



**HAL**  
open science

# Le standard de l'opérateur privé en économie de marché

Amaury Cravarezza

► **To cite this version:**

Amaury Cravarezza. Le standard de l'opérateur privé en économie de marché. Droit. 2015. dumas-04129392

**HAL Id: dumas-04129392**

**<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-04129392v1>**

Submitted on 15 Jun 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License



# LE STANDARD DE L'OPÉRATEUR PRIVÉ EN ÉCONOMIE DE MARCHÉ

Amaury Cravarezza

Mémoire de Master 2 recherche Droit européen des affaires

*Sous la direction de Michaël Karpenschif  
Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3  
Directeur du Centre d'Études Européennes*

N° 7

Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit  
Équipe de Droit International Européen et Comparé – EA n° 4185  
Lyon – 2015

**Le présent ouvrage peut être utilisé, par de courtes citations, pour un usage personnel et non destiné à des fins commerciales.**

**Il doit être cité comme suit :**

**Cravarezza (Amaury).** – *Le standard de l'opérateur privé en économie de marché.* – Mémoire de Master 2 recherche Droit européen des affaires / sous la direction du Professeur Michaël Karpenschif. – Lyon : Équipe de Droit International, Européen et Comparé, 2015. – 94 p. – (Les Mémoires de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé : n° 7). – Document disponible sur le site web de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé, à l'adresse : <http://ediec.univ-lyon3.fr/publications>.

ISSN : 2778-2441

**Directrice de publication :** Frédérique Ferrand, Professeur des universités, Agrégée de droit privé, Directrice de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé

**Responsable d'édition :** Véronique Gervasoni, Responsable administrative de l'EDIEC

**Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit**

**Équipe de droit international, européen et comparé – EDIEC, EA n° 4185**

15 quai Claude Bernard, BP 0638, 69239 Lyon Cedex 02

BP 0638 – 69239 Lyon Cedex 02 – Tél. : ++ 00 / 33 478 787 251

Courriel : [ediec@univ-lyon3.fr](mailto:ediec@univ-lyon3.fr) – Web : <http://ediec.univ-lyon3.fr>



# LE STANDARD DE L'OPÉRATEUR PRIVÉ EN ÉCONOMIE DE MARCHÉ

Amaury Cravarezza

Mémoire de Master 2 recherche Droit européen des affaires

*Sous la direction de Michaël Karpenschif  
Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3  
Directeur du Centre d'Études Européennes*

N° 7

Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit  
Équipe de Droit International Européen et Comparé – EA n° 4185  
Lyon – 2015



## REMERCIEMENTS

Je remercie le Professeur Karpenschif pour avoir accepté de diriger ce mémoire.

Je remercie Hugo Develly pour son aide matérielle indispensable et Étienne Durand pour ses conseils éclairés.

Enfin, je remercie Arnaud Bonisoli et Camille Rapoport pour leur relecture.



## SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE – UNE NOTION INDÉTERMINÉE PRODUITE ET ENCADRÉE PAR LE DROIT DES AIDES D'ÉTAT

CHAPITRE 1 – L'INDETERMINATION *A PRIORI*

CHAPITRE 2 – UNE DÉTERMINATION PARTIELLE *A POSTERIORI*

DEUXIÈME PARTIE – UNE INDÉTERMINATION BOULEVERSANT LE DROIT DES AIDES D'ÉTAT

CHAPITRE 1 – UNE INDÉTERMINATION AFFECTANT LA NOTION D'AIDE D'ÉTAT

CHAPITRE 2 – UNE INDÉTERMINATION MODIFIANT L'ÉQUILIBRE INSTITUTIONNEL DU CONTRÔLE DES AIDES D'ÉTAT





## INTRODUCTION

« L'État recapitalisera Areva en investisseur avisé »<sup>1</sup>. Voici les termes choisis le 3 juin 2015 par l'Élysée pour annoncer la décision prise par le gouvernement de procéder à une recapitalisation d'Areva afin de compenser un déficit de cinq milliards d'euros sur l'année 2014. Les mots choisis ne sont pas sans faire écho à ceux qui avaient été utilisés dix ans auparavant pour annoncer le rachat d'Alstom. Le ministre de l'Économie de l'époque avait lui aussi souligné que, dans cette opération, l'État s'était comporté en « investisseur avisé »<sup>2</sup>. L'utilisation récurrente de tels termes depuis une décennie trouve son origine dans l'existence d'une contrainte juridique commune à ces deux opérations. Cette contrainte émane d'un élément de définition de la notion d'aide d'État au sens de l'article 107§1 TFUE : le critère de l'opérateur privé en économie de marché, aussi appelé dans certains contextes critère de l'investisseur avisé en économie de marché.

Les traités instituant les communautés européennes et l'Union européenne ont instauré un mécanisme européen de contrôle des aides accordées par les États aux entreprises. Ce mécanisme existe depuis le Traité de Paris de 1951 fondant la Communauté européenne du charbon et de l'acier. Ce n'est toutefois qu'avec le Traité de Rome de 1957, créant la Communauté économique européenne qu'il a acquis la structure qui demeure la même aujourd'hui. Tous les traités ayant succédé au Traité de Rome ont inclus un principe général d'interdiction des aides d'État aux entreprises (art. 92§1 TCEE, 87§1 TCE, 107§1 TFUE). Ce principe d'interdiction connaît des exceptions pouvant amener à déclarer les aides « compatibles avec le marché intérieur » dans certains cas énumérés (art. 92§2 et §3 TCEE ; 87§2 et §3 TCE ; 107§2 et §3 TFUE). Cette compatibilité ne peut toutefois être constatée que par la Commission, à laquelle les États membres doivent notifier les aides qu'ils entendent instaurer avant de les mettre en œuvre<sup>3</sup> (art. 93§3 TCEE, 88§3 TCE, 108§3 TFUE). Toute aide versée par un État avant la décision de la Commission, même si cette aide s'avère remplir les conditions de fond pour être déclarée compatible, est jugée illégale et contraire au droit de l'Union. Le droit européen<sup>4</sup> instaure ainsi un véritable régime d'autorisation préalable des aides d'États.

Ce régime juridique très strict repose toutefois sur une notion ne faisant l'objet d'aucune définition textuelle. L'article 107§1 TFUE (dont le texte est inchangé depuis 1957) se contente d'énoncer : « Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

---

<sup>1</sup> Areva : l'État favorable à la cession des réacteurs nucléaires à EDF, *La Tribune*, 3 juin 2015, disponible sur : <http://www.latribune.fr/entreprises-finance/industrie/energie-environnement/areva-l-etat-favorable-a-la-cession-des-reacteurs-nucleaires-a-edf-481231.html>, consulté le 24/07/2015.

<sup>2</sup> Karl de Meyers, Nicolas Sarkozy sonde Mario Monti sur la meilleure manière de sauver Alstom, *Les Échos*, 3 mai 2005, disponible sur : <http://www.lesechos.fr/03/05/2004/LesEchos/19150-113-ECH-nicolas-sarkozy-sonde-mario-monti-sur-la-meilleure-maniere-de-sauver-alstom.htm>, consulté le 24/07/2015.

<sup>3</sup> Cette obligation de notification connaît elle-même certaines exceptions. La Commission a adopté des règlements d'exemption de l'obligation de notification pour certains types d'aides, par exemple les aides à destination d'une entreprise ne dépassant pas 200 000 euros sur trois ans.

<sup>4</sup> Lorsque nous parlerons de « droit européen », d'« institutions européennes » ou encore de « système européen », l'adjectif « européen » signifiera toujours « de l'Union européenne ». Les autres organisations institutionnelles européennes et le droit qu'elles produisent, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme notamment, ne seront pas évoqués dans ce mémoire.

Les institutions de l'Union ont donc dû préciser le champ d'application de la notion d'aide d'État en en faisant progressivement émerger une définition. Celle-ci est aujourd'hui résumée par la présence de quatre éléments cumulatifs :

- une origine étatique de la mesure, c'est-à-dire que celle-ci soit décidée par l'État et financée au moyen de ressources d'État. Le mot « État » inclut dans ce contexte toute les personnes publiques (l'État *stricto sensu* mais aussi les collectivités locales et les autres personnes publiques<sup>5</sup>) et toutes les personnes privées sur lesquelles elles exercent « une influence dominante »<sup>6</sup> ;
- l'octroi d'un avantage économique à une entreprise ;
- le caractère sélectif de cet avantage ;
- une affectation de la concurrence et des échanges entre États membres du fait de l'octroi de cet avantage.

Le critère de l'opérateur privé en économie de marché vient préciser la définition prétorienne de l'aide d'État et, plus spécifiquement, celle de l'avantage. Cette précision vient répondre un problème rencontré par les institutions de l'Union dans l'application de la notion d'aide aux opérations des organismes publics sur le marché. Selon l'interprétation que l'on donne du critère de l'avantage économique, toutes ces opérations sont susceptibles d'entrer dans le champ de la notion d'aide :

- elles sont décidées et financées par l'organisme public qui les réalise ;
- elles sont sélectives puisqu'elles concernent seulement la ou les entreprises choisies par l'organisme ;
- elles sont susceptibles de fausser la concurrence et les échanges entre États si l'opération en question leur octroie un avantage économique.

Par exemple, lorsqu'une collectivité publique achète des fournitures à une entreprise, l'achat est décidé et financé par la collectivité, il ne se fait pas auprès de toutes les entreprises fournissant ce bien. L'achat donne un avantage économique au fournisseur et est donc susceptible de fausser la concurrence. De même, lorsque l'État se livre à une opération financière, comme la recapitalisation d'Areva ou le rachat d'Alstom, cette mesure est décidée et financée par l'État, elle améliore la situation patrimoniale du seul bénéficiaire et est donc susceptible d'affecter la concurrence et les échanges.

Toutefois, inclure toutes les opérations des organismes publics sur le marché dans le champ d'application de la notion d'aide d'État aurait eu pour conséquence de les soumettre à un régime très strict d'encadrement qui, outre la charge de travail importante qu'il aurait donné à la Commission, aurait grandement limité la liberté économique des personnes publiques. La soumission de l'ensemble des actes marchands des collectivités publiques – actes nécessaires à l'existence de toute personne morale – à un régime d'autorisation préalable européen aurait octroyé un pouvoir immense aux institutions de l'Union. D'un point de vue juridique, cette solution apparaissait même contraire à l'article 345 TFUE qui proclame la neutralité des traités au regard du régime de propriété public ou privé en vigueur dans les États membres et permet donc l'existence d'un secteur économique public, lequel suppose

---

<sup>5</sup> CJCE, 14 nov. 1984, *Intermills c/ Comm.*, aff. C-323/82, *Rec.* 3809.

<sup>6</sup> Dir. 2006/111/CE de la Commission, du 16 nov. 2006, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, *JOCE L* 318/17 du 17 nov. 2006, art. 2.

nécessairement la possibilité pour les États d'investir dans les activités économiques. À l'inverse, exclure toutes les opérations de l'État sur le marché du champ d'application de la notion d'aide d'État aurait créé la possibilité pour les personnes publiques de contourner ce régime de contrôle en octroyant des avantages économiques affectant la concurrence sous la forme d'opérations d'achats ou de recapitalisations. La solution construite par les institutions de l'Union a donc consisté en l'établissement d'une ligne de partage entre les opérations sur le marché qui entrent dans le champ de la notion d'aide et celles qui n'y entrent pas.

L'intuition qui fonde cette ligne de partage est exprimée dès 1971 par la Commission, dans son second rapport sur la politique communautaire de concurrence, qui expose « qu'il n'y a pas lieu de se préoccuper de toutes les manifestations de ce qu'il est convenu d'appeler le capitalisme d'État. En effet, dans certains cas (...), *l'État assure normalement le rôle d'entrepreneur ou d'investisseur de capitaux à risques.* (...) Il en est autrement lorsque l'État se borne à prendre dans le capital de certaines entreprises des participations qui, par leur nature particulière (ex : durée, objet, conditions), indiquent clairement la volonté de l'État d'aider ces entreprises »<sup>7</sup>.

Cette solution n'a émergé cependant que très lentement en droit positif. Les investissements des États dans les entreprises ont constitué le premier type de comportement où une telle solution est apparue nécessaire. Dans les années 1970 et 1980, certaines entreprises manufacturières exerçant dans des secteurs industriels en déclin (sidérurgie, construction navale, céramique, textile) et employant de nombreux salariés bénéficiaient de recapitalisations répétées par les États membres qui leur permettaient ainsi de continuer leurs activités en dépit de toute perspective de rentabilité. La Commission a profité de ce contexte pour faire émerger sa ligne de partage entre les investissements qualifiables d'aide d'État et les autres. En 1981, dans le « code sidérurgie »<sup>8</sup>, elle précisait que : « La notion d'aide inclut (...) les éléments d'aide éventuellement contenus dans les mesures de financement prises par les États membres à l'égard des entreprises sidérurgiques qu'ils contrôlent directement ou indirectement et qui ne relèvent pas de l'apport du capital à risque selon la pratique normale des sociétés en économie de marché ».

En 1984, elle affirme dans sa communication sur *la participation des autorités publiques dans les capitaux des entreprises*<sup>9</sup> qu'elle généralisera cette définition de la notion d'aide d'État à l'ensemble des comportements couverts par l'article 92§1 CEE. Cette interprétation est confirmée par la CJCE en 1986 dans les arrêts *Meura* et *Boch II*<sup>10</sup>. Le critère s'est étendu ensuite progressivement à d'autres opérations marchandes des États : dans les arrêts *Van der Kooye* et surtout dans l'arrêt *SFEI*. Au début des années 2000, l'avocat général Léger pouvait alors se ranger derrière un avis majoritaire de la doctrine pour qualifier de « critère de l'opérateur privé en économie de marché » un ensemble d'expressions utilisées par la jurisprudence et par la pratique décisionnelle de la Commission. Toutes ces expressions visent en effet à mettre en œuvre une seule et même démarche.

---

<sup>7</sup> 2<sup>e</sup> Rapport sur la politique de concurrence, OPOCE, 1972, pt 124, souligné par nous.

<sup>8</sup> Décis. n° 2320/81/CECA de la Commission, du 7 août 1981, instituant des règles communautaires pour les aides à la sidérurgie, *JOCE* L 228 du 13 août 1981.

<sup>9</sup> *Bull. CE* n° 9-1984, p. 98-100.

<sup>10</sup> CJCE, 10 juill. 1986, *Belgique c/ Comm. (dit Meura)*, aff. C-234/84, *Rec.* 2263 et *Belgique c/ Comm. (dit Boch II)*, aff. C-40/85, *Rec.* 2321. La formule employée par la Cour est la même dans les deux arrêts : « En vue de vérifier si une telle mesure présente le caractère d'une aide étatique, il est pertinent d'appliquer le critère, indiqué dans la décision de la Commission et, d'ailleurs, non contesté par le gouvernement belge, qui est basé sur les possibilités pour l'entreprise d'obtenir les sommes en cause sur les marchés privés de capitaux ».

Cette solution juridique peut être décomposée en plusieurs éléments. La Cour de justice a isolé au sein de la notion d'aide d'État une composante qui est celle de l'avantage économique. Elle précise toutefois que cet avantage, s'il avait pu être obtenu par l'entreprise dans des conditions normales de marché, ne serait pas constitutif d'une aide d'État. C'est-à-dire qu'une nouvelle composante de la notion d'aide émerge : *l'avantage qui n'aurait pas pu être obtenu dans des conditions normales de marché*. On considère qu'un avantage aurait pu être obtenu dans des conditions normales de marché lorsque l'on peut appliquer à une mesure le *critère de l'opérateur privé en économie de marché*. L'application ou la non-application de ce critère passe par une opération intellectuelle (parfois appelée « test de l'opérateur privé en économie de marché »), qui consiste en la comparaison du comportement de l'État au *comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché*. En fonction du comportement examiné, l'opérateur privé en économie de marché dont il est question peut être « l'investisseur privé », « le créancier privé », « le vendeur privé », « l'acheteur privé », « le réassureur privé », etc. Trois objets juridiques distincts se trouvent ainsi étroitement liés : l'avantage qui aurait pu être obtenu dans des conditions normales de marché ; le critère de l'opérateur privé ; la notion de comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché.

