formelles d'examen).

Les parties prenantes sont conscientes que la réussite des objectifs énoncés dans un document tel que le Code repose sur une adhésion pleine et entière des Etats membres concernés, lesquels ne manqueront pas de faire valoir leurs observations dans le cadre de la présente consultation.

Pour sa part, l'AFEC regroupe des praticiens du droit de la concurrence de tous horizons (universitaires, avocats, entreprises, etc.), elle a donc plutôt vocation, dans le cadre de la présente consultation, à porter le point de vue des praticiens ayant été impliqués dans de telles procédures, soit au côté de bénéficiaires et ou organismes nationaux concourant à la mise en œuvre de mesures ou régimes d'aides, soit au côté de plaignants.

[1] Sur proposition du groupe de travail composé de : Olivier Billard, Guillaume Fabre, Martina Isola, Malka Marcinkowski, Michel Ponsard, Stéphane Robini, Claire Vannini et validées par le comité de Direction de l'AFEC du 17 Février 2017.
[2] Code de bonnes pratiques pour la conduite des procédures en matière d'aides d'Etat (2009/C 136/04).

Siège social et secrétariat : 76 avenue de Wagram - 75017 PARIS - Tél. 01 55 65 16 65
eMail. secretariat@afec.asso.fr - Site Internet. www.afec.asso.fr
Siret. 310 337 746 00062 – Code APE. 9499 Z
MEMBRE DE LA LIGUE INTERNATIONALE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

A cet égard, l'AFEC souhaite appeler tout particulièrement l'attention de la Commission sur le rôle et le statut des différents opérateurs économiques pouvant intervenir dans les procédures d'aides d'Etat : dispensateurs, bénéficiaires, concurrents affectés par une aide (ou autres plaignants).

La modernisation du règlement de procédure en 2015 a donné à la Commission le pouvoir de s'adresser directement à ces opérateurs et le corollaire naturel de la plus grande liberté de la Commission de s'adresser au marché serait que le marché puisse avoir une meilleure visibilité et un rôle plus assuré dans les procédures d'aides d'Etat.

Par ailleurs, une plus grande transparence et une plus grande accessibilité de la Commission pourrait permettre de contribuer au développement d'une meilleure connaissance, par les opérateurs économiques, du droit des aides d'Etat et de ses contraintes. En d'autres termes, cela contribuerait au développement d'une culture de respect de ce droit.

Enfin, une meilleure association des opérateurs économiques à ces procédures permettrait de rapprocher les conditions dans lesquelles s'exerce le contrôle des aides d'Etat des autres procédures de contrôle menées par la Commission européenne en matière de concurrence, à savoir, le contrôle des concentrations, d'une part, et les procédures anti-trust, d'autre part.

1. S'agissant de la procédure de notification des mesures d'aides ou régimes d'aides nouveaux

Le Code pourrait être amendé et renforcé sur les points suivants :

- la fonction et les contours de la procédure de pré-notification gagneraient à être clarifiés et reprécisés ;

- le Code pourrait prévoir la mise en place systématique, dès les premiers contacts de pré-notification, d'un calendrier d'examen dans lequel seraient planifiées les différentes étapes jusqu'à la décision finale (décision de ne pas soulever d'objection - « autorisation en phase 1 » - ou décision « non aide ») ;

- le Code pourrait également instaurer un registre public des notifications en cours d'examen par la Commission ;

- la Commission devrait plus clairement encourager les Etats membres à associer à la procédure les bénéficiaires, les tiers intéressés[3] et les entités publiques dispensatrices[4] impliqués dans la mesure notifiée ;

[3] Notamment des organisations professionnelles ou des fédérations d'entreprises.
[4] Autres que l'Etat notifiant (collectivités locales, entités publiques, gestionnaires de fonds publics mobilisés pour financer la mesure).

