24 FEVRIER 2017

CONTRIBUTION DE L'APDC

A LA CONSULTATION PUBLIQUE DE LA COMMISSION RELATIVE A LA REVISION DU CODE DE BONNES PRATIQUES POUR LA CONDUITE DES PROCEDURES DE CONTROLE DES AIDES D'ETAT

---

1 INTRODUCTION

1. Le 13 juillet 2015, le Conseil a adopté le Règlement n° 2015/1589 portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« **TFUE** »). Ce nouveau règlement a renforcé les pouvoirs de la Commission en matière d'aides d'Etat, en lui donnant en particulier la possibilité, sous certaines conditions, de demander directement des informations aux entreprises, voire de procéder, en matière d'aides mises en œuvre de manière abusive, à des contrôles sur place.

2. Cependant, en parallèle, la procédure reste purement bilatérale, entre l'Etat et la Commission. Les entreprises bénéficiaires ou le dispensateur de l'aide (lorsqu'il ne s'agit pas de l'Etat lui-même mais, par exemple, d'une entreprise publique) demeurent juridiquement étrangers à la procédure et ne bénéficient que du statut de « *parties intéressées* »[1]. Si la Commission recommande que le bénéficiaire participe aux différents contacts avant et pendant la procédure, ce n'est pas systématiquement le cas en pratique dès lors que cela dépend *in fine* de la volonté de l'Etat et/ou de la Commission.

3. Or, 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.

4. De ce point de vue, la révision du code de bonnes pratiques pour la conduite des procédures en matière d'aides d'Etat (le « **code de bonnes pratiques** ») pourrait donner

[1] Voir, article 1 du Règlement (UE) n° 2015/1589.

une occasion à la Commission de clarifier – à droit constant – le rôle et la place qu'elle entend conférer aux parties intéressées.

5. Cela pourrait également être l'opportunité de clarifier un certain nombre d'éléments relatifs aux procédures internes à la Commission pour la mise en œuvre des procédures d'aides d'Etat. En substance, il s'agirait d'assurer une plus grande transparence sur le travail de la Commission au cours des procédures d'aides d'Etat afin de permettre une meilleure prévisibilité de l'action de cette dernière – objectif directement partagé par la Commission et raison d'être du code de bonnes pratiques.

6. Ces deux aspects principaux – garantir un plus grand rôle procédural aux parties intéressées dans les procédures d'aides d'Etat et accroître la transparence de ces dernières – ne peuvent que contribuer directement aux objectifs poursuivis par la politique des aides d'Etat.

7. En effet, une plus grande transparence de la Commission et une plus grande implication des opérateurs économiques devraient concourir 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.

8. Les avocats de l'association des avocats pratiquant le droit de la concurrence (« **APDC** ») n'avaient pas nécessairement de remarques particulières sur un certain nombre des questions de la consultation publique. Ainsi, plutôt que de répondre de manière systématique aux différentes questions posées par la Commission, ils se sont permis de simplement rappeler les têtes de chapitre du questionnaire et d'y présenter les développements qui leur semblaient pertinents.

2 INFORMATIONS GENERALES

9. Les membres du groupe de travail de l'APDC ont été impliqués dans un certain nombre de dossiers d'aides d'Etat, soit en tant que conseils de l'Etat soit en tant que conseil du dispensateur ou bénéficiaire de l'aide, voire de plaignants.

10. Le code de bonnes pratiques contient un certain nombre d'indications utiles sur la manière dont les procédures d'aides d'Etat doivent être conduites par la Commission, ce qui contribue à accroître la transparence de ces procédures.

11. Néanmoins, il doit être noté que, en pratique, les indications qui sont mentionnées dans le code de bonnes pratiques ne sont pas toujours suivies, le déroulement de la procédure

étant même dans un certain nombre de cas incompatible avec le code de bonnes pratiques (par exemple, s'agissant des délais de la procédure formelle d'examen, de l'implication du bénéficiaire de l'aide, censée être favorisée dès la phase de pré-notification mais qui peut être tenu à l'écart des discussions tout au long de la procédure, etc.).