Ainsi, lorsque l'État recapitalise Areva ou rachète Alstom, l'existence d'un avantage pour l'entreprise bénéficiaire est appréciée en comparant le comportement de l'État à celui qu'aurait normalement adopté un investisseur privé en économie de marché. Si le comportement de l'État est conforme au comportement normal de l'investisseur privé, le critère de l'opérateur privé est appliqué, l'avantage obtenu par le bénéficiaire l'est dans des conditions normales de marché et il n'y a donc pas d'aide d'État. En revanche si le comportement de l'État n'est pas conforme à celui qu'aurait adopté l'opérateur privé dans les mêmes conditions, l'entreprise bénéficiaire obtient alors un avantage qu'elle n'aurait pas eu dans des conditions normales de marché. Le cas échéant, le rachat ou la recapitalisation sont alors constitutives d'une aide d'État soumise au régime européen des aides.

On comprend alors que le critère de l'opérateur privé en économie de marché repose principalement sur la notion de « comportement normal de l'opérateur privé en économie de marché ». Le juriste peut éprouver un certain malaise face à celle-ci. Son contenu peut faire l'objet de nombreuses interprétations. Elle appelle des précisions par la mobilisation d'autres sources juridiques telles que des textes d'application ou des jurisprudences qui en préciseraient le contenu. Elle semble appartenir à la catégorie de notions juridiques pour lesquelles on a parlé d'« existentialisme juridique »<sup>11</sup> : des notions dont l'existence précède l'essence. En un mot, la notion de « comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché » est indéterminée.

L'indétermination de la notion a conduit une partie de la doctrine à qualifier ce critère de « standard juridique »<sup>12</sup>. À l'instar du comportement du « bon père de famille », celui de l'opérateur privé en économie de marché constitue un référentiel abstrait permettant de départager les comportements acceptables de ceux qui ne le sont pas. L'indétermination du contenu de la notion explique par ailleurs que le gouvernement a pu ressentir le besoin de préciser qu'il agissait en tant qu'investisseur avisé en recapitalisant Areva. Le comportement d'un investisseur avisé n'étant pas clairement identifiable *a priori*, affirmer que l'on a souhaité adopter un tel comportement peut aider à justifier ultérieurement que l'investisseur avisé

---

<sup>11</sup> B. Chenot, « L'existentialisme et le droit », *Revue française de science politique*, n° 3-1953, p. 57-68, disponible sur [http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rfsp\\_0035-2950\\_1953\\_num\\_3\\_1\\_452690](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rfsp_0035-2950_1953_num_3_1_452690), consulté le 27/07/2015.

<sup>12</sup> M. Karpenschif, L'investisseur privé en économie de marché, *Concurrences*, n° 3-2011.

aurait bien agi comme l'État l'a fait.

Il n'en demeure pas moins que l'usage d'une notion indéterminée pour délimiter le champ d'application de la notion d'aide d'État – dont on a dit les conséquences juridiques importantes qu'elle entraînait – est une construction juridique surprenante. Rompant avec les impératifs traditionnels de précision et de prévisibilité de la norme juridique, le critère peut sembler dangereux pour le bon fonctionnement du droit des aides d'État.

Aussi sommes-nous conduits à nous interroger. D'où provient cette indétermination ? Comment les acteurs du droit des aides d'État la gèrent-ils ? Quels effets a-t-elle sur ce droit ?

Le présent mémoire tentera de répondre à ces questions. Pour cela, nous montrerons tout d'abord que l'indétermination de la notion de « comportement normal de l'opérateur privé en économie de marché » est un élément structurant du critère de l'opérateur privé, qui a été préservé et encadré par la Commission et la CJUE (Première partie). Nous montrerons ensuite que cette indétermination fait entrer le critère en contradiction avec certains principes fondamentaux du droit des aides, bouleversant la répartition habituelle du pouvoir entre les institutions participant au contrôle européen des aides d'État (Deuxième partie).



## PREMIÈRE PARTIE

### UNE NOTION INDÉTERMINÉE PRODUITE ET ENCADRÉE PAR LE DROIT DES AIDES D'ÉTAT

Loin d'être une caractéristique fortuite et accidentelle du critère de l'opérateur privé en économie de marché, l'indétermination de la notion qui lui sert de fondement constitue un trait essentiel et structurant de celui-ci. Les choix jurisprudentiels opérés par la Cour de justice dans l'élaboration du critère ont préservé la pleine indétermination *a priori* de la notion de comportement normal de l'opérateur privé (Chapitre 1). Celle-ci n'a été que partiellement limitée *a posteriori* par les règles issues de la pratique décisionnelle de la Commission et de la jurisprudence de la CJUE, lesquelles n'entament que peu la liberté d'interprétation du contenu de cette notion (Chapitre 2).

#### CHAPITRE 1 – L'INDETERMINATION *A PRIORI*

« Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout.

Dans les matières mêmes qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi.

D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps ? Comment s'opposer au cours des événements ou à la pente insensible des mœurs ? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre ? »<sup>13</sup>.

L'indétermination du critère de l'opérateur privé ne constitue pas un défaut apparu fortuitement dans le droit des aides d'État. Au contraire, l'observation des étapes de construction de ce critère par les institutions qui l'ont créé, laisse présumer que cette indétermination a été perçue comme un atout ayant contribué à l'émergence du critère puis à son extension (Section 1). Les juges du plateau de Kirchberg ont si peu considéré cette indétermination *a priori* comme un défaut du critère qu'ils lui ont fixé un champ d'applicabilité lui-même indéterminé, afin de laisser entière la liberté d'interprétation de son contenu (Section 2).

#### SECTION 1 – UNE INDÉTERMINATION LIÉE AU CONTEXTE DE CRÉATION DE LA NOTION

Le critère de l'investisseur privé a été créé comme solution à un problème : comment garantir la liberté des États d'investir dans les entreprises sans remettre en cause l'interdiction de principe des aides d'État ? L'indétermination du critère a alors été un atout majeur permettant son acceptation tant par les États que par les institutions de l'Union (§ I). Ce critère flou n'est toutefois pas resté cantonné à la résolution du problème initiale que constitue le contrôle de l'investissement public, puisque son utilisation a été étendue à toutes les

---

<sup>13</sup> J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de code civil*, 1801, disponible sur [http://classiques.uqac.ca/collection\\_documents/portalis/discours\\_1er\\_code\\_civil/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.pdf).



opérations de l'État sur le marché (§ II).

§ I – Le critère de l'investisseur privé, une solution permettant le contrôle de l'investissement public

Le critère de l'investisseur privé a été conçu comme une solution à une contradiction apparente dans les traités entre les articles 107 et 345 TFUE. Si ce dernier n'était en réalité qu'un obstacle juridique apparent, la portée qu'on lui supposait à l'époque (A) a justifié l'élaboration par la Commission d'une solution juridique consensuelle acceptable par les États membres (B).

A – L'article 345 TFUE, obstacle juridique apparent

**1. L'article 345 TFUE.** Celui-ci énonce : « Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres. » Cet article est inchangé depuis le Traité de Rome. Seul le sujet de la phrase « le traité » est devenu, à l'occasion du Traité de Lisbonne, « les traités ». Ainsi, il fut successivement l'article 222 TCEE puis l'article 295 TCE.

**2. Le constat actuel de la faible portée juridique de l'article 345 TFUE.** La portée juridique de l'article 345 TFUE est aujourd'hui clairement élucidée par la jurisprudence et la doctrine<sup>14</sup>. Cette dernière s'accorde aujourd'hui à lui reconnaître une très faible valeur, exprimant cette idée par des expressions telles que neutralité détournée<sup>15</sup>, neutralité contournée<sup>16</sup> ou encore neutralité positive<sup>17</sup>. L'article ne revêt en effet aucune portée limitative de nature à entraver l'application des règles du droit de l'Union en général, et des règles en matière de concurrence en particulier<sup>18</sup>.

En ce qui concerne son rapport avec l'article 107 TFUE, le Tribunal a clairement affirmé qu'« il ne saurait être considéré que l'article 295 CE limite la portée de la notion d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE »<sup>19</sup>.

Rétrospectivement, considérer que l'article 345 TFUE constituait un obstacle à la qualification d'aide d'État était donc une erreur juridique. La Commission aurait très bien pu qualifier tout investissement public d'aide d'État sans que cet article ne puisse l'en empêcher.

**3. Les incertitudes passées sur la portée de l'article 345 TFUE : l'argumentation en faveur d'une portée de l'article 345 TFUE limitant la compétence de l'Union.** Toutefois la

---

<sup>14</sup> V. not. C. Roux, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, Lyon, 2013, thèse en ligne sur le site [www.theses.fr](http://www.theses.fr).

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 89-145.

<sup>16</sup> B. Delaunay, Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de propriété dans les États membres, *RJEP* 2009, étude 11.

<sup>17</sup> M. Karpenschif, La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire, *RFDA* 2002.95.

<sup>18</sup> C. Roux, *op. cit.*, p. 107 à 127 ; C. Blumann, L. Dubouis, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd., 2006, pts 927-928 ; B. Delaunay, *op. cit.*, pts 6 à 18. TPICE, 6 mars 2003, *West Lb e.a. c/ Comm.*, aff. T-228/99 et T-233/99, *Rec. II-445*, pt 193 ; CJCE, 4 juin 2002, *Comm. c/ Portugal*, aff. C-367/98, *Rec. I-4756*, pt 48 ; CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, *Konle*, aff. C-302/97, *Rec. I-3099*, pt 38 ; CJCE, 6 nov. 1984, *Fearon*, aff. C-182/82, *Rec. 3677*, pt 7.

<sup>19</sup> TPICE, 6 mars 2003, *West Lb e.a. c/ Comm.*, aff. T-228/99 et T-233/99, *Rec. II-445*, pts 192 à 194.

situation juridique n'était pas aussi claire quand est né le critère de l'investisseur privé. Comprendre l'esprit dans lequel il a été élaboré suppose donc de rappeler les arguments développés à l'époque par une grande partie de la doctrine en faveur de l'idée selon laquelle cet article limitait la compétence de l'Union européenne.

Cette thèse était toujours défendue en 2001 par l'avocat général Colomer<sup>20</sup> dans ses conclusions qui offrent un résumé des nombreux arguments doctrinaux développés en soutien à cette opinion.

Le premier de ces arguments était l'exceptionnelle généalogie de cet article qui, inchangé depuis le Traité de Rome, existait déjà antérieurement dans le Traité CEEA sous une forme légèrement différente et se retrouve presque mot à mot dans la Déclaration Schuman du 9 mai 1950. Cette permanence marquait selon l'avocat général « sa spécificité et son importance symbolique »<sup>21</sup>, encourageant ainsi à ne pas le regarder comme une simple disposition déclaratoire dénuée d'effet juridique.

Selon certains interprètes, l'exégèse montrait aussi l'importance de cet article dans les traités. Alors que les États membres consentaient par les Traités de Paris puis de Rome à l'abandon d'instruments fondamentaux de l'interventionnisme économique (tels que la constitution de droits de douane, la liberté de subventionner les entreprises, la définition autonome des règles concurrentielles, etc.), cet article signifiait leur intention de conserver un pouvoir d'orientation des entreprises sur leur territoire au moyen des règles sur le régime de propriété<sup>22</sup>. La volonté des États semblait d'autant plus forte que, malgré l'extension continue des compétences de l'Union, cet article a sans cesse été repris dans tous les traités ayant succédé au traité de Rome.

Enfin son emplacement dans les « dispositions générales et finales » des traités<sup>23</sup> et l'« en rien » qui met l'accent sur la portée de l'article achèveraient de confirmer l'importance que les rédacteurs voulaient donner à cet article.

L'Avocat général Colomer en conclut que cet article met en place une forte présomption de compatibilité avec les traités des règles nationales portant sur le régime de propriété, laquelle ne peut être renversée qu'en cas de constat d'une *violation caractérisée* d'une autre disposition du traité par l'une de ces règles.

Si cette opinion a finalement été rejetée par la Cour, l'incertitude demeurerait à l'époque de l'invention du critère. La prudence commandait donc à la Commission de ne pas négliger totalement la signification juridique que pouvait revêtir cet article.

**4. La portée politique de l'article 345 TFUE.** D'autres contraintes, à la frontière entre le droit et la politique, pesaient sur la Commission. L'article 345 TFUE disposait en effet, au-delà de sa portée juridique, d'une véritable portée politique<sup>24</sup>. La Commission, gardienne des traités mais aussi institution politique de l'Union, ne pouvait tout à fait ignorer la revendication des

---

<sup>20</sup> D. Ruiz-Jarabo Colomer, Concl. jtes ss CJCE, 4 juin 2002, *Comm. c/ Portugal*, aff. C-367/98, *Comm. c/ France*, aff. C-483/99 et *Comm. c/Belgique*, aff. C-503/99, *Rec. I-4733*, pts 39 à 63.

<sup>21</sup> Pt 45.

<sup>22</sup> Pt 53.

<sup>23</sup> Pt 43. On peut noter que la doctrine donne des sens diamétralement opposés à cet emplacement de l'article, certains en faisant la preuve de son caractère subalterne, d'autre celle de son importance particulière : B. Delaunay, *op. cit.*, pt 5 et B. Akkermans, E. Ramekers, Article 295 EC, its meanings and interprétations, *European Law Journal*, vol. 16, 2010, p. 292.

<sup>24</sup> C. Roux, *op. cit.*, p. 48-51.

États membres qui s'exprimait au travers de cette querelle doctrinale : le maintien d'une certaine liberté des collectivités publiques d'investir.

## B – Un critère flou comme solution de compromis

5. La Commission a élaboré le critère de l'investisseur privé comme une ligne de partage entre les investissements publics autorisés de plein droit par les traités et ceux qui font l'objet d'une interdiction de principe. La CJUE a confirmé cette lecture des traités.

**6. Un consensus nécessaire favorisé par l'indétermination du critère.** Une volonté de consensus caractérise de manière générale la création du droit par les institutions de l'Union, que ce soit lors de l'adoption d'actes juridiques nouveaux ou lors de l'interprétation d'actes anciens. Ce phénomène s'explique tant par l'absence d'une force de contrainte permettant à l'Union de faire appliquer elle-même ses décisions, que par la nécessité propre à tout ordre juridique de générer un certain degré d'acceptation sociale. Cette dernière nécessité est d'ailleurs plus difficile à atteindre dans le cadre d'un regroupement de plusieurs États dotés de traditions juridiques, économiques et politiques très hétérogènes. En matière d'aides d'État, les difficultés longtemps rencontrées par la Commission pour faire appliquer ses décisions ordonnant la récupération des aides illégales et incompatibles<sup>25</sup>, ont illustré cette faiblesse de l'ordre juridique de l'Union, toujours tributaire de la bonne volonté des États membres.

Le choix d'un critère flou de partage entre les investissements publics autorisés de plein droit et ceux interdits en principe a participé à l'émergence d'un consensus. La fondation de ce critère sur une notion indéterminée *a priori* comme l'est celle de « comportement normal d'un investisseur privé en économie de marché » peut ainsi profiter du caractère consensuel de l'idée de « normalité », dont on a pu dire qu'elle participait à l'exercice d'une « fonction rhétorique du droit<sup>26</sup> ». Cette idée est d'autant plus acceptable par des institutions étatiques aux cultures variées que chacune lui attribuera un sens différent, conforme à ses attentes. Ceci aura pour effet de reporter à un stade ultérieur le soin de trancher parmi les différentes interprétations possibles de ce qui est « normal ».

**7. L'invention du critère de l'investisseur privé par la Commission.** La Commission a envisagé très tôt l'utilisation du mécanisme juridique que constitue le critère de l'investisseur privé. Dès 1972 on trouve exprimé dans le deuxième rapport sur la politique communautaire de concurrence tous les éléments qui le définissent<sup>27</sup>. Elle insère d'abord le critère dans des textes limités à une application sectorielle et pour les seules prises de participation dans des entreprises publiques<sup>28</sup>. Ce n'est qu'en 1984 qu'elle affirme son intention d'en faire un des principes généraux de sa pratique décisionnelle en matière d'aide d'État par l'adoption de la

---

<sup>25</sup> M. Karpenschif, La récupération des aides nationales versées en violation du droit communautaire à l'aune du règlement n° 659/1999 : du mythe à la réalité ?, *RTDE* 2001.551.

<sup>26</sup> Cf. C. Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1999 et S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1980.

<sup>27</sup> Cité in : M. Karpenschif, L'investisseur privé en économie de marché, *Concurrences* n° 3-2011.

<sup>28</sup> Directive 81/363/CEE du Conseil, 28 avr. 1981, concernant les aides à la construction navale, *JOUE* L 137 du 23 mai 1981, p. 39, art. 1, E); décis. n° 2320/81/CECA de la Commission, 7 août 1981, instituant des règles communautaires pour les aides à la sidérurgie, *JOUE* L 228 du 13 août 1981, p. 14, art. 1§2.

communication sur la participation des autorités publiques dans les capitaux des entreprises<sup>29</sup>.