- Enfin, elle pourrait préciser le calendrier dans lequel elle entend impliquer les différents services concernés dans son processus décisionnel interne (service juridique, Chef économiste)

- **Fonction et contours de la pré-notification**

Dans sa version actuelle, le Code indique que la pré-notification est une phase de "contacts préalables à la notification" qui est entendue comme une phase d'échange permettant à l'Etat membre notifiant d'aborder, avec la Commission, les points stratégiques d'un dossier (cf. § 10 et suivants du Code).

Cette phase doit, par exemple, permettre de discuter des fondements juridiques sur lesquels la Commission préférera examiner la mesure, voire celui sur lequel elle aura le plus de chances d'être déclarée compatible, ou les points de démonstration auxquels la Commission sera plus particulièrement attentive et le degré d'information qu'elle exigera. Durant cette phase peuvent également être abordés des aspects plus techniques tels que la méthode de détermination d'un scenario contrefactuel (souvent dans les aides individuelles énergie-environnement ou R&D).

Or, l'on constate qu'en pratique cette phase d'échanges informels devient, d'une certaine manière, une première véritable instruction du dossier de notification. D'ailleurs, la quasi-totalité des mesures d'aides font aujourd'hui l'objet d'une pré-notification sur la base d'un projet de formulaire de notification quasi-finalisé et seule la notification de certains régimes (généralement déjà autorisés et pour lesquels l'autorisation doit simplement être renouvelée) y échappe.

Par ailleurs, si la pré-notification est une étape indispensable et généralement fructueuse, il paraît souhaitable que la Commission rappelle aux Etats membres sa finalité pour éviter que ces démarches ne conduisent à un double degré d'instruction du dossier (pré-notification + notification).

Cela est d'autant plus important que les contacts de pré-notification sont généralement assez longs et peuvent dépasser les deux mois prévus par le Code[5]. Or, ces contacts peuvent parfois être perçus, du côté du bénéficiaire, comme une sorte de « rallongement » de la procédure d'examen par la Commission.

- **Gestion des délais et fixation systématique d'un calendrier prévisionnel d'examen**

A titre liminaire, les parties prenantes représentées au sein de l'AFEC s'interrogent sur la perception qui peut être celle des entreprises selon laquelle la phase de pré-notification serait un facteur d'allongement de la durée globale d'examen d'un dossier par la Commission.

En effet, certaines expériences montrent que la durée de la phase de pré-notification est souvent supérieure à deux mois et qu'elle ne permet pas toujours de limiter ensuite au délai de deux mois prévu par le règlement de procédure la durée d'examen de la notification. L'expérience montre que, même avec une phase de pré-notification constructive, la Commission procède souvent, lors de la phase de

[5] Code, 3.2 § 14.

notification formelle, à des demandes d'information qui retardent d'autant la complétude du dossier et le point de départ du délai de deux mois pour obtenir une décision d'autorisation en phase 1.

Les membres de l'AFEC sont parfaitement conscient des difficultés auxquelles peut se trouver confrontée la Commission quant à l'accès à certaines informations pourtant essentielles à l'examen du dossier.

Cela étant, il serait certainement souhaitable que la Commission puisse, de manière générale et systématique et en concertation avec l'Etat membre, fixer, dès le démarrage de la pré-notification, un calendrier de traitement du dossier qui intégrerait les différentes étapes tant du point de vue des informations à fournir par l'Etat membre que du point de vue du processus décisionnel interne de la Commission (consultation du chef économiste, planification des consultations interservices, etc.).

En effet, les membres de l'AFEC observent que la durée de la procédure applicable en matière d'aides d'Etat est beaucoup plus longue et moins encadrée que les procédures en matière de contrôle des concentrations (même dans l'hypothèse d'une procédure de notification conduisant à l'obtention d'une décision assez rapide de ne pas soulever d'objections qui équivaut à une autorisation dite de phase 1 en matière de contrôle des concentrations : 25 voire 35 jours maximum à compter de la réception d'un dossier complet en matière de contrôle des concentrations versus 2 mois minimum en matière d'aides d'Etat, ce délai étant assez souvent théorique).