12. L'utilisation de ce code de bonnes pratiques pourrait certainement être favorisée s'il devait plus systématiquement être mis en œuvre en pratique. Cela permettrait d'améliorer la prévisibilité et la transparence de l'action de la Commission dans le cadre des procédures d'aides d'Etat. Les quelques éléments qui suivent constituent donc autant de pistes de réflexion pour améliorer la prévisibilité et la transparence de ces procédures.

3 CONTACTS PREALABLES A LA NOTIFICATION

13. Dans l'expérience des membres du groupe de travail, des contacts sont systématiquement pris préalablement à la notification. Ils sont généralement extrêmement utiles afin de préparer au mieux la notification, en déblayant certaines problématiques en amont. En particulier, lors de tels contacts, il a pu être pris acte de la position des services de la Commission (i) quant à la qualification d'une mesure en tant qu'aide d'Etat ; (ii) quant au régime juridique applicable pour examiner la compatibilité d'une telle mesure ; ou encore (iii) quant à certaines conditions de compatibilité des aides en cause.

14. De tels contacts sont donc précieux pour la mise en œuvre efficace des procédures d'aides d'Etat, permettant (i) de rationaliser les moyens mis en œuvre pour apporter à la Commission tous les éléments nécessaires à son analyse ; (ii) d'accélérer l'instruction des notifications par les services de la Commission. Deux observations peuvent néanmoins être proposées.

15. *Premièrement*, le dispensateur (lorsqu'il ne s'agit pas de l'Etat lui-même) et le bénéficiaire de l'aide d'Etat ont un rôle particulier à jouer dans ces échanges de pré-notification :

- ils ont la capacité à apporter les éléments de fait nécessaires à la première analyse du dossier et à réagir aux questions de la Commission en parfaite connaissance du dossier. Par exemple :
    - lors des échanges relatifs à la qualification d'une aide, le dispensateur dispose des éléments permettant d'expliquer la rationalité économique de sa décision,

c'est-à-dire, d'apporter un éclairage particulièrement précis pour l'appréciation, par la Commission, du respect du principe de l'investisseur privé avisé en économie de marché ;

- lors de l'examen d'aides d'Etat au sauvetage ou à la restructuration d'entreprises en difficulté, le bénéficiaire a la capacité d'apporter tous les éléments pertinents sur la situation économique et financière de l'entreprise en difficulté ;

❖ la présence du dispensateur ou du bénéficiaire lors de ces échanges leur permet de mieux comprendre les attentes et questions de la Commission, ainsi que les prises de position de ses services ; *in fine*, cela leur permet de pouvoir préparer les éléments factuels de la notification en pleine connaissance de cause.

16. Certes, le point 15 du code de bonnes pratiques actuel prévoit *expressis verbis* que « [d]*'expérience, la Commission sait qu'associer le bénéficiaire de l'aide aux contacts préalables à la notification est très utile, en particulier dans les cas ayant d'importantes implications techniques, financières ou spécifiques au projet. La Commission recommande donc que les bénéficiaires d'aides individuelles participent aux contacts de pré-notification* ». Néanmoins, cela ne vise pas le cas des dispensateurs de l'aide (à nouveau, lorsqu'il s'agit d'une personne morale différente de l'Etat, hypothèse tout de même relativement fréquente). De plus, il arrive que les bénéficiaires ne soient pas associés aux échanges de pré-notification, dans la mesure où une telle décision appartient à l'Etat membre concerné et à lui seul. Dès lors, il serait utile de renforcer la rédaction pour aller au-delà d'une simple recommandation et ainsi prévoir d'associer le dispensateur ou bénéficiaire de l'aide de manière systématique.

17. *Deuxièmement*, **l'utilité des contacts de pré-notification ne doit pas pour autant retarder l'instruction du dossier**. S'il est bien entendu préférable que la Commission puisse donner son accord avant que l'Etat ne procède à la notification formelle, un tel accord ne devrait pas être retardé jusqu'à ce que tous les sujets potentiels aient été épuisés. Il devrait intervenir dès lors que les grands axes structurant l'instruction du dossier auront fait l'objet d'échanges entre la Commission et les autres parties intéressées pour permettre la préparation d'une notification complète permettant d'éclairer utilement la Commission sur les problématiques soulevées. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'utiliser la pré-notification pour réaliser la procédure formelle en avance de phase mais uniquement d'anticiper sur les échanges qui auront lieu dans ce cadre.