Ce dernier texte montre le souci de la Commission de justifier auprès des États membres le choix de ce critère. Il débute par une justification au regard de l'article 345 TFUE et du principe d'égalité de traitement des entreprises publiques et privées. Il rassure les États en exposant que : « En vertu de ces principes l'action de la Commission ne peut désavantager ou favoriser les pouvoirs publics lorsqu'ils procèdent à des apports de capitaux à risque à des entreprises. Par ailleurs la Commission n'a pas à se prononcer sur le choix que les entreprises peuvent opérer entre différents moyens de financement, par voie de prêts ou d'apport de capital à risque, que l'origine en soit privée ou publique ».

Enfin, il définit le critère : « Lorsqu'il apparaît, au vu des lignes directrices définies dans la présente communication, que le comportement des pouvoirs publics lors d'apports en capitaux sous forme de prises de participation dans une entreprise n'est pas celui d'un apporteur de capital à risque dans des conditions normales d'une économie de marché, une appréciation au titre de l'article 92, CEE, s'impose ».

**8. La confirmation du critère par la CJUE.** La CJUE confirme cette interprétation des traités. Antérieurement à la communication de septembre 1984, l'Avocat général Gordon Slynn avait déjà suggéré de qualifier un apport en capital d'aide d'État lorsque « le marché des capitaux n'aurait normalement pas pu le fournir<sup>30</sup> ». La Cour n'aura cependant pas eu à se prononcer sur ce point, la décision de la Commission ayant été annulée pour un autre motif. Il faudra donc attendre 1986 et les arrêts *Meura* et *Boch*<sup>31</sup>, rendus à propos des premières décisions appliquant les lignes directrices de 1984, pour que la Cour emploie pour la première fois le principe de l'investisseur privé en économie de marché.

La Cour affirme tout d'abord le plein effet de l'article 92 CEE auquel aucune disposition ne fait obstacle : « Une distinction de principe ne saurait être établie selon qu'une aide est accordée sous forme de prêts ou sous forme de participation au capital d'entreprise. Les aides sous l'une ou l'autre de ces formes tombent sous l'interdiction de l'article 92 lorsque les conditions énoncées par cette disposition sont remplies »<sup>32</sup>.

Elle expose ensuite que le critère est le moyen de vérifier si de tels investissements sont des aides : « En vue de vérifier si une telle mesure présente le caractère d'une aide étatique, il est pertinent d'appliquer le critère, indiqué dans la décision de la Commission et, d'ailleurs, non contesté par le gouvernement belge, qui est basé sur les possibilités pour l'entreprise d'obtenir les sommes en cause sur les marchés privés de capitaux »<sup>33</sup>.

Enfin, la Cour répond à l'argument de la Belgique qui invoquait une discrimination entre entreprises publiques et privées, au motif que le propriétaire privé d'une entreprise disposerait de la faculté d'aider cette entreprise quand elle rencontre des difficultés, tandis que le critère de l'investisseur privé empêcherait un propriétaire public de le faire. Pour la Cour de justice, il n'y a pas de discrimination puisqu'un investisseur privé n'aiderait une entreprise qu'il possède que si les difficultés qu'elle rencontre sont temporaires ; or, en l'espèce, les entreprises

---

<sup>29</sup> Lignes directrices sur les participations publiques dans le capital des sociétés, *Bulletin CE* 9-83, p. 93.

<sup>30</sup> Il énonce dans les mêmes conclusions : « Une assistance constitue pour le moins une aide lorsque le destinataire reçoit un avantage qu'il n'aurait normalement pas obtenu. Un prêt à un taux d'intérêt inférieur aux taux du commerce en constitue un exemple évident ».

<sup>31</sup> CJCE, 10 juill. 1986, *Belgique c/ Comm. (dit Boch II)*, aff. C-40/85, *Rec.* 2321 ; CJCE, 10 juill. 1986, *Belgique c/ Comm. (dit Meura)*, aff. C-234/84, *Rec.* 2263.

<sup>32</sup> *Ibid.*, respectivement pt 12 et pt 13.

<sup>33</sup> *Ibid.*, respectivement pt 13 et pt 14.

publiques concernées font face à des difficultés structurelles. Un investisseur privé normal refuserait d'aider une telle entreprise ; interdire à un investisseur public de le faire ne crée donc pas de discrimination.

§ II – Une solution généralisée au contrôle de toutes les opérations de l'État sur le marché

L'indétermination du contenu du critère de l'investisseur privé n'a pas non plus constitué un obstacle à l'extension de son champ d'application. Au contraire, la CJUE a découvert un nouveau critère générique de qualification d'une aide d'État : l'avantage qui n'aurait pas pu être accordé dans des conditions normales de marché (A). Ce critère est considéré comme n'étant pas rempli en cas d'application du critère de l'opérateur privé en économie de marché (B).

A – Les conditions normales de marché, élément générique de définition de l'aide d'État

**9. La question de la source juridique du critère.** Si la solution dégagée par la Commission est déclarée valide juridiquement, une seconde question se pose : sur quels fondements juridiques repose-t-elle ? La CJUE développe deux explications différentes à ce problème.

Une première explication fournie par la jurisprudence est celle d'un critère émanant du « principe d'égalité de traitement entre des entreprises publiques et des entreprises privées »<sup>34</sup>. Celle-ci n'est toutefois avancée par le juge européen que dans les hypothèses restreintes où ce principe est applicable, c'est-à-dire quand la prise de participation a été réalisée dans une entreprise publique, créant un risque de discrimination vis-à-vis des entreprises privées. Or, si les premières définitions du critère de l'investisseur privé en limitaient bien l'application à cette hypothèse, la communication de 1984 a généralisé le critère aux prises de participations de l'État dans toutes les entreprises.

La Cour donne une seconde explication à l'origine juridique de ce critère, qui se retrouve employée concomitamment à la première dans les cas d'investissements dans des entreprises publiques, et seule dans les autres cas. Celle-ci fait découler l'existence du critère de la seule définition de l'aide d'État au sens de l'article 107§1 TFUE.

L'existence de deux sources juridiques différentes qui, de manière indépendante et isolée, produisent le même critère juridique semble curieux. La Cour aurait pu se contenter de la seconde explication, faisant découler le critère de la seule notion d'aide d'État au sens de l'article 107§1 TFUE, en proclamant par ailleurs que cette définition n'était pas contraire au principe d'égalité de traitement. Cette bizarrerie reste cependant bénigne puisque le critère déploie toujours les mêmes effets juridiques dans les hypothèses où il émane du seul article 107§1 TFUE et dans celles où il émane de l'article 107§1 TFUE et du principe d'égalité de traitement. L'explication du critère comme découlant de la notion d'aide demeure cependant l'explication la plus féconde juridiquement.

---

<sup>34</sup> CJCE, 21 mars 1991, *Italie c/ Comm. (dit ENI-Lanerossi)*, aff. C-303/88, Rec. 1433, pt 20 ; TPICE, 12 déc. 1996, *Air France c/ Comm.*, aff. T-358/94, Rec. II-2112, pt 70 ; CJCE, 8 mai 2003, *Italie et Sim 2 Multimedia c/ Comm.*, aff. C-328/99, C-399/00, Rec. I-4067, pt 37 ; CJUE, 4 sept. 2014, *SNCM et France c/ Comm.*, aff. C-533/12 P, C-536/12 P, pt 30.

**10. La découverte d'un nouvel élément de la notion d'aide d'État.** L'explication du lien entre la notion d'aide d'État et le critère de l'investisseur privé conduit en effet la CJUE à découvrir un nouvel élément constitutif de cette notion, dont le critère de l'investisseur privé n'est qu'un des divers moyens de détermination : l'existence d'un avantage qui n'aurait pu être obtenu dans des circonstances correspondant aux conditions normales de marché.

La Cour de justice dégage clairement ce nouvel élément dans son arrêt *SFEI* de 1996<sup>35</sup>. L'Avocat général Jacob a démontré dans ses conclusions l'existence de cette composante par une systématisation de jurisprudences antérieures et en remarquant que « c'est peut-être la jurisprudence de la cour en matière de participations en capital de l'État dans les entreprises qui illustre le plus clairement ce principe »<sup>36</sup>. Il explique que la notion d'aide est définie par la Cour comme comprenant « non seulement des prestations positives telles que les subventions elles-mêmes, mais également des interventions qui sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise »<sup>37</sup>. Il faut donc se demander si l'entreprise en question a « reçu un avantage qu'elle n'aurait normalement pas obtenu ». La Cour précise les termes de cette question en énonçant qu'« afin d'apprécier si une mesure étatique constitue une aide, il convient donc de déterminer si l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché ».

Ce nouvel élément de définition de l'aide d'État conforte l'utilisation de la notion indéterminée de « comportement normal d'un investisseur privé en économie de marché » en multipliant les hypothèses pour lesquelles la qualification d'aide dépendra de cette notion.

B – Le critère de l'opérateur privé en économie de marché, instrument de détermination des conditions normales de marché

**11. Définition du critère de l'opérateur privé et lien avec l'avantage ne pouvant être obtenu dans des conditions normales de marché.** L'expression de « critère de l'opérateur privé en économie de marché » apparaît pour la première fois dans la jurisprudence à la fin des années 90 et au début des années 2000<sup>38</sup>. La Cour et la Commission n'emploient cependant que rarement cette expression exacte, si bien qu'il faut construire une définition doctrinale de ce critère pour pouvoir ensuite déterminer les cas dans lesquels le raisonnement de ces deux institutions consiste bien à le mettre en œuvre.

La définition proposée en 2003 par le Professeur Karydis nous semble n'avoir rien perdu de sa pertinence. Selon celle-ci, le critère de l'opérateur privé en économie de marché est « une

---

<sup>35</sup> CJCE, 11 juill. 1996, *SFEI*, aff. C-39/94, *Rec.* I-3577.

<sup>36</sup> F. Jacobs, *Concl.* du 14 déc. 1995 ss CJCE, 11 juill. 1996, *SFEI*, aff. C-39/94, *Rec.* I-3551, spéc. pts 56 à 63. Souligné par nous.

<sup>37</sup> CJCE, 23 févr. 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c/ Haute Autorité*, aff. C-30/59, *Rec.* 1.

<sup>38</sup> Elle est présente dans la jurisprudence TPICE, 28 janv. 1999, *BAI c/ Comm.*, aff. T-14/96, *Rec.* II-141, pt 63. Cependant, elle n'apparaît expressément que dans le résumé des arguments des parties : « La Commission a effectivement examiné si le conseil provincial de Biscaye a agi selon le critère d'un opérateur privé qui souhaite acquérir de grandes quantités de bons de voyage pour plusieurs années ». Toutefois, la défense se réfère, pour caractériser le comportement d'un tel opérateur privé, à l'idée de « transaction commerciale normale » ; le jugement du Tribunal n'emploiera donc que cette notion. Le Tribunal emploiera l'expression d'« opérateurs rationnels en économie de marché » dans les motifs de sa décision, et non dans le résumé des arguments des parties, pour la première fois par l'arrêt TPICE, 17 oct. 2002, *Linde c/ Comm.*, aff. T-98/00, *Rec.* II-3963, pt 49. L'expression « critère de l'opérateur privé en économie de marché » que nous employons a exactement le même sens que cette dernière expression. Elle est utilisée mot à mot pour la première fois dans l'arrêt TPICE, 8 juill. 2004, *TGI c/ Comm.*, aff. T-198/01, *Rec.* II-2722, pts 96 et 97.

règle générale appropriée pour la qualification des mesures étatiques comme aide d'État » permettant de déterminer si « l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché ». C'est là la définition des effets du critère : celui-ci permet de distinguer l'avantage qui aurait pu être accordé dans des conditions normales de marché de celui qui ne l'est pas. La généralisation de l'objectif a permis de constater que d'autres opérations de l'État sur le marché que les seuls investissements pouvaient accorder « un avantage qui aurait pu être obtenu dans des conditions normales de marché » justifiant la généralisation du critère de l'investisseur privé qui est devenu le critère de « l'opérateur privé en économie de marché ».

« En vertu de cette règle, il conviendra de vérifier si, dans un cas concret, l'intervention économique de l'État correspond au comportement d'un opérateur économique bien avisé, agissant dans le même contexte et les mêmes circonstances, et qui détermine sa stratégie et son comportement économique en tenant compte des exigences du marché »<sup>39</sup>.

L'actualisation principale qui nous semble devoir être opérée consiste à préciser, suite à l'arrêt de Grande chambre de 2012, *Commission c/ EDF*<sup>40</sup>, que la mesure étatique « correspond » à celle qu'aurait prise l'opérateur privé si les deux mesures octroient le même avantage à l'entreprise bénéficiaire, ce qui n'implique pas que la mesure de l'État doive être identique à celle normalement prise par l'opérateur privé.

**12. Diversité des appellations, unité de la méthode.** Le critère de l'opérateur privé ainsi défini fait l'objet d'applications par la Cour sous de nombreuses appellations différentes. L'arrêt *TGI c/ Commission* nous montre que les deux critères du « créancier privé » et de « l'investisseur privé » constituent deux formes particulières du critère de « l'opérateur privé »<sup>41</sup>. D'autres expressions comme « vendeur privé »<sup>42</sup> ou « réassureur privé »<sup>43</sup> sont aussi des figures particulières de l'opérateur privé, puisque la Cour les définit comme des composantes de celle de « l'investisseur privé ».

Parfois, la Cour confronte directement le comportement de l'État « aux conditions normales de marché »<sup>44</sup>. Cependant, là encore, cette référence la conduit toujours à comparer au comportement normal d'un opérateur privé sur le marché celui de l'État. Elle applique donc toujours le critère de l'opérateur privé en économie de marché.

---

<sup>39</sup> G. Karydis, Le principe de l'« opérateur économique privé », critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'État, au sens de l'article 87§1 du Traité CE, *RTDE* 2003.389.

<sup>40</sup> CJUE, Gde Ch., 5 juin 2012, *Comm. c/ EDF*, aff. C-124/10 P, spéc. pts 78 et 89 à 91. Pour une analyse plus détaillée de cet arrêt, cf. section II de ce chapitre.

<sup>41</sup> CJCE, 2 févr. 1988, *Van der Kooy e.a. c/ Comm.*, aff. 67/85, 68/85 et 70/85, *Rec.* 219, pt 28 : « L'État ou l'entité qu'il influence n'applique pas le tarif comme un opérateur économique ordinaire mais... » ; TPICE, 8 juill. 2004, *TGI c/ Comm.*, préc., pt 96 : « En l'espèce, l'argumentation de la requérante, invoquée dans sa réplique, relative au critère du créancier privé dont la Commission fait état dans la décision attaquée répond à l'argument avancé par la Commission en défense selon lequel le critère de l'investisseur privé, invoqué dans la requête, ne serait pas pertinent en l'espèce. Cette argumentation ne constitue donc pas un moyen nouveau mais le développement du moyen, invoqué dans la requête, tiré de la violation de l'article 87, paragraphe 1, CE, en ce que la Commission aurait procédé à une application erronée du critère de l'opérateur privé en économie de marché ».

<sup>42</sup> TUE, 28 févr. 2012, *Land Burgenland e.a. c/ Comm.*, aff. T-268/08 et T-281/08, pt 89.

<sup>43</sup> TUE, 25 juin 2015, *Sace BT c/ Comm.*, aff. T-305/13, pt 111.

<sup>44</sup> Par exemple : TPICE, 13 juin 2000, *EPAC e.a. c/ Comm.*, aff. T-204/97, T-270/97, *Rec.* II-2272, pts 68 à 71 ; CJCE, 29 févr. 1996, *Belgique c/ Comm. (dit Gasunie)*, aff. C-56/93, *Rec.* I-767, pts 10s. ; CJUE, 8 déc. 2011, *Residex Capital IV*, aff. C-275/10, *Rec.* I-13043, pt 41.

## SECTION 2 – UNE INDÉTERMINATION DE LA NOTION ENTRAÎNANT CELLE DU CHAMP D'APPLICABILITÉ DU CRITÈRE

La généralisation du critère à l'examen de l'ensemble des opérations de l'État sur le marché a conduit la Commission à s'interroger sur les cas dans lesquels elle était tenue de démontrer l'inapplication du critère pour pouvoir qualifier une aide d'État. Une tension est alors apparue entre deux impératifs contradictoires : celui, d'une part, de ne pas surcharger la Commission en lui imposant un examen systématique de la rationalité économique de toutes les mesures étatiques qualifiables d'aides d'État et, d'autre part, la difficulté d'établir *a priori* une catégorie de mesures insusceptibles d'être conformes « au comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché ».