La Commission pourrait donc *a minima* indiquer dans le Code qu'elle considèrerait comme « bonne pratique » de la part de l'Etat membre de porter ce calendrier à la connaissance de toutes les entités impliquées dans la mesure d'aide notifiée (bénéficiaire – dispensateurs – autorités nationales intervenant dans le processus législatif ou réglementaire de mise en œuvre de la mesure).

Ce calendrier pourrait également intégrer, dès le démarrage de la procédure, la phase « aval » de la procédure d'autorisation, à savoir le délai de confidentialisation et de mise en ligne du texte de la décision. Il serait en effet souhaitable que la Commission puisse procéder à la mise en ligne sur le site de la DG COMP des décision de phase 1 plus rapidement, notamment pour ce qui concerne les régimes d'aides pour lesquels les bénéficiaires potentiels ne sont généralement pas impliqués dans la notification et à l'égard desquels le contenu de la décision de la Commission constitue un élément essentiel de la mise en œuvre correcte du régime (exemple du plan très haut débit, décision SA. 37183, autorisé le 7 novembre 2016 mais dont le contenu n'est toujours pas accessible alors que sa mise en œuvre au niveau national a déjà commencé).

Enfin, le Code de bonnes pratiques pourrait prévoir, dans le souci d'accroître la transparence et de permettre aux tiers intéressés de se rapprocher de la Commission au moment opportun, un registre public des notifications en cours d'examen selon un mécanisme analogue à ce qui existe en matière de contrôle des concentrations (publication sur le site internet de la DG Concurrence de la section 1.2 du Formulaire CO).

- **Implication des bénéficiaire(s), des tiers intéressés et des entités publiques dispensatrices autres que l'Etat notifiant (collectivités locales, entités publiques, gestionnaires de fonds publics mobilisés pour financer la mesure)**

Il existe là une difficulté dont les parties prenantes sont conscientes et qui tient au fait que le Traité ainsi que le règlement de procédure envisagent le contrôle des aides d'Etat par la Commission européenne comme une relation exclusive entre cette dernière et l'Etat membre.

Dans ce contexte, l'on constate des pratiques assez différentes d'un Etat membre à l'autre quant à l'implication des bénéficiaires et entités dispensatrices dans les procédures d'examen par la Commission. Cela étant, cette question touche à l'autonomie procédurale des Etats membres et aucune harmonisation ne peut être imposée de manière contraignante par la Commission sans base juridique qui le lui permettrait.

Dans le cadre d'un texte comme le Code, la Commission ne peut donc qu'inviter les Etats membres à associer le plus étroitement possible les bénéficiaires et/ou entités dispensatrices. Toutefois, il paraît indispensable que le Code insiste sur les aspects positifs en terme d'accélération du traitement des dossiers d'une meilleure association des bénéficiaires et entités dispensatrices aux procédures et ce dès la pré-notification.

Enfin, aujourd'hui, la possibilité pour la Commission de s'adresser directement aux entreprises concernées par la mesure est réservée aux procédures formelles d'examen ouvertes sur le fondement de l'article 108, paragraphe 2, du TFUE (cf. considérant n° 11 et article 7.2 b du règlement de procédure). Il n'existe donc a priori pas de base légale pour que la Commission puisse procéder de la sorte dans le cadre de procédures de notification n'ayant pas donné lieu à l'ouverture de procédures formelles d'examen.

Pour remédier à cette lacune, le Code devrait encourager la Commission à demander à l'Etat membre notifiant, en début de procédure, son accord pour qu'elle puisse communiquer directement avec les bénéficiaires et/ou entités dispensatrices et/ou les tiers intéressés aux fins d'un recueil plus rapide des informations nécessaires à l'examen du dossier.

En effet, les membres de l'AFEC estiment qu'il est fondamental que le dispensateur (lorsqu'il s'agit d'une entité autre que l'Etat), le bénéficiaire de l'aide et le cas échéant les tiers intéressés puissent être associés dans la mesure où les procédures d'aides d'Etat peuvent s'avérer particulièrement longues. Une meilleure association de ces opérateurs leur permettra d'anticiper la durée des procédures. Cela est particulièrement topique en matière d'aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté où les délais d'examen par la Commission doivent s'inscrire dans un calendrier qui soit cohérent avec les projections de liquidité du bénéficiaire et de ses besoins.