18. La procédure de pré-notification devrait être d'autant plus courte qu'à l'inverse du contrôle des concentrations, la procédure formelle d'examen en matière d'aides d'Etat n'est encadrée par aucun délai strict. Il n'existe donc aucune raison de retarder indûment la notification formelle (même s'il pourrait être particulièrement opportun que la Commission s'engage sur des délais plus restreints pour la durée des procédures formelles d'examen, comme indiqué *infra*).

4 PROCEDURE FORMELLE D'EXAMEN

19. Ainsi qu'évoqué *supra*, les délais applicables à la procédure formelle d'examen sont, juridiquement parlant, particulièrement longs et uniquement indicatifs. Dans le code de bonnes pratiques, la Commission s'est engagée à un délai indicatif d'adoption de la décision 4 mois au plus tard après la communication des dernières informations.

20. Un tel délai est en pratique dénué de toute portée. Par sa nature même, la Commission est censée recevoir des informations jusqu'au terme de la procédure, c'est-à-dire, jusqu'à quelques jours avant l'adoption de sa décision finale. Au cours de la finalisation de la rédaction de celle-ci, et en fonction des échanges avec les autres services de la Commission, la DG Concurrence est en effet amenée à demander des informations très tardivement au cours de la procédure formelle, par exemple lorsqu'il s'agit de finaliser des mesures compensatoires dans le cadre d'une aide à la restructuration. Le délai prévu en l'état peut ainsi ne jamais véritablement courir. Il est à tout le moins quasi-impossible de se fonder sur ce délai pour tenter de prédire la durée d'une procédure d'aide d'Etat.

21. Pour améliorer la prévisibilité de ce délai, il devrait courir à compter d'un évènement précisément identifiable – comme par exemple, la notification à l'Etat concerné de la décision d'ouverture de procédure formelle, ou la publication au journal officiel de celle-ci. Un délai même indicatif de quatre mois à compter de la notification à l'Etat membre concerné de la décision d'ouverture de procédure (peu ou prou équivalent aux 125 jours ouvrés de la procédure d'examen approfondi en application du Règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations) semble un peu court en raison des délais inhérents à la publication de la décision et aux commentaires des tiers. En revanche, un délai de 6 mois à compter de la notification de la décision d'ouverture de procédure semblerait raisonnable. Ce le serait d'autant plus que n'étant juridiquement contrainte par aucun délai ferme, la Commission pourrait introduire une clause de flexibilité pour tenir compte par exemple de changements exceptionnels de circonstances pour suspendre ou allonger le délai.

22. Outre renforcer la prévisibilité des procédures d'aides d'Etat, cela permettrait d'influer une plus grande dynamique aux échanges de la procédure formelle et ainsi inciter les entreprises à être pleinement mobilisée sur de telles procédures.

23. Enfin, il serait certainement utile de prévoir, à plusieurs moments clés de la procédure, des réunions « *state of play* » à l'image de ce qui existe en matière de procédures de contrôle des concentrations et de procédures antitrust de façon à pouvoir avoir un retour régulier sur l'état d'avancement des analyses de la Commission.

5 PLANIFICATION AMIABLE

24. Les membres du groupe de travail n'ont pas été impliqués dans des procédures d'aides d'Etat dans lesquelles une planification amiable a été mise en œuvre – à tout le moins pas selon la procédure formelle telle que décrite dans le code de bonnes pratiques. Dans les principaux dossiers dans lesquels ils ont été impliqués, ils ont en revanche été amenés à évoquer la question du calendrier du déroulement de la procédure avec la Commission, soit dès le début de la procédure, soit à un stade ultérieur. Ces échanges ont généralement été extrêmement précieux pour permettre à la Commission d'appréhender pleinement les contraintes qui pèsent sur les entreprises. Ces calendriers ont pu être respectés, tant du côté des entreprises que de la Commission. A l'inverse, dans certaines procédures où aucun échange n'a eu lieu sur le calendrier, la Commission a pu, dans certains cas, se prononcer dans des délais pouvant être qualifiés d'extrêmement longs.