La jurisprudence a su concilier ces deux impératifs en refusant de définir un champ d'applicabilité fondé sur des critères formels, qui aurait eu pour effet de limiter *a priori* le contenu du critère de l'opérateur privé en économie de marché » (§ I), tout en établissant des règles de preuve qui n'imposent pas à la Commission un examen systématique de chaque mesure au regard de ce critère (§ II).

### § I – La consécration d'un champ d'applicabilité fonctionnel

Deux thèses contraires se sont affrontées dans la définition du champ d'applicabilité du critère : une thèse plutôt formaliste qui souhaitait limiter l'applicabilité du critère au seul usage par l'État de moyens juridiques accessibles aux opérateurs privés (A) et une thèse fonctionnaliste, consacrée par la Cour, qui refusait de telles limitations formelles au nom de l'objectif assigné au critère (B).

#### A – La thèse d'un champ d'applicabilité délimité par des critères formels

Si l'explication formaliste du champ d'applicabilité a finalement été rejetée, celle-ci a longtemps prévalu dans la doctrine et a été soutenue tant par la Commission que par des avocats généraux de la Cour de justice<sup>45</sup>.

**13. Le problème : la séparation entre État actionnaire et État puissance publique.** Le point de départ est le suivant : la jurisprudence concernant le critère de l'opérateur privé a opéré une distinction entre « les obligations que l'État doit assumer en tant que propriétaire actionnaire d'une société et les obligations qui peuvent lui incomber en tant que puissance publique »<sup>46</sup>. Cette jurisprudence a fondé en droit européen de la concurrence une scission fonctionnelle de l'État entre, d'une part, l'État actionnaire et propriétaire, auquel le critère de

---

<sup>45</sup> Nous nous appuyons pour son analyse sur les conclusions de deux avocats généraux : les secondes conclusions rendues par l'avocat général Philippe Léger sous l'arrêt *Altmark* (P. Léger, Concl. ss CJCE, 24 juill. 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280-00, *Rec.* I-7788, pts 15 à 27) et les conclusions de M. Ján Mazák, sous l'arrêt de Grande Chambre *Comm. c/ EDF*, par lequel la Cour a explicitement rejeté la thèse formaliste défendue par son avocat général (J. Mazák, Concl. ss CJCE, Gde Ch., 5 juin 2012, *Comm. c/ EDF*, aff. C-280/00). Voir aussi pour une analyse détaillée et une critique de cette thèse formaliste : M. Köhler, *New trends concerning the application of the private investor test*, *EStAL 1/2011*, p. 21.

<sup>46</sup> Cette distinction a été dégagée par l'arrêt CJCE, 14 sept. 1994, *Espagne c/ Comm. (dit Hyatasa)*, aff. C-278/92, C-279/92 et C-280/92, *Rec.* I-4146, pt 22 et réitérée par CJCE, 28 janv. 2003, *Allemagne c/ Comm. (dit Gröditzter)*, aff. C-334/99, *Rec.* I-1139, pts 133 et 144.



l'opérateur privé est applicable et, d'autre part, l'État puissance publique, auquel le critère n'est pas applicable.

Déterminer les critères permettant d'établir l'applicabilité du critère de l'opérateur privé en économie de marché revenait donc à déterminer les critères permettant d'établir si une mesure prise par l'État relevait de l'une ou l'autre de ces deux figures.

**14. L'argumentation en faveur de critères formels de distinction.** Le courant doctrinal que nous appelons « formaliste » a défendu l'idée que ces deux figures de l'État devaient être définies par des critères formels clairs. Ainsi, l'Avocat général Léger a proposé de définir l'intervention de l'État en tant qu'opérateur privé (actionnaire ou autre) comme l'intervention constitutive d'une activité économique, alors que les interventions constitutives d'un acte de puissance publique seraient des interventions de l'État en tant que puissance publique<sup>47</sup>.

D'abord, ces définitions paraissent *quasi* tautologiques. Définir l'État agissant en tant que puissance publique par l'usage d'acte de puissance publique, et l'État agissant en tant qu'actionnaire et propriétaire comme celui exerçant une activité économique paraît à première vue relever du bon sens. Ensuite, cette thèse reprenait une distinction déjà existante en droit de l'Union et donc déjà précisée par la jurisprudence<sup>48</sup>, ce qui constitue un avantage pratique indéniable.

De plus, elle semblait correspondre à l'évolution historique de la pratique décisionnelle de la Commission. En effet, les premiers types de mesures qualifiés d'aides d'État relevaient des actes de puissance publique : octroi de subventions, exonérations fiscales, réductions de charge sociales, etc. Ces qualifications s'opéraient alors sans utiliser le critère de l'opérateur privé puisque ce critère n'existait pas. Ce n'est que quand la Commission s'est intéressée aux mesures étatiques prenant la forme d'opérations économiques qu'ont été dégagés le critère de l'investisseur privé, puis celui de l'opérateur privé<sup>49</sup>.

En outre, cette opinion semblait justifiée par le contenu du critère. Elle écartait en effet les interventions relevant d'actes de puissance publique qui ne sont pas accessibles aux opérateurs privés et ne semblaient donc pas *a priori* pouvoir être conformes au comportement normal d'un opérateur privé<sup>50</sup> ; de plus, le critère était, selon ces deux avocats généraux, l'expression du principe d'égalité de traitement entre entreprises publiques et privées. Or, sans activité économique de l'État, pas d'entreprise publique ; le principe de non-discrimination entre entreprises privées et publiques n'était donc pas applicable et, *a fortiori*, le critère de

---

<sup>47</sup> P. Léger, *op. cit.*, pts 21 et 22 et la note de bas de page 29 : « On notera que le critère permettant d'identifier les cas où la Cour applique le critère de l'opérateur privé est identique au critère qui permet de définir la notion d'entreprise dans le droit de la concurrence (...) » ; idée qui semble implicitement reprise in J. Mazák, *op. cit.*, pts 82 à 85.

<sup>48</sup> Cf. Les jurisprudences de principe : CJCE, 23 avr. 1991, *Höfner e.a. c/ Macroton*, aff. C-41/90, *Rec. I-2010*, pt 22, définissant l'activité économique et CJCE, 19 janv. 1994, *SAT c/ Eurocontrol*, aff. C-364/92, *Rec. I-43*, les prérogatives de puissance publique.

<sup>49</sup> M. Léger expose comme exemple d'actes auxquels le critère est applicable ceux par lesquels les États « prennent une participation dans le capital d'une entreprise, octroient un prêt à certaines entreprises, accordent une garantie d'État, vendent des biens ou des services sur le marché, ou accordent des facilités pour le paiement de cotisations sociales ou pour le remboursement de charges salariales » (pt 21) ou achètent des biens ou service pour leur propre compte (pt 27). En revanche, le critère ne serait pas applicable en cas de « versement d'une subvention directe à une entreprise », d'« exonération fiscale » ou de « réduction des charges sociales » (pt 22). Cf. P. Léger, *op. cit.*

<sup>50</sup> *Ibid.*, pt 22 ; J. Mazák, *op. cit.*, pt 79.

l'investisseur privé qui en émane ne l'était pas non plus<sup>51</sup>.

Enfin, elle favorisait la transparence puisqu'elle obligeait les États à clarifier les cas dans lesquels ils agissaient en tant qu'actionnaires et ceux dans lesquels ils agissaient en tant que puissances publiques, en leur imposant dans les deux cas d'agir au moyen d'actes relevant clairement de l'une ou l'autre des catégories<sup>52</sup>.

**15. Les faiblesses de cette argumentation.** Cet argumentaire présentait cependant certaines faiblesses, avant même son rejet explicite par la Cour en 2012.

Tout d'abord, l'interprétation de la jurisprudence qui lui servait de fondement en constituait une très forte extrapolation. Elle tirait d'un paragraphe d'un arrêt de la Cour portant sur les éléments à prendre en compte lors de l'application du critère de l'investisseur privé, une règle délimitant le champ d'applicabilité de ce critère<sup>53</sup>. Ainsi la distinction entre « les obligations de l'État propriétaire actionnaire » et celles « qui peuvent lui incomber en tant que puissance publique » était systématiquement utilisée dans la jurisprudence pour distinguer les bénéfiques de l'État qu'il fallait ou non inclure dans le calcul de rentabilité de la mesure, opération mise en œuvre lors de l'application du critère<sup>54</sup>. Ces jurisprudences intervenaient donc au stade de l'application du critère, ce qui supposait que le problème de l'applicabilité avait déjà été résolu.

Il existe par ailleurs une ambiguïté dans la thèse défendue qui laisse penser que l'on peut tenir ensemble la double affirmation selon laquelle le champ d'applicabilité serait défini par le caractère économique de l'activité considérée et le champ de la non-applicabilité par l'accomplissement d'actes de puissance publique. Or les catégories d'activité économique et d'acte de puissance publique ne constituent pas une *summa divisio* dans laquelle toutes les activités peuvent être rangées. Ainsi, que faire des activités fondées sur le principe de solidarité<sup>55</sup>, des activités purement sportives<sup>56</sup> ainsi que de tous les actes d'achat public qui leur sont destinés<sup>57</sup> ou qui ne sont destinés à aucune activité du tout<sup>58</sup> ?

À la lecture des exemples donnés par les deux avocats généraux et en observant les cas qui leur étaient concrètement soumis, il semble que ce soit plutôt la définition d'un champ d'inapplicabilité par la présence d'actes de puissance publique qui constituait l'opinion

---

<sup>51</sup> P. Léger, *op. cit.*, pt 22 et J. Mazák, *op. cit.*, pt 82 (le second citant le premier) : « Le critère de l'opérateur privé n'est donc pas pertinent, puisque, par définition, il ne saurait y avoir une rupture de l'égalité de traitement entre le secteur public et le secteur privé ».

<sup>52</sup> *Ibid.*, pts 91 à 97.

<sup>53</sup> Aff. C-278, C-279 et C-280/92, *op. cit.*, pt 22 : « Il faut établir une distinction entre les obligations que l'État doit assumer en tant que propriétaire actionnaire d'une société et les obligations qui peuvent lui incomber en tant que puissance publique. (...) Les obligations résultantes des coûts du licenciement des travailleurs, du paiement des allocations de chômage et des aides pour la reconstitution du tissu industriel ne doivent pas être prises en considérations pour l'application du critère de l'investisseur privé en économie de marché » (souligné par nous).

<sup>54</sup> M. Köhler, *op. cit.*, p. 25-27.

<sup>55</sup> CJCE, 17 févr. 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91 et C-160/91, *Rec. I-637*.

<sup>56</sup> CJCE, 12 déc. 1974, *Walrave et Koch*, aff. C-36/74, *Rec. 1405*.

<sup>57</sup> La qualification de l'acte d'achat dépendant de celle de l'activité à laquelle il est destiné : CJCE, 11 juill. 2006, *FENIN c/ Comm.*, aff. C-205/03 P, *Rec. I-6295*, pt 26 ; CJCE, 26 mars 2009, *SELEX c/ Comm.*, aff. C-113/07 P, pt 102.

<sup>58</sup> Cette hypothèse, loin d'être un cas d'école, a déjà été rencontrée à plusieurs reprises par la Commission qui qualifiait, cf. TPICE, 28 janv. 1999, *BAI c/ Comm.*, aff. T-14/96, *Rec. II-141* ; TPICE, 13 janv. 2004, *Thermen hotel*, aff. T-158/99, *Rec. II-4*.

réellement défendue<sup>59</sup>. Dès lors, l'une des justifications avancées en faveur de cette thèse tombe. On ne peut expliquer cette délimitation du champ d'applicabilité du critère de l'investisseur privé en expliquant que celui-ci recoupe le champ d'application du principe d'égalité de traitement entre entreprises publiques et privées, puisque l'on reconnaît que le critère est applicable dans des cas où la mesure n'est pas réalisée par le biais d'une activité économique et où il n'y a donc potentiellement aucune entreprise publique impliquée<sup>60</sup>.

B – Le rejet par la Cour de justice de l'approche formelle et la consécration d'une approche fonctionnelle

**16.** Cette thèse formaliste va en définitive être rejetée par la Cour de justice de l'Union européenne.

**17. Les premiers arrêts en contradiction avec thèse.** Dès 1999 et les arrêts *Tubacex* et *DMT*<sup>61</sup>, la Cour avait rendu des premières jurisprudences contraires à une restriction formelle du champ d'applicabilité du critère de l'opérateur privé en économie dans deux affaires qui concernaient la figure du « créancier privé en économie de marché ». Dans ces arrêts, la Cour accepte d'appliquer le critère du créancier privé à des opérations de rééchelonnements de créances dues au titre du paiement de cotisations sociales obligatoires. Le fait que ces créances soient nées à l'occasion de l'exercice de la puissance publique ne constitue donc pas un obstacle à l'analyse de leur gestion par une comparaison avec celle qu'aurait opérée un créancier privé. M. Mazák prend en compte ces jurisprudences qui avaient été soulevées par les défendeurs dans l'affaire *EDF*. Il ne peut y répondre qu'en plaçant pour une différenciation des champs d'applicabilité en fonction des différentes figures du critère de l'opérateur privé<sup>62</sup>.

Une seconde étape du rejet de cette approche formelle a été opérée avec la jurisprudence *Ryanair* de 2007<sup>63</sup>. Il s'agit du premier litige portant principalement sur l'applicabilité du critère de l'investisseur privé. La requérante demandait l'annulation d'une décision de la Commission refusant d'examiner l'application du critère à un rabais sur les redevances aéroportuaires consenti par la Région wallonne à cette seule société, au motif que la fixation de ces redevances constituait un acte de puissance publique auquel le critère était inapplicable. Cette qualification se fondait sur le caractère législatif du pouvoir de fixer la redevance, sur le faible lien existant entre le service rendu (la possibilité d'utiliser l'aéroport) et le montant payé en contrepartie, et les pouvoirs de régulateur de l'activité en question que détiendrait la Région wallonne.

---

<sup>59</sup> M. Léger s'oppose à l'application du critère aux compensations d'obligation de service public, au motif que le financement du service public est une prérogative de puissance publique. M. Mazák s'oppose à l'application du critère à une exonération fiscale.

<sup>60</sup> Cela se justifie de toute façon car le critère n'est pas la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement, il est le moyen de contrôler si l'avantage est conforme aux conditions normales de marché, moyen par ailleurs conforme au principe d'égalité de traitement. Cf. pts 9 et 10.

<sup>61</sup> CJCE, 29 avr. 1999, *Espagne c/ Comm. (dit Tubacex)*, aff. C-256/97, Rec. I-2471, pts 46 à 49 ; CJCE, 29 juin 1999, *DMT*, aff. C-256/97, Rec. I-3926, pts 22 à 25.

<sup>62</sup> J. Mazák, *op. cit.*, pts 87 et 88.

<sup>63</sup> TPICE, 17 déc. 2008, *Ryanair Ltd c/ Comm.*, aff. T-196/04, Rec. II-3643.

La réponse du Tribunal est ambiguë car elle n'infirme pas l'idée qu'une activité doit être économique pour se voir appliquer le critère de l'investisseur privé<sup>64</sup>. Néanmoins, il annule la décision de la Commission en requalifiant la fixation de la taxe aéroportuaire en fixation de redevance aéroportuaire, laquelle ne serait dès lors pas constitutive d'un acte de puissance publique mais d'une activité économique. Dès lors, ce n'est que partiellement que l'approche formelle est rejetée : l'octroi d'un avantage par le biais d'un pouvoir d'imposition relevant de la loi peut se voir appliquer le critère de l'investisseur privé si ce pouvoir d'imposition est constitutif d'une activité économique.

**18. Le rejet clair et explicite d'une délimitation formelle du champ d'applicabilité du critère.** Ce n'est que par l'arrêt de Grande Chambre de 2012, *Commission c/ EDF*<sup>65</sup>, que la Cour de justice a définitivement rejeté cette limite formelle au champ d'applicabilité. Pour ce faire, la Cour déploie un raisonnement téléologique poussé, ramenant le critère à un rôle d'outil au service de l'objectif poursuivi par le droit des aides d'État.

