OBSERVATIONS DE L'ASAÉ EN RÉPONSE À LA CONSULTATION EUROPÉNNE SUR LA RÉVISION DU CODE DE BONNES PRATIQUES POUR LA CONDUITE DES PROCÉDURES EN MATIÈRE D'AIDES D'ÉTAT

L'Association pour le Suivi des Aides d'État (« ASAÉ ») a été créée en janvier 2016 avec pour objectif premier de renforcer la dimension juridique dans le droit des aides d'état. L'ASAÉ se donne deux missions principales : d'une part, une mission de diffusion des informations pour une meilleure maîtrise de la matière dans les secteurs concernés et, d'autre part, une mission de lobbyisme auprès des autorités publiques et privées nationales et auprès des autorités européennes à Bruxelles. L'objectif à moyen terme de l'ASAÉ est de permettre aux acteurs économiques français de maitriser ce droit de façon à réduire le nombre de contentieux et de limiter – voire supprimer – la perte de compétitivité des acteurs français par rapport aux autres acteurs européens.

Les procédures en matière d'aides d'État sont actuellement encadrées par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE ») et par un règlement de procédure remanié en 2015, le Règlement (UE) n° 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du TFUE[1] (« le Règlement de procédure »). Leur mise en œuvre fait également l'objet d'un code de bonnes pratiques pour la conduite des procédures en matière d'aides d'État[2] adopté par la Commission européenne en 2009 (« le Code »).

Si ce Code n'a pas de valeur juridique contraignante, l'ASAÉ tient à souligner l'importance qu'elle y attache en tant qu'il participe de l'amélioration de la conduite des procédures en matière d'aides d'État, en particulier en renforçant leur prévisibilité et leur transparence.

Les présentes observations visent à faire un état des lieux de l'application des règles de procédure en matière d'aides d'État et à proposer un certain nombre d'améliorations. Comme il sera développé ci-après, il pourrait notamment être envisagé que la Commission s'engage, dans le cadre de ce Code, à encadrer plus strictement les délais d'examen des aides d'État (1), précise le rôle et le statut des différents opérateurs économiques pouvant intervenir dans les procédures d'aides d'État (2) et enfin clarifie certaines étapes de son processus décisionnel interne dans l'analyse des dossiers d'aides d'Etat (3).

A titre liminaire, l'ASAÉ espère que la nouvelle version du Code pourra constituer un outil utile à toutes les parties. Elle observe cependant que le Code actuel est peu utilisé (il semble qu'il n'y soit presque jamais fait référence dans le cadre des procédures de notification ou de plainte) et que ses dispositions, notamment celles relatives aux délais, sont mal respectées.

L'ASAÉ suggère par ailleurs que la révision du Code soit l'occasion de parfaire les références aux textes cités (sous forme de liens ou de références détaillées).

[1] JOUE n° L 248 du 24 septembre 2015, p. 9.
[2] JOUE n° C 136 of 16 juin 2009, p. 13.

1. Délais d'examen et calendrier

L'ASAÉ insiste tout particulièrement sur la nécessité pour les Etats et les entreprises bénéficiaires d'obtenir une décision de la Commission dans un délai raisonnable. L'incertitude sur les délais nécessaires pour obtenir une décision de la Commission explique pour une large part la réticence des Etats à notifier certaines aides, dans un contexte où les projets d'investissement notamment requièrent des financements à la fois publics et privés. La question de la gestion du calendrier de procédure et des délais doit donc être traitée dans une optique d'acceptabilité de la procédure et de pédagogie.

A cet égard, il serait souhaitable de faire apparaitre plus clairement que le point de départ des délais évoqués dans le Code court à compter de la réception par la Commission des informations données par les Etats. En pratique, dès lors que les entités dispensatrices de l'aide ne ressortent pas nécessairement de l'Etat central, il peut exister un décalage important entre le moment où les informations sont transmises par l'entité dispensatrice et celui où les informations sont effectivement reçues par la Commission. Même s'il ne relève pas directement de la Commission, ce décalage entre l'affichage de délais relativement courts dans les documents publiés et la réalité vécue par les entités dispensatrices ou bénéficiaires de l'aide est source de confusion et de déception.

L'ASAÉ souhaite par ailleurs souligner que la phase de pré-notification ne devrait pas être détournée de son objet, à savoir déterminer le niveau de détail des informations à fournir pour permettre à la Commission d'instruire efficacement le dossier. 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, une part très importante 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.

Il paraît donc 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).

Dans ce cadre, la Commission devrait également s'engager à maintenir la phase de pré-notification dans des délais aussi courts que possible, et en tout état de cause, inférieurs à [2] mois. L'expérience des membres de l'ASAÉ est que ce délai est rarement respecté, de même que l'organisation du premier contact de pré-notification dans le délai de 15 jours à compter de la réception du formulaire de notification visé au point 13 du Code.