25. Le principe d'une planification amiable doit donc être maintenu, voire renforcé – tout en maintenant une nécessaire flexibilité et une capacité à l'adapter en fonction du déroulement de la procédure. Les éléments suivants peuvent, dans ce cadre, être pertinents.

26. *Premièrement*, il est évidemment crucial que le dispensateur et le bénéficiaire de l'aide d'Etat soient pleinement associés à la détermination de ce calendrier de procédure. Les procédures d'aides d'Etat peuvent en effet s'avérer particulièrement longues, de sorte qu'il est indispensable qu'elles soient articulées autour des contraintes à la fois du dispensateur et du bénéficiaire. En retour, ceux-ci doivent pouvoir anticiper la durée des procédures et, dans la mesure du possible, organiser leurs contraintes en fonction. A titre d'exemple, s'agissant d'aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté, il est évident que la durée de la procédure doit être parfaitement articulée avec les contraintes qui s'impose au bénéficiaire dont la survie est en jeu : la capacité à convaincre ses créanciers de s'associer à une restructuration ou à

anticiper ses besoins de liquidités va bien entendu dépendre, dans une très grande mesure, du calendrier de la procédure au terme de laquelle l'intervention de l'Etat doit assurer son retour à la viabilité.

27. *Deuxièmement*, la planification amiable pourrait utilement expliciter au mieux les délais internes de la Commission. Si les grandes étapes procédurales d'une procédure d'examen formel sont relativement balisées (décision d'ouverture de procédure, publication d'une version non-confidentielle, observations de l'Etat membre, observations des parties intéressées, commentaires de l'Etat), les dernières étapes (début de la consultation interservices, en particulier du service juridique, réunion du Collège lors de laquelle le projet de décision sera présentée, ou capacité à obtenir une signature en dehors de toute réunion du Collège) ne sont généralement pas transparentes. Ceci complique la capacité des entreprises à anticiper les délais avant l'adoption de la décision de la Commission, dans une phase qui est souvent cruciale pour les entreprises.

28. *Troisièmement*, la procédure de planification amiable n'a de sens que pour autant qu'elle permette une progression ordonnée de la procédure. Il est en effet difficilement compatible avec l'idée d'une planification qu'un point agréé entre, d'une part, les services de la DG Concurrence, l'Etat membre concerné et, d'autre part, les dispensateur et bénéficiaire de l'aide soit remis en cause ultérieurement, lorsqu'une autre direction générale ou le service juridique de la Commission en prend connaissance en toute fin de procédure.

29. De ce point de vue, et sans préjuger de la décision que le Collège de la Commission pourrait adopter, il serait utile que les principaux points de fond structurant l'analyse de la Commission et le déroulement de la procédure fassent l'objet de notes blanches, agréés entre les services de la DG Concurrence, l'Etat, le bénéficiaire et le dispensateur de l'aide à chaque grande étape de la procédure (*e.g.*, une fois qu'un accord est trouvé sur la qualification d'un mesure, sur le régime applicable, ou sur les éléments de preuve à rapporter pour que telle ou telle condition de fond soit remplie). Ces notes blanches pourraient être adressés au fil de l'eau aux autres directions de la Commission (ou, à tout le moins, à celles qui sont le plus concernées : service juridique, DG ENR, DG Move, etc. en fonction des dossiers). *In fine*, une telle proposition ne revient qu'à anticiper partiellement sur la procédure de consultation interservices de fin de procédure, de manière à augmenter significativement la prévisibilité des procédures de contrôle des aides d'Etat – en particulier dans les affaires les plus complexes ou innovantes.

6 PLAINTES

30. Un certain manque de transparence peut être regrettable pour le plaignant qui ne sait pas quand une aide d'Etat est notifiée (sa publication n'intervient qu'une fois que la Commission décide d'ouvrir la procédure formelle d'examen).

31. Un mécanisme similaire à ce que la Commission fait en matière de contrôle des concentrations (publication sur son site Internet de la section 1.2 du Formulaire CO) pourrait permettre d'accroître la transparence des procédures et de permettre aux tiers intéressés de saisir la Commission au moment opportun.

32. De plus, les indications qui sont données dans code de bonnes pratiques, notamment en ce qui concerne les délais, ne sont pas toujours suivies par la Commission.