La Cour débute en posant la fonction du critère. Elle expose, paragraphe 78 : « Toutefois, il ressort également d'une jurisprudence constante que les conditions que doit remplir une mesure pour relever de la notion d'« aide » au sens de l'article 87 CE ne sont pas satisfaites si l'entreprise publique bénéficiaire pouvait obtenir le même avantage que celui qui a été mis à sa disposition au moyen de ressources d'État dans des circonstances qui correspondent aux conditions normales du marché, cette appréciation s'effectuant, pour les entreprises publiques, par application, en principe, du critère de l'investisseur privé (voir, en ce sens, arrêts du 21 mars 1991, *Italie c/ Commission*, aff. C-303/88, *Rec. I-1433*, pt 20 ; du 16 mai 2002, *France c/ Commission*, aff. C-482/99, *Rec. I-4397*, pts 68 à 70, ainsi que *Comitato « Venezia vuole vivere » e.a. c/ Commission*, précité, point 91 et jurisprudence citée) ».

Contrairement à ce qu'elle affirme, la Cour ne se contente pas de réitérer les jurisprudences qu'elle cite dans ce paragraphe. Elle opère une précision importante sur le critère de l'investisseur privé en exposant qu'il ne s'agit pas de savoir si l'avantage qui a été octroyé l'a été dans des conditions normales de marché mais si cet avantage *aurait pu* l'être dans des conditions normales de marché<sup>66</sup>. Cette précision fait donc glisser l'obligation de correspondre aux conditions normales de marché de la mesure comparée à celle à laquelle elle est comparée. L'inadéquation formelle de la mesure comparée aux conditions normales de marché n'est donc potentiellement plus un obstacle.

Ce travail de reformulation du critère va plus loin encore. La Cour assimile l'objectif poursuivi par l'article 107§1 TFUE avec celui poursuivi par le critère de l'opérateur privé : « 89. En outre, il a été relevé au point 78 du présent arrêt que l'application du critère de l'investisseur privé vise à déterminer si l'avantage économique accordé, sous quelque forme que ce soit, au moyen de ressources de l'État à une entreprise publique est, en raison de ses

---

<sup>64</sup> *Ibid.*, pt 85 : « S'il apparaît nécessaire, dans le cas où l'État agit en qualité d'entreprise opérant comme un investisseur privé, d'analyser son comportement à la lumière du principe de l'investisseur privé en économie de marché, l'application dudit principe doit être exclue dans l'hypothèse où celui-ci agit en tant que puissance publique. En effet, dans cette dernière hypothèse, le comportement de l'État ne peut jamais être comparé à celui d'un opérateur ou d'un investisseur privé en économie de marché ». M. Mazák s'appuie même sur cette jurisprudence pour défendre une approche formaliste, cf. J. Mazák, *op. cit.*, pts 75 et 83.

<sup>65</sup> CJUE, Gde Ch., 5 juin 2012, *EDF c/ Comm.*, aff. C-124/10 P.

<sup>66</sup> Ce qui ne va pas de soi à la lecture des jurisprudences auxquelles renvoie le paragraphe. La première, par exemple, énonce : « Les capitaux mis à disposition d'une entreprise, directement ou indirectement, par l'État, dans des circonstances qui correspondent aux conditions normales de marché ne sauraient être considérées comme des aides d'État ». Cf. CJCE, 21 mars 1991, *Italie c/ Comm. (dit ENI-Lanerossi)*, aff. C-303-88, *Rec. I-1470*, pt 20.

effets, de nature à fausser ou à menacer de fausser la concurrence et à affecter les échanges entre États membres. 90. Ainsi, cette disposition et ce critère visent à prévenir que, au moyen de ressources de l'État, l'entreprise publique bénéficiaire dispose d'une situation financière plus favorable que celle de ses concurrents (voir, en ce sens, arrêts du 15 mars 1994, *Banco Exterior de España*, aff. C-387/92, Rec. I-877, pt 14, et du 19 mai 1999, *Italie c/ Commission*, préc., pt 16) ».

Elle utilise alors cette assimilation pour appliquer au critère un ensemble d'énoncés qui avaient été construits pour l'article 107§1 : « 91. Or, la situation financière de l'entreprise publique bénéficiaire dépend non pas de la forme de la mise à disposition de cet avantage, quelle qu'en soit la nature, mais du montant dont elle bénéficie en définitive. C'est donc sans erreur de droit que le Tribunal a concentré son analyse de l'applicabilité du critère de l'investisseur privé sur l'amélioration de la situation financière d'EDF en vue de l'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence et sur les effets de la mesure en cause sur la concurrence et non sur la nature fiscale des moyens employés par l'État français ». Et la Cour peut alors conclure : « 92. Partant, il résulte de tout ce qui précède que, eu égard aux objectifs poursuivis par l'article 87, paragraphe 1, CE ainsi que par le critère de l'investisseur privé, un avantage économique, même accordé par des moyens de nature fiscale, doit être apprécié, notamment, au regard du critère de l'investisseur privé, s'il apparaît au terme de l'appréciation globale le cas échéant requise que l'État membre concerné a néanmoins, malgré l'emploi de tels moyens relevant de la puissance publique, accordé ledit avantage en sa qualité d'actionnaire de l'entreprise lui appartenant ».

La Cour a ainsi explicité les deux distinctions essentielles qui n'avaient pas été opérées par l'arrêt *Ryanair* : celle existante entre « obligations de puissance publique » et « actes de puissance publique » et celle entre « intervention présentant un caractère économique » et « activité économique », d'autre part<sup>67</sup>.

**19.** En conclusion il découle donc de cet arrêt qu'une intervention de l'État peut relever de son « rôle d'actionnaire » alors qu'elle ne constitue pas une activité économique et qu'elle comprend même l'usage de prérogatives de puissance publique. Ce caractère économique entraîne l'applicabilité du critère de l'investisseur privé. Celle-ci est justifiée par le fait qu'une telle intervention est susceptible d'octroyer un avantage économique qui n'a pas pour effet d'offrir à l'entreprise bénéficiaire une meilleure situation concurrentielle que n'aurait pu le faire une intervention équivalente effectuée dans des conditions normales de marché. Le test de l'investisseur privé en économie de marché permet de vérifier si c'est le cas en l'espèce et ainsi d'écarter des qualifications d'aides d'État inutiles au regard de l'objectif de préservation de l'ordre concurrentiel.

La Cour expose donc un champ d'applicabilité défini par le fait que l'État accorde « en sa qualité d'actionnaire (...) un avantage économique »<sup>68</sup>, ce qui est démontré lorsqu'il apparaît « clairement que l'État membre concerné a pris, préalablement ou simultanément à l'octroi de l'avantage économique, la décision de procéder, par la mesure effectivement mise en œuvre, à un investissement »<sup>69</sup>. Cette formulation du champ d'applicabilité lui donne un contenu suffisamment flou pour qu'il devienne un nouvel objet de débat. La Cour va s'employer à fixer les règles encadrant son exercice.

---

<sup>67</sup> M. Köhler, *op. cit.*

<sup>68</sup> Pt 81.

<sup>69</sup> Pt 83.

## § II – Les règles de preuve de l’applicabilité : la réintroduction de critères formels

L’approche fonctionnelle du champ d’applicabilité présente deux défauts principaux qui avaient été pointés par les tenants d’une approche plus formelle : une incertitude dans la délimitation des champs d’applicabilité et d’inapplicabilité qui pourrait engendrer une insécurité juridique (A) et une incitation pour les États à ne pas respecter leur obligation de notification (B). La Cour de justice a tenté de pallier ses défauts en réintroduisant des critères de forme au stade de la preuve de l’applicabilité.

A – Les difficultés à établir le champ d’applicabilité : une réponse par des règles entourant la charge de la preuve

**20.** Ayant rejeté l’idée que l’usage de moyens de puissance publique permettait d’établir que l’État n’avait pas pris une mesure « en qualité d’actionnaire », la Cour aurait pu laisser une incertitude sur les moyens de prouver cette qualité d’actionnaire. Elle a prévenu ce risque en décrivant les règles de preuve de l’applicabilité et de l’application du critère, permettant d’encadrer les rôles de chaque partie à chaque étape de la procédure.

**21. Une charge de la preuve de la non-application du critère reposant sur la personne invoquant l’existence d’une aide.** La Cour précise, en conformité avec sa jurisprudence antérieure, que lorsque le critère est applicable, la charge de la preuve de sa non-application repose sur la personne alléguant l’existence d’une aide. Ceci découle du fait que la démonstration de la non-application du critère est un des éléments cumulatifs de la qualification d’une aide d’État quand le critère est applicable.

**22. Un critère incertain de répartition de la charge de la preuve de l’applicabilité.** La charge de la preuve de l’applicabilité du critère est moins évidente. La cour affirme que c’est à l’État qu’il « incombe, *en cas de doute*, d’établir sans équivoque et sur la base d’éléments objectifs et vérifiables que la mesure mise en œuvre ressortit bien de sa qualité d’actionnaire »<sup>70</sup>. Elle affirme, à un autre moment, que, « *lorsqu’il apparaît* que le critère de l’investisseur privé pourrait être applicable, il incombe à la Commission de demander à l’État membre concerné de lui fournir toutes les informations pertinentes lui permettant de *vérifier si les conditions d’applicabilité et d’application de critère sont remplies* »<sup>71</sup>.

Il semble donc qu’il y ait deux types de situations : celles où il est douteux que le critère de l’investisseur privé puisse être applicable et ceux où il apparaît qu’il est possible qu’il le soit. La Cour ne développe pas le contenu de cette distinction et n’explique pas quels éléments nous placent dans l’une ou l’autre de ces situations. En s’inspirant des faits de l’espèce, on peut toutefois penser que les éléments formels joueront ici un rôle prépondérant.

Dans le cas classique d’utilisation du critère dans lesquels l’État agit par des moyens juridiques normalement appropriés à un investissement, tels que l’achat d’actions ou la conclusion d’un contrat de prêt, le critère paraît être applicable. À l’inverse, quand il utilise des prérogatives de puissance publique, telles qu’une loi d’exonération fiscale, il est douteux que le critère soit applicable. Dans le premier cas, il existe une sorte de présomption d’applicabilité du

---

<sup>70</sup> Pt 82. Souligné par nous.

<sup>71</sup> Pt 104. Souligné par nous.

critère (née de ce qu'« il apparaît que le critère de l'investisseur privé pourrait être applicable ») et la Commission ne peut donc déclarer le critère inapplicable qu'en démontrant cette assertion. Dans le second cas, il existe au contraire une présomption d'inapplicabilité, l'État devra donc invoquer l'applicabilité et fournir les éléments propres à la démontrer.

**23.** Cette solution permet de résoudre le problème pratique auquel l'approche formelle souhaitait apporter une solution. La Commission n'a pas à porter un nouveau fardeau consistant à devoir démontrer dans chaque décision relative à une aide d'État que le critère n'est pas applicable. Elle peut continuer de ne pas envisager l'applicabilité du critère dans les cas où elle ne le faisait pas (subventions, exonérations fiscales, etc.) sauf si l'État invoque que le critère est applicable et le prouve. Cette solution offre ainsi un équilibre en ne faisant pas de l'applicabilité du critère un élément que la Commission doit systématiquement analyser, tout en ne limitant pas *a priori* les opérations pouvant être déclarées conformes au « comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché ».

B – Critères d'application, critères d'applicabilité, preuves d'application, preuve d'applicabilité

**24. La seconde manifestation de ce compromis subtil opéré par la Cour réside dans les précisions apportées sur les preuves de l'applicabilité du critère.** Nous avons vu que la Cour a énoncé un critère d'applicabilité défini par le fait que « l'État membre concerné accorde en sa qualité d'actionnaire, et non pas en sa qualité de puissance publique, un avantage économique à une entreprise lui appartenant », énoncé qu'elle a précisé en ajoutant que le fait que la mesure en question ait été accordée au moyen d'actes de puissance publique ne signifie pas nécessairement que l'avantage en question a été accordé par l'État en sa qualité de puissance publique. Il convient de savoir ce que signifie donc le fait d'octroyer un avantage en sa qualité d'actionnaire et la manière dont on peut le prouver.

**25. La restriction des éléments de preuve de l'applicabilité du critère pouvant être apportés par les États.** La Cour énonce des exemples d'éléments qui permettent de démontrer cette applicabilité : « Peuvent notamment être requis à cet égard, des éléments faisant apparaître que cette décision est fondée sur des évaluations économiques comparables à celles que, dans les circonstances de l'espèce, un investisseur privé rationnel se trouvant dans une situation la plus proche possible de celle dudit État membre aurait fait établir, avant de procéder audit investissement, aux fins de déterminer la rentabilité future d'un tel investissement ». La Cour précise cependant que ces preuves ne peuvent être postérieures à l'investissement pour démontrer *a posteriori* sa rentabilité.

On voit donc encore un encadrement formel intervenir pour prévenir le risque, que l'Avocat général Mazák pointait, d'une justification de mesures d'aides par le constat rétrospectif de leur rentabilité, puisque les calculs opérés après la prise de la mesure ne peuvent prouver que la décision a été prise dans le but d'effectuer un bénéfice. Pourtant une telle limitation formelle du champ d'applicabilité, si elle est conforme à la jurisprudence antérieure, semble mettre un bémol à la démarche strictement fonctionnelle définie par la Cour dans l'arrêt. En effet, en suivant cette jurisprudence, un même apport d'argent en échange des mêmes contreparties et ayant donc les mêmes effets sur le marché peut être

constitutif d'une aide si l'État n'avait pas opéré des calculs de rentabilité avant de le faire ou ne pas être constitutif d'une aide si l'État avait opéré lesdits calculs.

**26. Les éléments de preuve de l'applicabilité du critère.** Le Professeur Cartier-Bresson<sup>72</sup> pointe à juste titre le risque d'une confusion entre les éléments prouvant l'application du critère et ceux prouvant son applicabilité. L'établissement de calculs de rentabilité constituait en effet dans la jurisprudence antérieure un élément utilisé pour déterminer l'application du critère<sup>73</sup>. Toutefois les deux assertions ne sont pas contradictoires, la seconde se contentant d'ajouter un contenu supplémentaire à la première. L'appréciation de 2012, qui fait de la réalisation de calculs de rentabilité antérieurs un élément d'applicabilité du critère, peut justifier *a fortiori* la non-application du critère qui en était antérieurement déduite.

Ainsi la distinction proposée par M. Lefèvre<sup>74</sup>, et esquissée par le Professeur Cartier-Bresson<sup>75</sup>, entre « comportement de l'État lors de l'adoption de la mesure » et « rationalité économique » de la mesure pourrait permettre d'expliquer la distinction entre applicabilité et application. Le seul effet concurrentiel de la mesure n'est en effet pas suffisant à appréhender l'applicabilité du critère puisqu'il incombe que l'État ait pris la décision d'investir et ait adopté un comportement, par le biais de calculs de rentabilité future, propre à manifester cette décision. Le fait qu'un investisseur privé normal ait été susceptible de prendre la même mesure ne suffit donc pas lui retirer la qualification d'aide ; encore faut-il que l'État ait décidé, au moment de la mesure, de se soumettre à la « rationalité économique » en ayant opéré des calculs de rentabilité.

**27.** Ainsi la Cour a réussi à opérer une synthèse entre l'approche formelle et l'approche fonctionnelle de l'applicabilité du critère. Elle a refusé une inapplicabilité *a priori* aux mesures de l'État prises au moyen d'un acte de puissance publique et maintenu l'obligation pour la Commission de justifier de la non-application du critère. Cependant, elle n'a pas imposé à la Commission de toujours envisager l'applicabilité du critère, reconnaissant que dans certains cas celle-ci n'était pas apparente et qu'il incombait donc à l'État de l'invoquer.

**Conclusion du chapitre 1.** Le caractère indéterminé *a priori* de la notion de « comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché » ne semble pas avoir été perçu comme un danger par les institutions qui l'ont élaborée. Au contraire, son émergence pour assurer le contrôle de l'investissement public a été facilité par l'indétermination *a priori* de son contenu, en faisant accepter, dans un premier temps, que certains investissements publics pouvaient être qualifiés d'aide d'État et en reportant à un stade ultérieur le soin de déterminer précisément lesquels. La solution a même paru assez bonne pour être généralisée au contrôle

---

<sup>72</sup> A. Cartier-Bresson, Applicabilité à une mesure fiscale du critère de l'investisseur privé en économie de marché, *RFDA* 2012.1188.

<sup>73</sup> Comme l'illustre la jurisprudence citée par la Cour aux paragraphes 83 et 85 de son raisonnement : CJCE, 16 mai 2005, *France c/ Comm. (dit Stardust Marine)*, aff. C-482/99, *Rec. I-4427*.

<sup>74</sup> S. Lefèvre, Charge et modalité de preuve de l'applicabilité du critère de l'investisseur privé en économie de marché : les enseignements de l'arrêt *EDF c/ Comm.*, *Revue Lamy Concurrence* 2013.33.