Enfin, l'ASAÉ insiste pour que la phase de notification, dans le cadre de l'examen préliminaire des mesures notifiées, ne dépasse pas le délai de deux mois visé dans le Code, dès lors qu'une prénotification aura été effectuée. Ce délai de deux mois devrait être apprécié de manière stricte : l'ASAÉ rappelle qu'à ce stade de la procédure, les entités dispensatrices et bénéficiaires de l'aide ont besoin de s'appuyer sur un calendrier précis en raison de contraintes externes telles que le principe de l'annualité budgétaire applicable à différentes entités de l'Etat, les délais de convocation des organes compétents pour décider du versement des fonds ou la coordination avec des banques qui introduisent de plus en plus fréquemment dans leurs contrats de prêt une condition suspensive tenant à l'obtention de la décision de la Commission.

2. Le rôle et le statut des différents opérateurs économiques pouvant intervenir dans les procédures d'aides d'État : dispensateurs, bénéficiaires et concurrents affectés par une aide (ou autres plaignants)

L'ASAÉ considère qu'il est important que le Code précise le rôle et le statut des différents opérateurs économiques pouvant intervenir dans les procédures d'aides d'État - dispensateurs, bénéficiaires, concurrents affectés par une aide (ou autres plaignants) -, afin que ceux-ci soient pleinement associés aux différentes procédures : notifications, procédures formelles d'examen ou procédure dite de « mesures utiles ».

En effet, si la modification récente du Règlement de procédure a permis à la Commission européenne de s'adresser directement à ces opérateurs dans le cadre de l'élargissement de ses pouvoirs d'investigation en matière d'aides d'Etat, leur rôle et leur statut ne font l'objet que de peu de précisions dans les textes applicables et dans le Code.

Or, une plus étroite association de ces acteurs aux procédures d'examen des aides serait de nature à contribuer à la meilleure appréhension par ces opérateurs des règles en matière d'aides d'État et à leur plus grande « acceptabilité ». En outre, l'association de ces opérateurs aux procédures de contrôle des aides permettrait à ces règles procédurales de se rapprocher des règles de procédure en matière d'anti-trust et de contrôle des concentrations qui prévoient pleinement l'intervention de ces opérateurs au cours de la procédure.

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

L'ASAÉ considère que la Commission européenne devrait encourager les États membres à associer à toutes les étapes de la procédure de notification à la fois les bénéficiaires des aides et les entités publiques dispensatrices impliquées dans la mesure ou le régime d'aide notifié (lorsqu'elles sont différentes de l'Etat notifiant).

En premier lieu, **il pourrait être envisagé de conseiller aux États membres de porter à la connaissance de toutes les entités impliquées dans la mesure ou le régime d'aide notifiés un <u>calendrier prévisionnel d'examen des aides par la Commission européenne dès le démarrage des premiers contacts avec la Commission</u>** : bénéficiaire de l'aide, dispensateur, et même autorité nationale intervenant dans le processus législatif ou réglementaire de mise en œuvre de la mesure.

Une telle communication contribuerait à une meilleure appréhension de la procédure par ces opérateurs et à l'« acceptabilité » d'une procédure souvent considérée comme trop longue et peu transparente au regard des impératifs économiques du marché.

En deuxième lieu, alors que les textes applicables envisagent la notification comme une « discussion » bilatérale entre, d'une part, la Commission européenne et, d'autre part, l'État membre notifiant, le Code pourrait prévoir <u>l'implication concrète</u> des bénéficiaires et les entités dispensatrices autres que l'État notifiant à la procédure de notification.

L'ASAÉ considère en effet que l'association des bénéficiaires et entités dispensatrices à la procédure de notification des aides pourrait permettre à ces opérateurs de bien comprendre les enjeux des modalités d'examen des aides par la Commission européenne. En outre, le traitement des dossiers pourrait être accéléré grâce à une meilleure association des bénéficiaires et entités dispensatrices aux procédures et ce dès la pré-notification.

Aujourd'hui, il n'existe pas de base légale permettant à la Commission européenne de s'adresser directement aux entreprises concernées par la mesure d'aide, sauf pour ce qui concerne les procédures formelles d'examen ouvertes sur le fondement de l'article 108, paragraphe 2, du TFUE[3].

Dans ces conditions, le Code, en tant qu'instrument juridiquement non contraignant, pourrait inviter les États membres à associer le plus étroitement possible les bénéficiaires et/ou entités dispensatrices notamment en prévoyant **la possibilité pour la Commission européenne de s'adresser directement aux bénéficiaires des aides et/ou entités dispensatrices et/ou tiers intéressés, avec l'accord de l'État membre concerné, afin de recueillir plus rapidement les informations nécessaires à l'examen du dossier**.