Une meilleure association des opérateurs économiques dans les procédures contribuerait aussi à une plus grande compréhension et « acceptabilité » de la part des tiers qui ignorent le mode de

fonctionnement interne de la Commission ainsi que les rapports entre cette-ci et l'Etat notifiant et la manière dont cela impacte le traitement des procédures et l'adoption des décisions.

- **Organisation interne de l'examen des dossiers par la Commission**

Dans la version actuelle du Code, la Commission avait indiqué sa détermination pour rationaliser et améliorer son processus décisionnel interne, le cas échéant en l'adaptant (cf. point 8 du Code).

Sur ce point, il paraît important de pouvoir impliquer en temps utile l'ensemble des services de la Commission qui auront un droit de regard sur la décision que la Commission adoptera :

- Il peut être particulièrement délicat pour l'Etat membre concerné, le dispensateur ou le bénéficiaire de l'aide d'aboutir à un accord avec la DG Concurrence qui soit ultérieurement remis en cause – parfois de manière fondamentale – par d'autres Directions générales de la Commission ou par son service juridique ;

- une manière d'éviter une telle situation pourrait être que des notes blanches, agréées entre la DG Concurrence, l'Etat membre concerné ainsi que le dispensateur et le bénéficiaire de l'aide soient circulées en interne à la Commission, afin que les autres Directions ou le service juridique puissent se prononcer sur les principales étapes des dossiers au fur et à mesure de son avancée et non uniquement en bout de course, lors de la procédure de consultation interservices.

Par ailleurs, une plus grande implication du Chef Economiste dans les procédures d'aides d'Etat pourrait être utile. Son intervention pourrait aider la Commission pour l'examen de critères tels que la distorsion de concurrence, ou pour construire un contrefactuel démontrant la nécessité d'une mesure d'aide ou son effet incitatif. La révision du Code pourrait être l'occasion de clarifier son rôle ainsi que les conditions et timing de son intervention.

2. **S'agissant de la procédure dite des « mesures utiles » (article 21 et suivants du règlement de procédure)**

L'article 108, paragraphe 1, du TFUE investit la Commission d'un pouvoir d'examen permanent des aides dites « existantes ».

Dans ce cadre, la Commission, lorsqu'elle constate qu'une mesure ou un régime d'aide existant n'est plus compatible avec le Traité, met en place une procédure de dialogue avec l'Etat membre au terme de laquelle :

- Elle lui expose les raisons pour lesquelles elle estime que la mesure n'est plus compatible et l'invite à faire valoir ses observations ;
- Elle lui adresse ensuite des recommandations de modification dites « mesures utiles » ;
- Si l'Etat membre accepte les mesures, elle met fin à la procédure ;
- Si l'Etat membre refuse, elle ouvre alors la procédure formelle d'examen.

Ces pouvoirs de contrôle de la Commission sont très importants et sont mis en œuvre de manière régulière, notamment à l'égard de la France (cf. pour deux exemples récents, décision concernant l'AFP du 28 octobre 2014, SA.30481 et décision concernant la taxation des ports en France du 21 janvier 2016, SA.38398).

Le Code ne comporte aucune indication quant à la mise en œuvre de cette procédure qui paraît, à certains égards, assez opaque notamment pour les entités potentiellement impliquées dans ces mesures et en particulier les bénéficiaires.

En effet, ce n'est que si l'Etat membre refuse les mesures utiles que la Commission ouvrira une procédure formelle d'examen qui permettra aux bénéficiaires d'être potentiellement informés de l'existence d'une telle procédure alors qu'elle aura pu être engagée de longue date par la Commission.

La Commission devrait donc saisir l'opportunité de cette révision du Code pour y inclure un descriptif des conditions dans lesquelles elle envisage de traiter ces dossiers.