<sup>75</sup> A. Cartier-Bresson, *op. cit.* : « Dès lors comment vont se différencier ces deux stades de raisonnement ? Sans doute à travers l'intensité du contrôle de l'opération. Celui-ci pourrait rester relativement sommaire au stade de l'applicabilité, où la Commission devra déterminer s'il était envisageable qu'il s'agisse d'une décision d'investir. Au stade de la mise en œuvre du critère, il lui incombe de déterminer si un investisseur privé aurait effectivement pu opérer le même investissement ».



de l'ensemble des opérations de l'État sur le marché. La Cour n'a pas même voulu limiter cette indétermination par la fixation de bornes précises au champ d'applicabilité du critère qui auraient permis d'isoler un groupe de mesures dont on pouvait dire *a priori* qu'elle ne constituaient pas des opérations de l'État conforme au « comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché ».

## CHAPITRE 2 – UNE DÉTERMINATION PARTIELLE A *POSTERIORI*

« -Ordre-

Pourquoi prendrai-je plutôt à diviser ma morale en 4 qu'en 6 ? Pourquoi établirai-je plutôt la vertu en 4, en 2, en 1 ? Pourquoi en abstine et sustine plutôt qu'en « suivre nature », ou « faire ses affaires particulières sans injustice » comme Platon, ou autre chose ?

Mais voilà, direz-vous, tout est renfermé en un mot. – Oui, mais cela est inutile, si on ne l'explique ; et quand on vient à l'expliquer, dès qu'on ouvre ce précepte qui contient tous les autres, ils en sortent en la première confusion que vous vouliez éviter. Ainsi, quand ils sont tous renfermés en un, ils y sont cachés et inutiles, comme en un coffre, et ne paraissent jamais qu'en leur confusion naturelle. La nature les a tous établis sans renfermer l'un en l'autre »<sup>76</sup>.

Indéterminée au moment de sa découverte, la notion de « comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché » a fait depuis l'objet de multiples applications tant par la CJUE que par la Commission, permettant par conséquent de dégager certaines règles de nature à rendre *a posteriori* son contenu plus déterminé. Il ressort de cette pratique qu'on ne peut pas donner une définition valable, en toutes circonstances, du comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché. La doctrine et la jurisprudence ont donc procédé à de multiples divisions de cette notion pour définir ce qu'est le « comportement normal » dans différents types de situation. Chacune a ses avantages et ses inconvénients.

Nous confrontant donc à cet exercice difficile – la division de cette notion –, nous proposerons notre propre ordre de classification (Section 1). En suivant l'ordre ainsi dégagé, nous présenterons ensuite les différents éléments de définition du comportement normal de l'opérateur que l'on peut tirer du droit positif, traitant d'abord de l'investisseur privé et du créancier privé (Section 2), puis de l'opérateur privé au sens strict (Section 3).

### SECTION 1 – INTÉRÊTS ET PRINCIPES DIRECTEURS D'UNE DIVISION DE LA NOTION

Élaborer une définition du « comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché » est une tâche rendue difficile par la spécificité des sources juridiques disponibles. Cette notion n'a en effet pas fait l'œuvre d'une définition générale et abstraite par le législateur mais seulement d'applications à des cas individuels par la CJUE et la Commission.

Cette spécificité des sources implique de donner un contenu différencié à la notion en fonction des circonstances, conduisant à la diviser en plusieurs parties (§ I). Toutefois, diviser la notion de comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché implique de choisir un critère à partir duquel effectuer cette division. Celui que nous choisissons répond à un objectif : dégager différentes figures de l'opérateur privé pour lesquelles les méthodes de détermination du comportement normal en économie de marché sont les plus homogènes possible (§ II).

---

<sup>76</sup> B. Pascal, *Pensées* [texte établi par Léon Brunschvicg], Paris, Hachette, 1897, 20<sup>e</sup> fragment.

## § I – Spécificité des sources en présence et méthode de traitement

**28.** Définir le comportement normal de l'opérateur privé est une tâche difficile pour un juriste de droit romano-germanique. Les sources juridiques sur lesquelles fonder cette définition constituent principalement des déterminations de cette notion dans des cas particuliers, nécessitant de procéder par induction pour en tirer des normes de portée générale.

**29. La spécificité des sources juridiques disponibles : l'absence d'énoncé général solide juridiquement et la présence d'exemples particuliers.** Trois types de sources nous permettent de déterminer le contenu juridique de la notion de « comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché » : les décisions de la Commission, ses communications et les arrêts de la CJUE<sup>77</sup>.

Ces derniers constituent la source la plus importante juridiquement puisque l'interprétation que la CJUE donne du contenu de la notion ne peut être contredite par aucune autre institution : elle est l'interprète en dernier ressort de ce que constitue le comportement normal de l'opérateur privé en économie de marché. Les sources émanant de la Commission ne jouent donc qu'à titre subsidiaire.

Parmi les sources émanant de la Commission, les décisions présentent un plus grand intérêt que les communications. Ces dernières ne sont susceptibles que de donner des indications sur le contenu de la notion. Les juges de l'Union ont itérativement affirmé que ces communications ne pouvaient avoir pour effet de préciser la définition de l'aide d'État, laquelle inclut le contenu du critère de l'opérateur privé<sup>78</sup>. De plus, ces communications énoncent essentiellement des règles indicatives, valables sauf exceptions non définies, qui ne fournissent donc pas de certitudes sur le contenu de la notion<sup>79</sup>.

Il s'ensuit que les sources principales de définition en droit positif de la notion de comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché ne sont pas des règles de portée générale mais une succession de déterminations dans des cas singuliers de ce qu'est le

---

<sup>77</sup> Nous mettons de côté la jurisprudence nationale tant en raison de la valeur juridique secondaire de son interprétation qui est subordonnée à celle opérée par les institutions européennes, conformément au principe de primauté, que par manque de temps pour la traiter. Il nous semble toutefois, d'après une lecture non exhaustive de cette jurisprudence, que le juge français respecte son obligation de laisser le soin à la CJUE de trancher les difficultés d'interprétation sur le contenu du critère. Les nombreux arrêts de la Cour de justice rendus sur question préjudicielle du Conseil d'État que nous mobilisons dans ce mémoire l'illustrent.

<sup>78</sup> Dans CJCE, 24 févr. 1987, *Deufil c/ Comm.*, aff. C-310/85, *Rec.* 901, pt 22, la Cour affirme que « le code des aides constitue des règles indicatives définissant les lignes de conduite que la Commission entend suivre et qu'elle demande aux États de respecter (...). Il n'a pas dérogé aux dispositions des articles 92 et 93 du traité et ne pouvait pas le faire ». Plus récemment, l'arrêt TUE, 3 juill. 2014, *Ciudad de la Luz c/ Comm.*, aff. T-319/12, T-321/12, pt 46 : « La qualification d'une mesure d'aide d'État ne saurait donc dépendre d'une appréciation subjective de la Commission et doit être déterminée indépendamment de toute pratique administrative antérieure de la Commission, à la supposer établie ». Nous reviendrons sur la nature du pouvoir de la Commission dans la définition du « comportement normal de l'opérateur privé en économie de marché » dans les points 94 et suivants.

<sup>79</sup> Par exemple, la communication de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État sous forme de garanties, *JOUE C 71/07*, 11 mars 2000, pt 3.6, qui conclut 6 pages de de précisions sur l'application du critère de l'opérateur privé aux garanties d'emprunt par la phrase suivante : « Le non-respect de l'une quelconque des conditions prévues aux points 3.2 à 3.5 n'implique pas que la garantie ou le régime de garantie est automatiquement qualifié d'aide d'État. En cas de doute quant au caractère d'aide d'État d'une garantie ou d'un régime de garantie envisagé, le projet doit être notifié à la Commission ».

comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché.

**30. Les modes de raisonnement à appliquer à ces sources : la priorité donnée à l'induction.** Nous pouvons raisonner de deux manières différentes pour tirer de ces sources des éléments généraux de définition du « comportement normal de l'opérateur privé en économie de marché ».

Hormis les communications de la Commission, dont on a souligné l'intérêt secondaire qu'elles revêtent, ces sources sont des applications du critère de l'opérateur privé en économie de marché à des cas particuliers. C'est principalement par une logique inductive que nous pourrions dégager la définition de la notion qui fonde implicitement cette cohérence des décisions sur des cas individuels. Le produit de notre travail sur ces sources sera donc tributaire des défauts que ce type de raisonnement présente. Les logiciens ont en effet montré les limites de ce raisonnement : on ne peut déduire de ce que l'on n'a jamais observé quelque chose que cette chose est impossible. On ne peut que le supposer, le juger probable<sup>80</sup>. Ainsi, le constat que, dans certaines circonstances, tel comportement est jugé normal ne pourra que nous amener à juger probable qu'il le soit toujours.

Nous pourrions partiellement compenser ces défauts par l'utilisation des motifs donnés par la CJUE et la Commission. La motivation des arrêts de la CJUE et des décisions de la Commission vise en effet à expliquer sur quelles considérations générales ces institutions se sont fondées pour déterminer quel aurait été le comportement normal d'un opérateur privé. On pourrait donc théoriquement se fonder sur ces explications, les synthétiser et les systématiser, pour en dégager des éléments d'une définition générale de la notion. Cette possibilité semble d'autant plus praticable que la CJUE n'est pas soumise à *l'imperatoria brevitatis* qui caractérise les motifs des arrêts des juridictions françaises. Toutefois, la lecture de ces motivations montre qu'elles n'ont pas toujours la cohérence que l'on pouvait espérer y trouver. Les justifications apportées à une même règle peuvent varier dans le temps, les fondements théoriques peuvent évoluer. De plus, le juge se montre souvent réticent à formuler des considérations générales, préférant circonscrire ses motifs à la seule justification de la décision prise en l'espèce. Il nous faudra ainsi parfois proposer des explications du contenu du comportement normal de l'opérateur privé qui s'écartent de certains des motifs apportés par ces institutions ; si bien qu'en définitive, les multiples déterminations au cas par cas par la Commission et la CJUE de ce qu'aurait été le comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché demeurent, malgré les incertitudes que leur généralisation suscite, la base juridique la plus solide pour rendre compte du contenu donné à cette notion en droit positif.

**31. Une définition de la notion passant par son fractionnement.** Les deux types de raisonnement convergent cependant sur un même constat : la nécessité de diviser la notion ; tant la détermination particulière de la notion de « comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché » que les discours plus généraux tenus sur la notion conduisent à fixer des règles de détermination du comportement normal d'un opérateur privé valables seulement dans certains cas.

L'histoire du critère de l'opérateur privé incline d'ailleurs à opérer une telle division puisqu'il est lui-même la généralisation de critères particuliers qui ont existé avant lui : critère

---

<sup>80</sup> B. Saint-Sernin, « INDUCTION, philosophie » in *Encyclopédie Universalis* [en ligne], consulté 15 juin 2015, <http://www.universalis-edu.com.ezscd.univ-lyon3.fr/encyclopedie/induction-philosophie>.

de l'investisseur privé et critère du créancier privé. Ces anciennes composantes forment ainsi des sous-catégories, déjà mobilisables pour déterminer des règles particulières de détermination du comportement normal de l'opérateur privé en économie de marché.

## § II – Le choix d'une classification

Plusieurs classifications des différentes figures de l'opérateur privé en économie de marché ont été proposées par la doctrine. Beaucoup de ces classifications se fondent sur les différentes formes possibles d'opérations de l'État sur le marché et tentent de dégager une définition du comportement normal de l'opérateur privé applicable dans chacun de ces cas.

Toutefois, le critère-clef de définition du comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché étant la rationalité des opérations qu'il entreprend, la détermination d'un contenu homogène fondé sur cette catégorisation formelle des opérations échoue (A). Le critère pertinent de classification nous semble être en réalité celui du type économique des opérations, lequel conduit à utiliser des méthodes de détermination du comportement normal fondé sur des modèles économiques homogènes (B).

### A – Critique des classifications existantes

**32. L'insuffisance du seul critère de la forme de l'opération.** Parmi les principales classifications du critère de l'opérateur privé proposées par la doctrine de langue française, celles de MM. Karydis<sup>81</sup> et Grard<sup>82</sup> illustrent les tentatives opérées de créer un découpage fondé sur la forme juridique de l'opération.

Ces deux auteurs procèdent à des classifications relativement proches. Tous deux définissent d'abord une figure de l'investisseur privé caractérisée par la prise de participations au capital de l'entreprise et une figure du créancier privé qui concerne les prêts, garanties d'emprunt et octrois de délais de paiement. Ils divergent toutefois sur les autres figures qu'ils définissent. M. Karydis reste fidèle à la terminologie dégagée par la Cour et range donc toutes les autres opérations restantes sous le critère unique de « l'opérateur avisé en économie de marché ». La définition qu'il donne du contenu de cette troisième figure est particulièrement intéressante puisque, visant à justifier la cohérence de l'ensemble des comportements ainsi regroupés par la Cour, il cesse de procéder à une analyse purement formelle des opérations concernées pour montrer leurs points communs économiques. M. Grard, en revanche, va jusqu'au bout de ce découpage du critère de l'opérateur privé en fonction des formes juridiques des opérations : il élabore une figure de l'« acheteur privé » qui concerne les actes d'achat, du « vendeur privé » qui concerne les actes de vente et enfin un concept de « relations entre une société-mère et sa filiale » qui concerne les relations entre entreprises appartenant à un même groupe.

Cette classification a pour avantage principal d'être particulièrement claire : au moyen d'un critère formel simple, elle tente d'ordonner l'ensemble des règles d'application dégagées par la CJUE. Elle nous semble cependant de nature à induire en erreur en laissant croire que l'on peut définir un comportement-type de l'opérateur privé en économie de marché pour

---

<sup>81</sup> G. Karydis, Le principe de l'opérateur économique privé, critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'État, au sens de l'article 87§1 du traité CE, *RTDE* 2003.389.

<sup>82</sup> L. Grard, « Aide d'État (notion) », *Jurisclasseur Europe traité*, fasc. n° 1530, 30 avr. 2011.

chacune de ces figures. Pour ne donner qu'un seul exemple – le plus évident – les opérations de prêt peuvent relever selon la jurisprudence tantôt de la figure de l'investisseur privé, tantôt de celle du créancier privé. Cette différence a de réelles implications sur la définition du comportement normal que l'opérateur privé adopterait dans l'une ou l'autre des hypothèses, notamment les taux d'intérêts qu'il exigerait<sup>83</sup>.

**33. Le caractère déterminant de la raison économique de l'opération.** Ce qui fonde en réalité la classification de la Cour, ce sont les différentes manières dont la rationalité économique se déploie en fonction des circonstances. En effet, la définition du comportement normal de l'opérateur privé en économie de marché se confond avec celle du comportement économiquement rationnel<sup>84</sup>. Or les moyens d'apprécier la rationalité économique dépendent de circonstances économiques qui ne recoupent que partiellement les formes juridiques des transactions.

La classification opérée par Mme Berrod<sup>85</sup> nous semble ainsi être la plus proche de la jurisprudence. Celle-ci reprend les trois figures dégagées à l'époque par la Cour : l'investisseur privé, le créancier privé et l'opérateur privé, qu'elle définit en utilisant le critère de « la ratio économique de l'action étatique<sup>86</sup> ». Mme Berrod en tire alors les définitions suivantes : l'investisseur privé « prétend réaliser une opération financière susceptible de lui rapporter des bénéfices à plus ou moins long terme<sup>87</sup> » ; le créancier privé « cherch[e] à obtenir le paiement de sommes qui lui sont dues par un débiteur connaissant des difficultés financières »<sup>88</sup> ; l'opérateur privé couvre les opérations qui ne sont concernées par aucun des deux précédents critères<sup>89</sup>.

## B – Proposition d'une classification alternative

**34.** La classification que nous proposons conduit à modifier légèrement la classification utilisée expressément par la CJUE pour la mettre en conformité avec les méthodes effectivement utilisées pour déterminer le comportement normal de l'opérateur privé. Ceci amène à diviser la figure de l'investisseur privé entre, d'une part, l'investisseur privé exposé et, d'autre part, l'investisseur privé non exposé. On peut alors dégager trois types de situations : l'investisseur privé non-exposé, l'investisseur privé exposé et le créancier privé pris ensembles et, enfin, l'opérateur privé au sens strict.