2.2 S'agissant de la procédure d'examen contradictoire des aides d'État (article 108, paragraphe 2, du TFUE)

Si la procédure d'examen contradictoire des aides d'État peut être ouverte à la suite de la notification d'une aide, force est de constater que cette procédure concerne, en pratique, assez majoritairement des aides illégales non notifiées à la Commission européenne dont celle-ci est saisie soit à la suite d'une plainte, soit *ex officio*.

Il pourrait être envisagé d'insérer dans le Code certaines bonnes pratiques visant à associer à la procédure d'examen contradictoire des aides d'État les bénéficiaires de ces aides, les tiers intéressés et les entités publiques dispensatrices impliquées dans la mesure.

Tout d'abord, ni le TFUE ni le Règlement de procédure ne contienne de dispositions obligeant la Commission européenne ou les États membres à informer directement les tiers au sens large de l'ouverture d'une procédure d'examen contradictoire dès l'adoption de la décision. La publication au JOUE du résumé de la lettre d'ouverture de procédure intervient généralement, compte tenu des délais de traduction, avec un décalage de plusieurs mois.

Même s'il n'est pas juridiquement contraignant, le Code pourrait pallier cette lacune.

L'ASAÉ est parfaitement consciente de la jurisprudence de la CJUE selon laquelle le principe du contradictoire ne s'exerce que vis-à-vis de l'État membre dans les procédures formelles d'examen[4], le bénéficiaire ne pouvant pas être considéré comme une véritable « partie » à la procédure d'examen d'une aide[5] et ne pouvant donc prétendre à un débat contradictoire avec la Commission européenne[6].

---

[3] Considérant n° 11 et article 7, paragraphe 2, point b), du Règlement de procédure.
[4] TUE, 16 décembre 2010, *Pays-Bas c/ Commission*, T-231/10.
[5] TPICE, 11 mai 2005, *Saxonia Delmetalle*, T-111/01, § 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

La réforme du Règlement de procédure n'a pas fait évoluer cet état du droit. Cela étant, là encore, il est difficilement acceptable que les droits procéduraux des « entreprises concernées » en matière d'aides d'Etat ne soient pas un minimum alignés sur ceux dont elles bénéficient dans le cadre des autres procédures mises en œuvre au titre de la politique de concurrence (contrôle des concentrations, antitrust).

En outre, l'on peut s'interroger sur la pérennité de la jurisprudence de la CJUE en la matière compte tenu des recours actuellement pendants et soulevant ces questions. Dans la mesure où la CJUE admet que la Charte des droits fondamentaux doit être interprétée en cohérence avec la Convention Européenne et de Sauvegarde des Droits de l'Homme, elle devra nécessairement être amenée à faire évoluer sa jurisprudence sur ces questions.

Le Code n'est pas un acte juridique normatif permettant d'imposer une modification du droit positif en la matière. Cela étant, il pourrait être envisagé d'**introduire dans le Code la possibilité pour le bénéficiaire de l'aide mise en cause dans le cadre de procédures formelles d'examen, sur accord préalable de la Commission et de l'Etat membre concerné, d'accéder au dossier.**

L'ASAÉ souhaiterait enfin attirer l'attention de la Commission sur le délai parfois excessivement long (plus d'un an) entre la date de l'adoption de la décision finale et la date de sa publication au JOUE. Ce délai engendre une insécurité juridique pour le bénéficiaire de l'aide et retarde la possibilité pour ce dernier et ses concurrents d'introduire rapidement un recours afin d'obtenir un jugement définitif. Il compromet également les possibilités de récupération de l'aide en retardant l'instruction de l'affaire auprès du Tribunal ou de la Cour lorsque son incompatibilité est confirmée plusieurs années après l'adoption de la décision par la Commission. L'ASAÉ est parfaitement consciente des problématiques concrètes de traductions auxquelles est confrontée la Commission. Elle souhaiterait néanmoins que le Code invite la Commission à veiller à une publication plus rapide de ses décisions finales.

2.3 S'agissant de la procédure dite des « mesures utiles » (article 108, paragraphe 1, du TFUE et articles 21 et suivants du règlement de procédure)

A l'heure actuelle, le Code ne traite pas des procédures dites de « mesures utiles ». Sa révision pourrait être l'occasion de préciser les conditions dans lesquelles la Commission européenne traite ces dossiers, procédure qui demeure assez méconnue notamment pour les entités potentiellement impliquées dans ces mesures et en particulier les bénéficiaires.