Là encore, il serait souhaitable qu'elle indique que constitue une « bonne pratique » pour l'Etat membre le fait d'informer les bénéficiaires de l'ouverture de cette procédure par la Commission dès son démarrage et que la Commission mette en place un calendrier d'examen qui soit transmis à l'Etat membre et aux entités impliquées (bénéficiaires - dispensateurs).

Par ailleurs, si les décisions par lesquelles l'Etat membre accepte les mesures utiles font l'objet d'une mise en ligne sur le site de la DG COMP, le contenu intégral de la proposition de la Commission n'est pas toujours rendu public (ou si c'est le cas dans des délais très longs). Il serait souhaitable que le Code prévoie un engagement de la Commission en ce sens.

3. Procédure d'examen contradictoire des aides (article 108.2 TFUE)

Bien qu'elle puisse juridiquement faire suite à une notification, la procédure d'examen contradictoire concerne assez majoritairement des aides illégales non notifiées dont la Commission se saisit soit à la suite d'une plainte, soit de sa propre initiative. En effet, lorsque la Commission indique à un Etat membre dans le cadre d'une procédure de notification qu'elle a des doutes sur la compatibilité de la mesure et qu'elle doit ouvrir une procédure formelle il est assez rare que celui-ci maintienne sa notification.

De la même manière les dispensateurs ne sont pas non plus visés par le Règlement ni le Code.

Dans le cadre d'une procédure contradictoire, le Code pourrait prévoir un certain nombre de bonnes pratiques visant à :

- associer plus étroitement les bénéficiaires, les tiers intéressés et les dispensateurs,
- à mettre en œuvre un minimum de « contradictoire » et de transparence, notamment en accordant un véritable accès au dossier au(x) bénéficiaire(s),
- enfin à réaffirmer la volonté de la Commission à s'engager à un traitement rapide des dossiers et inférieur à 18 mois.

- **Statut des bénéficiaires, des tiers intéressés et des dispensateurs**

Aujourd'hui, les entreprises bénéficiaires ne jouissent d'aucun statut particulier dans cette procédure et sont traitées au même rang que les « parties intéressées », c'est-à-dire, les plaignants, les associations ou les tiers.

Si l'Etat membre ne les en informe pas, les bénéficiaires, les tiers intéressés et les dispensateurs peuvent donc découvrir l'existence de la procédure lors de la publication au JOUE de la décision d'ouverture, surtout pour les régimes d'aides qui touchent un grand nombre de bénéficiaires (cf. par exemple les récentes investigations de la Commission sur certains régimes fiscaux).

Il paraît donc opportun que la Commission sollicite de l'Etat membre, dès l'ouverture de la procédure, (c'est-à-dire dès réception par l'Etat de la lettre de la Commission) qu'il en informe non seulement les bénéficiaires potentiels mais également les tiers intéressés (tels que les organisations professionnelles ou les fédérations d'entreprises) ainsi que les dispensateurs. Il est bien évident que cela ne peut constituer qu'une « bonne pratique » non contraignante faute de dispositions spécifique dans le règlement de procédure rendant obligatoire une telle information.

- **Transparence et contradictoire**

La jurisprudence de la CJUE a constamment indiqué que le principe du contradictoire ne s'exerçait que vis-à-vis de l'Etat membre dans les procédures formelles d'examen[6], que le bénéficiaire ne pouvait être considéré comme une véritable « partie » à la procédure d'examen d'une aide[7] et ne pouvait donc prétendre à un débat contradictoire avec la Commission[8]. Le bénéficiaire ne peut donc qu'être entendu par la Commission et lui transmettre des informations[9].

La révision du règlement de procédure n'a pas remis en cause cette position. Dans une décision récente, l'Ombudsman a confirmé la validité d'une telle pratique au regard de la Charte des droits fondamentaux (cf. Décision du 23 septembre 2016, affaire 1179/204/LP).