**35. La recomposition de la distinction entre investisseur privé et créancier privé.** L'observation des méthodes utilisées pour déterminer le comportement normal de l'opérateur privé en économie de marché montre qu'une même méthode est employée et pour la figure du créancier privé et pour certains cas d'application de la figure de l'investisseur privé. Celle-ci

---

<sup>83</sup> CJCE, 29 avr. 1999, *Espagne c/ Comm. (dit Tubacex)*, aff. C-342/96, *Rec. I-2549*, précise que dans le premier cas le taux d'intérêt normal exigible sera celui du marché, tandis que dans le second ce sera le taux d'intérêt légal.

<sup>84</sup> Cette affirmation est aujourd'hui explicite dans la jurisprudence, cf. CJUE, 4 sept. 2014, *SNCM et France c/ Corsica Ferries*, aff. C-533, pt 38.

<sup>85</sup> F. Berrod, « Aides (Notion) », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2014.

<sup>86</sup> F. Berrod, pt 115.

<sup>87</sup> *Ibid.*, pt 118.

<sup>88</sup> *Ibid.*, pt 123.

<sup>89</sup> *Ibid.*, pt 130.

consiste à comparer le bénéfice généré par l'opération et celui que générerait un « scénario contrefactuel » constitué par une inaction de l'État et la mise en liquidation de l'entreprise<sup>90</sup>. Ce scénario est pertinent dans les hypothèses où l'opérateur privé est exposé à des risques économiques en cas de détérioration de la situation de l'entreprise bénéficiaire, que ce soit en raison de créances qu'il détient ou de garanties d'emprunt qu'il a contractées (hypothèses correspondant au critère du créancier privé) ou bien d'autres formes d'investissements qu'il a déjà opérées dans l'entreprise et dont le rendement serait diminué en cas d'inaction (hypothèse de l'investisseur privé exposé). Nous présenterons donc successivement le comportement normal de l'investisseur privé non-exposé puis celui de l'investisseur exposé et du créancier privé.

**36. L'explication de la division entre opérateur privé au sens strict, d'une part, et investisseur et créanciers privés, d'autre part.** Les opérations de l'investisseur privé et du créancier privé ont, dans leur ensemble, une caractéristique commune : elles impliquent, quand bien même elles seraient réalisées dans des conditions normales de marché, l'octroi d'un avantage économique unilatéral de l'opérateur privé à l'entreprise bénéficiaire, dans l'espoir d'obtenir un profit futur (ou une diminution des pertes). Elles ont toutes pour effet, même lorsqu'elles sont opérées dans des conditions normales de marché, d'accroître la valeur du patrimoine des entreprises qui en bénéficient. Déterminer le comportement normal de l'opérateur privé consiste alors à déterminer si les bénéfices futurs qu'il peut espérer en retirer l'auraient conduit à accepter de mettre cet avantage à disposition.

Les opérations restantes ont en revanche toutes en commun de ne pas impliquer l'octroi d'un tel avantage unilatéral quand elles sont réalisées dans des conditions normales de marché. Elles impliquent normalement la constitution d'obligations réciproques, de valeurs marchandes égales, de sorte que les deux parties obtiennent chacune autant qu'elles apportent. Déterminer le comportement normal de l'opérateur privé dans ce cas de figure consiste donc en principe à examiner si la valeur marchande des obligations échangées est équivalente.

**37. La réintroduction du critère formel dans un second temps.** La forme de l'opération n'est cependant pas dénuée de tout intérêt. L'exigence de précision dont est porteur le raisonnement juridique peut trouver dans la catégorisation formelle des règles plus précises de détermination de ce qu'est le comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché à condition que *l'on considère les opérations formellement identiques au sein d'une des catégories que nous avons décrites plus haut*. Ainsi, pour reprendre l'exemple des opérations de prêt, on peut dégager des indications précises du comportement normal d'un investisseur privé non exposé réalisant un prêt à une entreprise.

La plupart des communications de la Commission sur l'application du critère de l'opérateur privé portent ainsi sur des formes particulières d'opérations telles que les garanties publiques, les ventes de terrain ou encore les prises de participation au capital. Nous nous appuyerons donc parfois sur des catégories d'opérations pour présenter la manière dont on leur applique les différentes figures de l'opérateur privé.

---

<sup>90</sup> Cf. projet de communication de la Commission sur la notion d'aide d'État (disponible sur le site de la Commission : [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014\\_state\\_aid\\_notion/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/index_en.html)), pts 109 et 110.

## SECTION 2 – L'INVESTISSEUR PRIVÉ (EXPOSÉ ET NON EXPOSÉ) ET LE CRÉANCIER PRIVÉ

Le comportement normal de l'investisseur privé ou du créancier privé diffère si ces deux opérateurs sont exposés économiquement à l'entreprise qui bénéficie de leur action (§ II) ou s'ils ne le sont pas (§ I).

### § I – L'investisseur privé non exposé

**38. Le champ recouvert par la notion.** La figure jurisprudentielle de l'investisseur privé en économie de marché est sans doute la moins cohérente de toutes les figures particulières de l'opérateur privé. La Cour semble toujours hésiter entre la constituer en figure cohérente ou en faire une figure de droit commun applicable par défaut, rôle normalement tenu par le critère de l'opérateur privé lui-même.

Historiquement, ce rôle de figure de droit commun a pu s'expliquer par le fait qu'elle a été la première dégagée par la jurisprudence. L'inexistence d'autres figures concurrentes a ainsi pu expliquer certaines des utilisations qui en ont été faites.

Cependant, même après la découverte du critère générique de l'opérateur privé par la CJUE, l'utilisation du terme d'investisseur privé dans la jurisprudence est restée très aléatoire. On pourrait multiplier les exemples d'opérations étant tantôt examinées au regard du critère de l'investisseur privé, tantôt au regard d'un autre critère, sans qu'aucune logique n'apparaisse. Ainsi les opérations de ventes de terrain ont pu être examinées soit au regard de ce critère, soit au regard de celui du « vendeur privé en économie de marché ». De plus, cette figure fait l'objet de ses propres fractionnements, à l'instar de la figure du « réassureur privé en économie de marché »<sup>91</sup> ; sa cohérence apparaît d'autant plus confuse.

La seule définition générale qui ait été donnée par la jurisprudence caractérise ce critère par l'existence d'une « injection de capital »<sup>92</sup>. Cette définition semble cependant avoir été abandonnée puisque des opérations ne procédant pas à des injections de capital ont été ultérieurement examinées à l'aune de ce critère. Si cette définition n'a été affirmée qu'une fois et contredite par des cas ultérieurs d'application du critère de l'investisseur privé à des opérations ne procédant pas à de telles augmentations du capital de l'entreprise, elle nous semble la plus à même de donner une cohérence à cette figure en délimitant son champ d'application.

**39. L'objectif de l'investisseur privé : la rentabilité.** Ce qui caractérise les opérations de l'investisseur privé est leur objectif qui consiste en « [la réalisation d'une] opération financière susceptible de lui rapporter des bénéfices à plus ou moins long terme ». Cela signifie que l'investisseur privé est la figure de l'opérateur privé mettant à disposition des fonds à une entreprise dans le but d'obtenir un retour sur investissement<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> TUE, 25 juin 2015, *SACE et Sace BT c/ Comm.*, aff. T-305/13, pt 111.

<sup>92</sup> TPICE, 13 juin 2000, *EPAC et Portugal c/ Comm.*, aff. T-204/97, T-270/97, *Rec. II-2272*, pt 68.

<sup>93</sup> Dès l'affaire *Meura* et la première définition par la Cour du critère de l'investisseur privé, le caractère fondamental du but de rentabilité est affirmé : « Il convient notamment d'apprécier si, dans des circonstances similaires, un associé privé se basant sur les possibilités de rentabilité prévisible, abstraction faite de toute



La Cour s'est attachée à préciser les contours de cet objectif de rentabilité. Dès 1991, la Cour va suivre les conclusions de l'Avocat général Van Gerven<sup>94</sup> en précisant que : « Si le comportement de l'investisseur privé auquel doit être comparée l'intervention de l'investisseur public poursuivant des objectifs de politique économique, n'est pas nécessairement celui de l'investisseur ordinaire plaçant des capitaux à plus ou moins court terme, il doit au moins être celui d'un holding privé ou d'un groupe privé d'entreprises poursuivant une politique structurelle, globale ou sectorielle, et guidé par des perspectives de rentabilité à plus long terme »<sup>95</sup>.

Elle expose aussi que : « De telles décisions [d'investissement] peuvent être motivées non seulement par la probabilité d'en tirer un profit matériel indirect, mais également par d'autres préoccupations, comme le souci de maintenir l'image de marque du groupe, ou de réorienter ses activités »<sup>96</sup>. Elle encadre toutefois la prise en compte de ces objectifs secondaires en énonçant que « toutefois, lorsque les apports de capitaux d'un investisseur public font abstraction de toute rentabilité, même à long terme, de tels apports doivent être considérés comme des aides »<sup>97</sup>.

Ces arrêts ne remettent donc pas en cause le primat de l'objectif de rentabilité. Ils refusent seulement une vision trop étriquée et court-termiste de cet objectif. Des objectifs secondaires qui atténuent la rentabilité immédiate d'un investissement, telle que la préservation de l'image de marque, peuvent être pris en compte par un investisseur privé, dans la mesure où elles lui permettront une plus grande rentabilité sur le long terme et sont donc des mesures économiquement rationnelles<sup>98</sup>.

L'exigence de rentabilité constitue ainsi la pierre angulaire de la figure de l'investisseur privé. Elle fonde les règles d'application du sous-critère qui constituent un test de la rationalité économique de l'investissement public. Elles visent à déterminer la rentabilité prévisible de l'investissement au jour où il a été opéré puis de comparer ce taux de rendement à celui qu'un investisseur privé aurait exigé dans les mêmes conditions.

**40. L'établissement de calculs préalables à la décision : le comportement de l'investisseur privé raisonnable.** L'examen de la rentabilité de l'investissement doit être opéré en se plaçant au jour où l'investissement a été effectué. Un tel examen court cependant le risque d'être parasité par les éléments ultérieurs connus au jour où la Commission ou le juge doit examiner la conformité de l'investissement public au critère de l'investisseur privé. La Commission et la Cour ont résolu ce problème en incluant, dans le test de l'investisseur privé, l'obligation pour l'organisme public qui se prévaut de ce sous-critère d'avoir réalisé, antérieurement à sa décision d'investir, des calculs économiques de la rentabilité escomptée. Cette exigence est justifiée dans la jurisprudence par la substitution du terme « d'investisseur privé en économie de marché », habituellement utilisé, par celui d'« investisseur rationnel », d'« investisseur prudent », d'« investisseur avisé », dont le comportement n'est pas nécessairement celui de tout investisseur privé mais celui que le critère impose. Ces calculs serviront ainsi de base objective aux débats sur la rationalité économique de l'investissement.

---

considération sociale ou de politique régionale ou sectorielle, aurait procédé à un tel apport en capital », aff. C-40/85, préc., pt 13.

<sup>94</sup> W. Van Gerven, Concl. du 10 janv. 1991 ss CJCE, 21 mars 1991, *Italie c/ Comm. (dit Alfa Roméo)*, aff. C-305/889, Rec. I-1625, pts 11-13, et ss *Italie c/ Comm. (dit ENI-Lanerossi)*, aff. C-303/88, Rec. I-1451, pts 13-14.

<sup>95</sup> CJCE, 21 mars 1991, *Italie c/ Comm. (dit ENI-Lanerossi)*, préc., Rec. I-1470, pt 20.

<sup>96</sup> *Ibid.*, pt 21.

<sup>97</sup> *Ibid.*, pt 22.

<sup>98</sup> CJUE, 4 sept. 2014, *SNCM c/ Corsica Ferries*, aff. C-533/12 P et C-536/12 P, pts 39-43.

Nous avons déjà vu que l'existence de tels calculs économiques préalables à la décision avait été examinée par la Cour dans l'arrêt *EDF* de 2012 comme élément démontrant l'applicabilité du critère<sup>99</sup>. Un tel emploi aurait pu être justifié en admettant que, auparavant, il était tacitement question de l'applicabilité, laquelle conditionne l'application. La Cour aurait alors pu expliquer qu'elle avait précisé sa jurisprudence antérieure. Toutefois, comme nous l'avons vu aussi, la Cour a continué d'examiner la réalisation au stade de l'application du critère aussi, ne dissipant pas la confusion entre application et applicabilité. Cette exigence de calculs préalables figure donc aussi dans les conditions d'application du critère.

Au moyen de ces calculs préalables, on pourra examiner, tout d'abord, la justesse des calculs effectués et en corriger les éventuelles « erreurs », puis on pourra retenir un taux de rendement prévisible de l'investissement. Ceux-ci permettent de fournir des données qui constituent la base objective pour discuter de l'application du sous-critère.

**41. Le calcul de la rentabilité exigée par un investisseur privé non exposé.** Il ne suffit cependant pas à un investissement d'être rentable pour satisfaire au test de l'investisseur privé. Malgré une utilisation de ce critère par la Commission qui est restée longtemps cantonnée à la qualification d'aide d'investissements non rentables, il peut aussi conduire à qualifier d'aides des investissements jugés insuffisamment rentables<sup>100</sup>. La question-clé de la mise en œuvre du sous-critère de l'investisseur privé est alors celle de la méthode de construction de ce que le droit considère comme le taux de rentabilité normal d'un investissement exigé par un investisseur privé en économie de marché.

Deux méthodes sont alors possibles : une « méthode empirique », celle du *pari passu* quand un investisseur privé comparable réalise effectivement un investissement similaire à celui de l'organisme public ; une « méthode comparative »<sup>101</sup>, fixant un taux de rentabilité acceptable quand il n'existe pas d'investissement *pari passu* mais que l'on peut comparer l'investissement opéré à d'autres investissements comparables sur le marché.

**42. Le *pari passu*.** Le principe du *pari passu* est plutôt simple : quand un opérateur privé réalise un investissement dans les mêmes conditions qu'un opérateur public, l'opération réalisée par ce dernier doit être considérée comme conforme aux conditions normales de marché. Toutefois cette démarche qui paraît *a priori* simple l'est beaucoup moins au moment de sa mise en œuvre, en raison de la difficulté à déterminer en quoi deux investissements peuvent être considérés comme comparables. Il résulte de la jurisprudence que ceux-ci doivent être faits dans la même entreprise, qu'ils doivent se faire à des conditions de rémunération *quasi* identiques<sup>102</sup>, qu'ils doivent être réalisés simultanément<sup>103</sup> et dans des proportions

---

<sup>99</sup> Cf. pt 26.

<sup>100</sup> TPICE, 6 mars 2003, *West deutsche Landesbank Girozentral et Land Nord-Rhein Westfalen c/ Comm.*, aff. T-228/99 et T-233/99, *Rec.* II-445, pt 314 : « Or il y a lieu de souligner que, normalement, un investisseur privé ne se contente pas du fait qu'un investissement ne lui cause pas de pertes, ou qu'il lui rapporte des bénéfices limités. En effet, il cherchera une maximisation raisonnable du rendement de son investissement, en fonction des circonstances présentes et de la satisfaction de ses intérêts à court, à moyen et à long terme, y compris dans le cas d'un investissement dans une entreprise dans le capital social de laquelle il détient déjà une participation ».

<sup>101</sup> Projet de communication de la Commission sur la notion d'aide d'État, *op. cit.*, pt 86.

<sup>102</sup> TPICE, 12 déc. 1996, *Air France c/ Comm.*, aff. T-358/94, *Rec.* II-2112, pts 151-152 ; CJUE, 4 sept. 2014, *SNCM e.a. c/ Corsica Ferries*, aff. C-533/12 P, C-536/12 P, pts 55-56.

<sup>103</sup> CJCE, 14 févr. 1990, *France c/ Comm. (dit Boussac)*, aff. C-301/87, *Rec.* I-351, pt 40.

équivalentes<sup>104</sup>.

L'ensemble de ces conditions ont le double effet de restreindre les hypothèses dans lesquelles le *pari passu* peut être utilisé dans le but de déterminer si l'investissement réalisé l'aurait été par un investisseur privé et de rendre plus incertain la détermination des cas dans lesquels il peut être appliqué. Ainsi, il semble que le *pari passu* soit aujourd'hui principalement circonscrit à des cas dans lesquels l'État a volontairement décidé de réaliser un investissement similaire à un investissement privé, le critère de la simultanéité rendant *quasi* impossible un *pari passu* involontaire. Par exemple, la recapitalisation de PSA l'année dernière suivait un tel modèle puisque l'on a vu l'État français et le groupe chinois Dong Feng souscrire chacun 750 millions d'euros des nouvelles actions émises<sup>105</sup>. En ce qui concerne la difficulté à déterminer de manière certaine la présence d'une situation de *pari passu*, cette dernière se manifeste dans l'appréciation plus économique que juridique de l'équivalence des rémunérations, des volumes investis et surtout par la prise en compte des motifs d'investissements.