En effet, alors qu'une telle procédure peut être engagée de longue date par la Commission européenne, les bénéficiaires ne sont bien souvent informés de son existence et de son contenu que lorsque l'État membre refuse les mesures utiles que la Commission européenne a proposées et que celle-ci ouvre une procédure formelle d'examen qui est alors publiée au JOUE (cf. par exemple la décision de la Commission européenne du 8 juillet 2016 concernant la taxation des ports en France du 21 janvier 2016, SA.38398).

2005, 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 ».*

[6] CJCE, *Falk c/ Commission*, 24 septembre 2002, C-74/00 P et C-75/00 P, § 82 : les entreprises bénéficiaires ne peuvent prétendre mener un débat contradictoire avec la Commission européenne.

Le Code pourrait prévoir deux modalités d'information des bénéficiaires :

- D'une part, il pourrait préciser que constitue une « bonne pratique » pour l'État membre le fait d'informer les bénéficiaires de l'ouverture de cette procédure par la Commission européenne dès son démarrage et inviter la Commission européenne à mettre en place un calendrier d'examen qui serait transmis à l'État membre et aux entités impliquées (bénéficiaires - dispensateurs) ;

- D'autre part, le Code pourrait prévoir que la Commission européenne publie en ligne le contenu intégral de la proposition de mesures utiles de la Commission européenne, ce qui n'est pas toujours fait ou l'est tardivement.

3. Processus décisionnel interne à la Commission

Selon le paragraphe 8 du code des bonnes pratiques relatif aux procédures décisionnelles internes, la Commission est déterminée à rationaliser, améliorer, optimiser son processus décisionnel interne afin de contribuer à un raccourcissement global des procédures.

L'ASAÉ considère que cet objectif d'optimisation des procédures d'aides d'État, passe par une **communication étroite et continue entre les États membres et la Commission**.

En effet, pour les bénéficiaires des aides mais également pour les autorités publiques qui les octroient, le manque de visibilité sur le calendrier de la procédure, l'incertitude sur les éléments d'information à produire, complexifient inutilement les procédures et ne contribuent pas à leur raccourcissement.

Les praticiens des aides d'État et les bénéficiaires ont besoin de savoir le plus en amont possible de la procédure de quelles informations la Commission a précisément besoin et dans quel délai, elle sera en mesure de se prononcer.

De la connaissance rapide de ces éléments dépendent de plus en plus les participations des établissements financiers privés au financement de projets portés par les autorités publiques.

Par conséquent, l'ASAÉ souhaiterait que la Commission prenne en considération les propositions suivantes :

1. En phase de prénotification, dans les deux semaines qui suivent la réception du projet, il serait utile que **la Commission énumère les informations dont elle a besoin, notamment celles qui ne peuvent être obtenues qu'à l'issue d'études économiques et /ou d'analyses de marché**. En raison de leur coût financier élevé et des délais de réalisation de ces travaux, les autorités publiques doivent être en mesure de les anticiper, afin de présenter à la Commission les seules informations pertinentes et utiles à l'instruction. La pratique décisionnelle de la Commission démontre en effet que ses exigences dans ce domaine sont variables d'un cas à l'autre.

2. L'ASAÉ préconise également une **intervention du service juridique de la Commission en amont de la procédure, i.e avant la phase de consultation interservices**, contrairement à ce qui est le cas actuellement. Les conclusions préliminaires de la DG COMP qui clôturent la phase de prénotification, pourraient lui être transmises notamment s'agissant des cas les plus complexes. Dans certaines affaires et malgré le passage par la phase de prénotification, la

notification formelle a donné lieu, lors de la consultation interservices, à un changement d'interprétation, entraînant des demandes supplémentaires d'informations qui auraient pu être obtenues et analysées bien plus en amont de la procédure d'instruction. Cette situation, source d'incompréhension de la part du bénéficiaire de l'aide et/ou de l'autorité publique qui l'octroie, allonge excessivement les délais d'instruction et engendre une insécurité juridique susceptible de compromettre le financement et la réalisation d'un projet.

3. L'ASAÉ souhaiterait que **la DG COMP informe dans les meilleurs délais l'Etat membre lorsqu'elle transmet un dossier de prénotification / notification à la DG Mare ou Agri, également en charge du contrôle des aides d'Etat**. Ce transfert implique dans la plupart des cas un changement de base légale qui nécessite une nouvelle analyse juridique de la part de l'Etat membre. Afin d'éviter à nouveau un allongement des délais d'instruction, l'Etat membre doit en être informé au plus tôt.

4. L'ASAÉ demande à la DG COMP **de mobiliser les ressources humaines nécessaires pour que l'instruction des cas relevant des autorités françaises soit conduite en français avec des interlocuteurs francophones.** Le Français étant l'une des langues de travail officielles de la Commission, l'absence et/ou l'insuffisance de rédacteurs francophones ne peuvent constituer des prétextes pour justifier un allongement excessif des délais d'instruction.