[6] TUE, 16 décembre 2010, Pays-Bas c/ Commission, T-231/10.
[7] CJCE 11 mai 2005, Saxonia Delmetalle, §47 : *« la procédure de contrôle des aides d'Etat est, compte tenu de son économie générale, une procédure ouverte vis-à-vis de l'Etat membre responsable, au regard de ses obligation communautaires, de l'octroi de l'aide (…) et non contre et non à l'égard du ou des bénéficiaires de l'aide » ;* CJCE, 6 octobre 2005, aff C-276/03 P, Scott c. Commission, § 34 : *« Certes, la jurisprudence a reconnu au bénéficiaire de l'aide certains droits procéduraux. Toutefois, ces derniers visent à permettre audit bénéficiaire de fournir des informations à la Commission et de faire valoir ses arguments, mais ne lui confèrent pas le statut de partie à la procédure ».*
[8] CJCE Falk c. Commission 2002, C-74/00 P et C-75/00 P §82 : les entreprises bénéficiaires ne peuvent prétendre mener un débat contradictoire avec la Commission.
[9] T-371/94 et T-394/94 British Airways c. Commission 1998 §59.

Cela étant, cette situation n'est pas satisfaisante et constitue une « singularité » des procédures d'aides d'Etat par rapport aux autres procédures en matière de concurrence (contrôle des concentrations[10] et antitrust).

Faute de règle spécifiques dans le règlement de procédure, il paraît donc indispensable que la Commission intègre ces aspects dans la nouvelle version du Code.

Il serait notamment souhaitable que la Commission s'engage, naturellement avec l'accord de l'Etat concerné, à accorder un véritable « accès au dossier » en faveur des bénéficiaires d'aides mis en cause dans le cadre de procédures formelles d'examen.

- **Respect des délais**

Les procédures formelles d'examen sont souvent ouvertes à la suite de plaintes. Or, il existe à l'heure actuelle une relative confusion, du moins dans l'esprit des plaignants, entre le délai dans lequel la Commission s'est engagée à décider des suites à donner à une plainte, qui est de 12 mois, et du délai dans lequel elle indique traiter les procédures formelle d'examen, qui est de 18 mois[11].

En pratique, il s'agit de deux délais cumulatifs puisque la Commission considère qu'ouvrir une procédure formelle d'examen constitue la décision sur les suites à donner à la plainte.

De plus, ces délais indicatifs déjà assez longs (plus de deux ans et demi au total) sont en pratique assez souvent dépassés, de sorte qu'entre le dépôt d'une plainte et la décision finale prise au terme de la procédure formelle d'examen il peut s'écouler entre trois et quatre ans.

Or, alors que la Commission dispose de délais d'instruction assez longs, les parties intéressées ne disposent, pour leur part, que d'un mois après publication au JOUE de la décision d'ouverture pour faire valoir leurs observations, ce qui est assez mal vécu par ces entités.

Enfin, ce délai indicatif de 18 mois relatif à la durée des procédures formelles d'examen est sans commune mesure avec ce qui existe en matière de contrôle des concentrations, où le délai maximum d'une procédure dite de phase 2 est de 125 jours, soit 4 mois et 4 jours. Or, rien ne justifie une telle différence dans le traitement des dossiers.

Il serait donc souhaitable que la Commission puisse réaffirmer sa volonté de traiter plus rapidement les dossiers conduisant à des procédures formelles d'examen et ce d'autant plus lorsque les procédures formelles d'examen se terminent par des décisions négatives et des mesures de récupération.

4. Le traitement des plaintes en matière d'aides d'Etat

[10] Règlement 139/2004, article 18.3 : *« La Commission ne fonde ses décisions que sur les objections au sujet desquelles les intéressés ont pu faire valoir leurs observations. Les droits de la défense des intéressés sont pleinement assurés dans le déroulement de la procédure. ».*

[11] Code, 6.6 § 43 et règlement de procédure, article 7§6.

Là encore, les observations des membres de l'AFEC concernent principalement la question du calendrier et des délais de la procédure de plainte ainsi que le statut du plaignant pour lesquels la révision du Code pourrait être l'occasion d'apporter certaines clarifications et améliorations.