7 NOUVEAUX SUJETS A ABORDER – RENFORCER LA COORDINATION

33. En l'état, le code de bonnes pratiques ne contient aucune indication sur les échanges avec la Commission dans un certain nombre de circonstances, qui devraient donc faire l'objet de développements spécifiques dans la nouvelle version du code.

34. *Premièrement*, le code de bonnes pratiques pourrait décrire le fonctionnement d'une procédure informelle qui permettrait d'obtenir un confort écrit de la part de la Commission (ou de ses services) dans des cas où des questions relatives à l'existence d'une aide d'Etat peuvent se poser. Certes, la possibilité de notifier une mesure pour obtenir une décision déclarant l'absence d'aide existe. Mais une procédure plus flexible, au terme de laquelle la Commission émettrait simplement une lettre de confort serait d'une utilité particulière. Par exemple, dans certains cas, une entreprise publique peut faire face à un choix quant à la structure d'une opération d'acquisition ou de vente. Obtenir une lettre de confort de la Commission envisageant plusieurs options et indiquant les conditions auxquelles elle devrait considérer que l'opération n'entraîne pas d'élément d'aides d'Etat pourrait être de nature à (*i*) aider l'entreprise à prendre les décisions utiles ; (*ii*) rationaliser l'action de la Commission, en évitant des procédures d'aides si les entreprises s'engagent dans une voie qu'elle considère comme entraînant l'octroi d'aides d'Etat. Dans d'autres circonstances, des tiers ont besoin d'être rassurés sur l'existence d'une aide ou non (*e.g.*, des banques prêtant à une entreprise bénéficiaire d'une aide d'Etat au sauvetage ou à la restructuration). Le code de bonnes pratiques pourrait alors expliciter les conditions dans lesquelles la Commission jugera opportun d'avoir recours à de telles lettres de confort, dans quels délais et selon quelle procédure.

35. *Deuxièmement*, les décisions de la Commission peuvent parfois requérir des clarifications ou une interprétation. Dans de telles circonstances, il serait précieux que le code de bonnes pratiques explicite, de la même manière, les conditions dans lesquelles elle pourrait accepter de clarifier sa position *via* une lettre de confort, sans nécessité une demande de *corrigendum* de la décision en cause.

36. *Troisièmement*, une plus grande implication du *Chief Economist* dans les procédures d'aides d'Etat pourrait être utile[2]. La modernisation du codes de bonnes pratiques pourrait être l'occasion de clarifier son rôle ainsi que les conditions et le timing de son intervention, ce qui pourrait également être anticipé entre toutes les parties prenantes dans le cadre des échanges sur la planification amiable.

37. *Quatrièmement*, ainsi que la Commission le souligne dans son document de consultation publique, l'entrée en vigueur du nouveau règlement de procédure a mis de nouveaux outils à sa disposition (demandes d'intervention devant les juridictions nationales en tant qu'*amicus curiae*, contrôles sur place en cas de soupçons d'aide mise en œuvre de manière abusive, demandes d'informations adressées directement à des opérateurs économiques, etc.). Pour chacun de ces nouveaux outils, il serait opportun que la Commission puisse en détailler les conditions de mise en œuvre dans le code de bonnes pratiques, et en particulier pour expliquer dans quelles conditions elle considère qu'il pourrait être opportun d'intervenir, de quelle manière et dans quels délais.

38. *Cinquièmement*, le code de bonnes pratiques ne donne aucune indication sur la manière de contacter la Commission pour toutes les difficultés liées à la récupération. Rien n'est dit sur l'équipe qui est en charge, sur les délais dans lesquels la Commission peut examiner des demandes de la part de l'Etat (alors qu'en parallèle, les Etats sont tenus de récupérer immédiatement et en tout état de cause dans un délai en principe de 4 mois), ni sur l'implication du dispensateur ou du bénéficiaire de l'aide dans ce cadre (lesquels ont cependant une légitimité toute particulière à intervenir).

***

[2] Son intervention pourrait aider la Commission pour l'examen de critères tels que la distorsion de concurrence, ou pour construire un scenario contrefactuel démontrant la nécessité d'une mesure d'aide ou son effet incitatif.