A cet égard, s'agissant de la motivation des décisions de la Commission il serait opportun de :

- prévoir que même si la Commission n'a pas l'obligation de prendre une décision de rejet de plainte, elle doit néanmoins préserver les droits du plaignant par un examen diligent et impartial ;

- insérer la possibilité pour la Commission d'organiser des réunions bilan et triangulaires, durant la procédure de traitement de la plainte ; et

- permettre au plaignant de s'exprimer lorsque la Commission l'informe qu'elle n'a pas l'intention de donner suite à de sa plainte (autre que par la voie d'un recours comme détaillé postérieurement).

En outre, concernant l'**accès au dossier,** le Code pourrait introduire la possibilité pour le plaignant de demander l'accès aux documents sur lesquels se fonde la Commission.

Enfin, s'agissant de la question des délais de traitement des plaintes, le Code pourrait instaurer un calendrier type pour l'ensemble des étapes des différentes procédures et fixer le délai de traitement des plaintes à 12 mois et à 18 mois pour les cas les plus complexes.

- **Le statut du plaignant**

Si rien n'est mentionné dans le Règlement et dans le Code, la jurisprudence précise en matière d'aides d'Etat que la Commission n'a **aucune obligation d'engager un débat contradictoire avec le plaignant** dans la procédure de contrôle des aides[12].

La Commission ne fait qu'informer le plaignant de l'absence de motif suffisant pour justifier le refus d'ouverture d'une procédure sans autre précision[13], ce qui implique les conséquences suivantes :

- <u>la Commission n'est pas obligée de rendre une décision en cas de rejet de plainte</u>

La Commission n'est pas obligée de rendre une décision à chaque fois qu'une plainte lui est adressée en cas de rejet de ladite plainte, contrairement à ce qui est prévu en matière de concurrence[14].

[12] CJCE 2 avr. 1998, affaire Sytraval ; alors même que le Tribunal avait considéré que l'obligation pour la Commission de motiver ses décisions pouvait requérir, dans certaines circonstances, l'engagement d'un débat contradictoire avec le plaignant.

[13] Code, pt 49 « *Dans le cas de plaintes non fondées, les services de la Commission informeront le plaignant, dans un délai de deux mois à compter de la réception de la plainte, qu'il n'y a pas de motifs suffisants pour se prononcer sur le cas et que la plainte sera réputée avoir été retirée en l'absence d'autres observations sur le fond communiquées dans un délai d'un mois* ».

[14] CJCE, 19 Octobre 1995, Reno (NV), aff. C-19-93 : la Commission n'est pas tenue d'adopter une décision ou d'instruire ; TPICE, 18 septembre 1992, Automec Srl, aff. T-24-90 : elle doit toutefois préserver les droits du plaignant en procédant à un examen diligent et impartial ; TPICE, 24 janvier 1995, Ladbroke Racing (GmbH), aff. T-74-92 (principe repris au pt. 42 du projet de communication de la Commission relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du traité CE, n°2004/C 101/05) même si elle décide de n'ouvrir et poursuivre l'instruction que sur la base de certains éléments, la Commission doit procéder à un examen global, sous peine de faire l'objet d'un recours en carence.
Article 7 règlement 773-2004, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE : *« Lorsque la Commission considère que, sur la base des informations dont elle dispose, il n'existe pas de motifs*

- la Commission apprécie discrétionnairement l'opportunité d'ouvrir la procédure sans consultation du plaignant

La Commission décide discrétionnairement de l'opportunité des poursuites sans consultation du plaignant alors qu'en matière de concurrence, la Commission peut organiser des réunions triangulaires ou de bilan[15].

- Le plaignant ne dispose d'aucun moyen d'action au cours de la procédure

Le destinataire de la décision de la Commission est l'Etat Membre et non l'entreprise plaignante, laquelle ne recevra qu'une copie de la décision[16] : le plaignant n'est donc pas considéré comme une partie à la procédure.

Le Code (tout comme le Règlement) ne prévoit pas de moyen d'action au cours de la procédure pour le plaignant, contrairement à la procédure en matière concurrence où il est prévu que (i) le plaignant doit pouvoir s'exprimer lorsque la Commission ne donne pas suite à sa plainte[17], (ii) celle-ci doit informer le plaignant de sa décision de ne pas poursuivre l'enquête à la suite d'un examen préliminaire[18] et (iii) dans le cas où le plaignant maintient sa demande, la Commission doit l'informer officiellement du délai qui lui est imparti pour faire connaître son point de vue[19].
Enfin, ni le Code ni le règlement de procédure n'offrent la possibilité à l'entreprise plaignante d'accéder aux documents sur lesquels la Commission se fonde, contrairement à ce qui est prévu en matière de concurrence[20].

- **La question des délais de traitement des plaintes**

S'agissant du délai de traitement des plaintes, une imprécision résulte de la lecture combinée du Code et du règlement de procédure :

- le Code : 12 mois environ ;

- le Règlement : « *La Commission examine sans délai* »[21].

---

suffisants pour donner suite à une plainte, elle informe le plaignant de ses raisons et lui impartit un délai pour faire connaître son point de vue par écrit. La Commission n'est pas tenue de prendre en considération les observations écrites reçues après l'expiration de ce délai… » ; CJCE, 17 mai 2001, International Express Carriers Conference, aff. C-450-98 : l'article 296 TFUE exige, en effet, que la Commission motive ses décisions, cette motivation faisant l'objet d'un contrôle minimum de légalité par les juridictions européennes.

[15] Communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE du 20 octobre 2011 (pt. 42, 43, 44, 65, 66, 68, 69, 70, et 129) : avant d'émettre une communication des griefs, la Commission peut prendre l'initiative de d'organiser avec les parties (dont le plaignant) des réunions « bilan » et « triangulaires».

[16] Règlement, article 24.2.

[17] Articles 7 et 8 règlement 773-2004 ; Projet de communication de la Commission (pt. 61 et 70) et communication de la Commission de 2011 (pt. 16, 104 et 139).

[18] Communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE du 20 octobre 2011 (pt. 61).

[19] Article 7 du règlement 1/2003.

[20] Article 8 du règlement 773/2004 ; Communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE du 20 octobre 2011 (pt. 139).

21 Règlement, article 12.

Le Code pourrait donc clarifier cette question.

En outre, les plaintes donnant généralement lieu à l'ouverture de procédures formelles d'examen, un délai supplémentaire de 18 mois s'ajoute au traitement global du dossier, ce qui, en pratique peut conduire à ce que le plaignant n'obtienne gain de cause qu'après plus de 30 mois de procédure.

Le Code devrait donc prévoir calendrier type pour l'ensemble des étapes des différentes procédures en indiquant les délais généralement applicables (comme en matière de concentrations) et prévoir un délai plus court de 12 mois pour l'examen des procédures formelles d'examen faisant suite à une plainte et réserver le délai de 18 mois aux cas les plus complexes.

5. Le rôle de la Commission dans les procédures nationales en matière d'aides d'Etat

La révision du Code pourrait être l'occasion, pour la Commission, d'aborder la question de l'interaction entre les procédures nationales et les procédures relatives aux aides d'Etat (par exemple, lorsqu'un concurrent saisit la Commission d'une plainte et les juridictions nationales d'une demande à l'encontre du dispensateur ou du bénéficiaire de l'aide) ainsi que la question de son propre rôle lorsqu'elle intervient dans le cadre de contentieux nationaux.

En effet, meilleure sera la prévisibilité de l'action de la Commission lorsqu'elle intervient en tant qu'amicus curiae, plus il sera aisé pour les entreprises de s'adresser à elle. Pourraient en particulier être clarifiés les critères que la Commission prendra en considération pour décider d'intervenir et les contacts qu'elle entretiendra avec les parties à la procédure nationale en amont de son intervention devant une juridiction.