La différence de situation des investisseurs et de leur relation à l'entreprise bénéficiaire peut en effet conduire à apprécier de manière différenciée la rationalité économique de deux investissements formellement identiques. Celle-ci diffère suivant que l'investisseur est déjà ou non exposé à l'entreprise par la possession d'une part du capital, que l'investissement s'insère dans une stratégie de groupe et toute autre particularité pouvant donner un intérêt particulier à chaque investisseur. Une telle exigence est bien illustrée par le refus de reconnaître un investissement *pari passu* dans l'arrêt *Alitalia* au motif que l'investissement privé de référence avait été opéré par les salariés de l'entreprise, lesquels avaient un intérêt particulier à voir survivre l'entreprise, fût-ce en effectuant un investissement moins bien rémunéré<sup>106</sup>.

Cette complexification des conditions du *pari passu* et leur imprévisibilité ont conduit à la notification de régimes très précis d'investissements à la Commission, permettant d'isoler des formes prédéterminées d'investissements<sup>107</sup> qu'elle estime remplir les critères du *pari passu* et de garantir ainsi une forme de sécurité juridique.

**43. L'élaboration d'un taux de rentabilité exigé à partir du taux moyen pratiqué sur le marché considéré.** Cette méthode a été élaborée par la Commission à la fin des années 1990 dans des décisions concernant le secteur de l'aviation<sup>108</sup>, avant d'être perfectionnée et

---

<sup>104</sup> TPICE, 12 déc. 1996, *Air France c/ Comm.*, aff. T-358/94, *op. cit.*, pt 149. La Commission a jugé que les proportions n'étaient pas équivalentes dans une affaire où l'investissement privé représentait 10 % de la valeur totale de l'investissement (Décis. 2012/157/UE de la Commission du 7 déc. 2011 relative à des aides de compensation versées par l'organisme grec d'assurances agricoles (ELGA) pendant les années 2008 et 2009) et a en revanche accepté cette équivalence dans une affaire où il représentait 30 % (Décis. de la Commission du 11 déc. 2007 relative à une aide accordée par la commune d'Amsterdam en faveur de Glasvezelnet Amsterdam pour un investissement dans un réseau d'accès en fibre optique, 2008/729/CE, pts 96 à 100). Cf. Communication de la Commission, Lignes directrices relatives aux aides d'État visant à promouvoir les investissements en faveur du financement des risques, *JOUE* C 19/04, 22 janv. 2014, pts 31 à 36. On peut cependant douter qu'on puisse tirer de ces décisions des règles de portée générale, ces seuils devant être analysés conjointement à d'autres éléments pour apprécier l'équivalence.

<sup>105</sup> M. Amiot, PSA, une bonne affaire pour Dongfeng et l'État français, *Les Échos*, 4 déc. 2014, disponible sur : [http://www.lesechos.fr/journal20141204/lec2\\_industrie\\_et\\_services/0203982414192-psa-une-bonne-affaire-pour-dongfeng-et-letat-francais-1071260.php](http://www.lesechos.fr/journal20141204/lec2_industrie_et_services/0203982414192-psa-une-bonne-affaire-pour-dongfeng-et-letat-francais-1071260.php), consulté le 18 août 2015.

<sup>106</sup> TPICE, 12 déc. 2000, *Alitalia c/ Comm.*, aff. T-296/97, *Rec.* II-3875, pts 82 à 84.

<sup>107</sup> Cf. « Vade-Mecum sur les règles applicables aux dispositifs d'ingénierie financière » in Circulaire du Premier ministre n° 5568/SG du 5 janv. 2012, relative aux dispositifs d'ingénierie financière, p. 5-8.

<sup>108</sup> *Ibid.*, pts 97 à 171. La méthode avait été exposée antérieurement dans la Communication de la Commission sur l'application des articles 92 et 93 du traité CE et de l'article 61 de l'accord EEE aux aides d'État dans le secteur de l'aviation, C 350/05, *JOCE* 10 déc. 1994, pts 28 et 29.

définitivement validée par la CJUE dans une série d'affaires concernant les banques régionales détenues par les *Länder* allemands. Après une annulation pour insuffisance de motivation dans l'arrêt *WestLB*<sup>109</sup>, la Commission a vu sa méthode validée par le TUE dans l'arrêt *Bundesverband*<sup>110</sup>. Celle-ci s'inspire de la méthode dite MEDAF (Modèle d'Évaluation des Actifs Financiers, aussi appelée CAPM pour Capital Asset Pricing Model<sup>111</sup>), laquelle est résumée de la manière suivante :

*Taux de rendement minimum exigible = taux de rendement sans risque + (prime de risque moyenne des investissements opérés dans le même secteur x  $\beta$ )*

$\beta$  correspond au facteur d'individualisation du risque pour l'investissement concerné. C'est la donnée la plus importante de cette méthode. La Commission a recours à plusieurs expertises pour déterminer la valeur des composantes de cette équation. L'essentiel des débats contentieux portera sur ce facteur d'individualisation, chaque requérant faisant valoir les conditions particulières justifiant qu'un investisseur privé aurait octroyé une prime plus basse ou plus haute que la prime moyenne du secteur concerné<sup>112</sup>.

Il existe ainsi un très grand nombre de circonstances particulières pouvant amener à s'écarter, à la hausse ou à la baisse, du taux moyen de rentabilité dans le secteur en cause. On peut ainsi remarquer que le TUE a refusé de prendre en considération la taille de l'investissement au motif que la réception d'un seul grand investissement ou de plusieurs petits était indifférent pour l'entreprise bénéficiaire et ne devait donc pas faire l'objet d'un prix supérieur<sup>113</sup>.

L'appréciation de cette rentabilité doit toujours se faire compte tenu de la situation et des informations disponibles à la date de l'investissement, c'est-à-dire celle ou l'investisseur a contracté une obligation juridique d'investir<sup>114</sup>. Il en découle qu'une mesure ne peut être qualifiée d'investissement non conforme au comportement normal d'un investisseur privé que si elle crée une obligation juridique pour son auteur et non en raison de ses seuls effets sur le marché<sup>115</sup>.

**44. L'examen différencié des prises de participations au capital et des prêts.** La particularité de l'analyse des opérations de prêt à l'aune du sous-critère de l'investisseur privé a été examinée dans l'arrêt *Cityflyer Express* de 1998<sup>116</sup>. Le TPICE y précise notamment que, dans

---

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> TUE, 3 mars 2010, *Bundesverband Deutscher Banken c/ Comm.*, aff. T-163/05, Rec. II-387.

<sup>111</sup> Pour des explications sur cette méthode économique et des discussions sur la pertinence de son utilisation dans l'application du critère de l'opérateur privé, voir : Décis. 20 oct. 2004 concernant une aide de l'Allemagne en faveur de l'entreprise Westdeutsche Landesbank – Girozentrale, *JOUE* 7 nov. 2006, L 307/22, pt 213. Voir également J. Derenne, C. Kaczmarek, Regards sur le principe de l'investisseur privé en économie de marché, *JTDE* mars 2011, p. 61 et P. Nicolaidis, Taxes, the Cost of Capital and the Private Investor Principle, *ESTAL* 2/2013, p. 243-245 ; P. Nicolaidis, I.E. Rusu, Private Investor Principle: What benchmark and whose money?, *ESTAL* 2/2011, p. 237-248. V. aussi TUE, 3 juill. 2014, *Espagne et Ciudad de la Luz c/ Comm.*, aff. T-319/12, T-321/12, pts 36 à 139, dans lequel toutes les étapes de mise en œuvre de cette méthode par la Commission sont discutées par le Tribunal.

<sup>112</sup> Le rendement prévisible ainsi obtenu servira ensuite de base au calcul du TRI (Taux de Rendement de l'Investissement) et à la VAN (Valeur Actuelle Nette), lesquelles valeurs permettent à la Commission d'apprécier la rationalité de l'investissement. Cf. Projet de communication de la Commission sur la notion d'aide d'État, préc., pts 104 à 108.

<sup>113</sup> *Ibid.*, pts 109 et 110.

<sup>114</sup> TPICE, 12 déc. 1996, *Air France c/ Comm.*, aff. T-358/94, préc., pt 79.

<sup>115</sup> TUE, 2 juill. 2015, *France et Orange c/ Comm.*, aff. T-425/04 RENV et T-444/04 RENV, pt 217.

<sup>116</sup> TPICE, 30 avr. 1998, *Cityflyer Express c/ Comm.*, aff. T-16/96, Rec. II-757, pts 51 à 58 et 76 à 97.

une opération de prêt, l'anormalité peut se situer à deux niveaux : dans l'octroi du prêt lui-même ou bien dans le taux d'intérêt retenu. Le prêt est anormal si l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas pu obtenir d'un investisseur privé la somme qu'on lui a octroyé, à quelque taux que ce soit. Dans ce cas, l'ensemble du capital apporté est constitutif d'une aide d'État. Le taux est considéré comme anormal si l'entreprise bénéficiaire aurait pu obtenir le même prêt mais à un autre taux d'intérêt. Si le taux accordé est inférieur au taux correspondant à des conditions normales de marché, c'est l'écart entre ces deux taux qui est constitutif d'une aide d'État.

La Commission a donné des indications, dans sa communication sur les taux de référence et d'actualisation<sup>117</sup>, sur la manière de calculer le taux d'intérêt normal d'un prêt en l'absence de prêts similaires réalisés par des opérateurs privés qui puisse servir de référence. Toutefois « ce taux n'est qu'un simple indicateur<sup>118</sup> » dont l'investisseur privé en économie de marché peut s'écarter.

## § II – L'investisseur privé exposé et le créancier privé

**45. L'objectif du créancier privé : la rentabilité aussi, mais dans une autre situation.** Le sous-critère du créancier privé est caractérisé par son intention d'obtenir le recouvrement de dettes préexistantes<sup>119</sup>. Un tel créancier octroie classiquement des délais de paiement, les opérations sur le marché relevant de cette figure ne font cependant l'objet d'aucune limitation *a priori*<sup>120</sup>. L'alternative qui caractérise le sous-critère du créancier privé est formulée par l'Avocat général Mischo dans ses conclusions sous l'arrêt *Magefesa*<sup>121</sup>, auxquelles la Commission et la doctrine se réfèrent sous le nom de « doctrine *Magefesa* ». Il s'agit pour ce créancier privé de choisir entre, d'une part, un recouvrement forcé de sa créance au moment où elle est exigible, au risque de conduire le créancier à la liquidation et de ne recouvrer qu'une partie de sa créance, et, d'autre part, l'octroi d'un avantage économique, le plus souvent un délai de paiement, qui peut lui laisser espérer récupérer une plus grande partie de sa créance. Le test du créancier privé consiste donc à répondre à deux questions : était-il plus intéressant économiquement d'octroyer un avantage plutôt que d'effectuer un recouvrement forcé ? L'avantage octroyé était-il le plus petit avantage possible pour permettre le recouvrement de la créance ?

---

<sup>117</sup> Communication de la Commission relative à la révision de la méthode de calcul des taux de référence et d'actualisation, *JOUE* C 14/6, 19 janv. 2008.

<sup>118</sup> Projet de communication de la Commission sur la notion d'aide d'État, préc., pt 116.

<sup>119</sup> CJCE, 29 avr. 1999, *Espagne c/ Comm. (dit Tubacex)*, aff. C-342/96, préc., pt 46.

<sup>120</sup> Par exemple, une conversion de créance en capital. Cf. Décis. de la Commission du 7 mars 2012, 2013/246/UE, Mesure de soutien en faveur d'Oltchim SA Râmnicu Vâlcea, *JO* L 148 du 1<sup>er</sup> juin 2013, p. 33-51.

<sup>121</sup> J. Mischo, Concl. du 8 juin 2000 ss CJCE, 12 oct. 2000, *Espagne c/ Comm. (dit Magefesa)*, *Rec.* I-8720, pts 33-37 : « Or, un tel créancier [privé] doit être supposé avoir pour objectif de récupérer le montant de ses créances ou, à tout le moins, de minimiser ses pertes. À cette fin, il tentera d'évaluer les chances de voir l'entreprise se redresser si la poursuite de son activité est autorisée ainsi que les risques de voir ses pertes encore accrues du fait de la continuation de l'activité. En attribuant un comportement similaire aux pouvoirs publics, on parvient nécessairement à la conclusion que l'on ne saurait attendre de ceux-ci qu'ils exigent la mise en faillite de l'entreprise à la première défaillance, sans tenir aucun compte du potentiel de celle-ci à plus long terme. À l'inverse, on ne saurait toutefois admettre que les pouvoirs publics tolèrent passivement une accumulation de dettes sur de longues périodes sans que se dessine la moindre perspective d'une amélioration, situation dans laquelle un créancier privé prendrait toutes les mesures nécessaires pour limiter ses pertes ». V. aussi TPICE, 11 juill. 2002, *HAMSA c/ Comm.*, aff. T-152/99, *Rec.* II-3058, pt 168.

**46. L'objectif identique de l'investisseur privé exposé.** La figure du créancier privé est très proche de celle de l'investisseur privé. Comme lui, il cherche la maximisation de son profit, même si, dans le cas du créancier privé, cette dernière passe principalement par une minimisation de ses pertes. Le créancier privé peut être considéré comme un investisseur privé exposé économiquement à une entreprise en raison des prêts qu'il lui accorde. Sa situation est presque identique à celle de l'investisseur privé propriétaire d'une entreprise : comme lui, il devra comparer les coûts d'une liquidation et ceux de l'octroi d'un avantage à l'entreprise concernée. On pourrait d'ailleurs considérer la figure du créancier privé comme une figure particulière de l'investisseur privé exposé : celle de l'investisseur privé exposé en raison de la détention de créances sur l'entreprise concernée.

**47. Conformité de l'exposition aux conditions normales de marché.** Tant pour le créancier privé que pour l'investisseur exposé, la prise en compte de l'exposition économique antérieure ne vaut que si elle résulte d'opérations qui ont elles-mêmes été réalisées dans des conditions normales de marché. Même si l'opération antérieure dont résulte l'exposition économique était conforme au droit de l'Union (par exemple, parce que l'aide en question a été déclarée compatible), elle ne pourra pas être prise en compte dans l'examen de la conformité aux conditions normales de marché d'une opération ultérieure. Ceci se fonde sur la distinction faite entre les obligations de l'État actionnaire et celles de l'État puissance publique, toute opération non conforme aux conditions normales de marché créant des obligations relevant de la seconde catégorie<sup>122</sup>.

**48. L'obligation d'établir des calculs préalables.** Pour l'investisseur privé exposé, celle-ci résulte des jurisprudences déjà évoquées pour l'investisseur exposé et qui valent pour l'ensemble de la figure de l'investisseur privé. La même obligation a nonobstant été proclamée à l'égard du créancier privé. La jurisprudence a en effet affirmé que le créancier privé servant de référence pour établir le comportement normal est « normalement prudent et diligent » et évalue « d'une part le résultat prévisible d'une procédure de recouvrement forcé (...) et, d'autre part, les chances de pouvoir récupérer un montant supérieur par l'utilisation de moyens amiables de recouvrement »<sup>123</sup>. Comme pour l'investisseur privé, l'obligation imposée à l'opérateur public permet de donner une base objective d'appréciation de la rationalité économique de sa décision et de rendre ainsi l'application du critère un peu plus sûre juridiquement. Par ailleurs, le créancier privé n'accorderait normalement pas un délai de paiement à une entreprise en difficulté si celle-ci ne lui a pas fourni des calculs lui permettant d'espérer une certaine amélioration de la situation de son débiteur (comme, par exemple, un plan de restructuration<sup>124</sup>).

**49. Une détermination du comportement normal par la méthode du *pari passu* très difficile.** La méthode du *pari passu* a été très souvent invoquée. Son utilisation est toutefois rendue plus difficile encore que dans le cas de l'investisseur privé non exposé. Tant l'investisseur privé exposé que le créancier privé justifient en effet la rationalité économique de leur décision par la nature particulière du lien juridique qui les unit à l'entreprise bénéficiaire. Or il est peu probable que d'autres opérateurs disposent d'un lien identique à cette dernière et

---

<sup>122</sup> CJUE, 24 oct. 2013, *Land Burgenland e.a. c/ Comm.*, aff. C-214, 215 et 223/12 P, pts 48 à 56.

<sup>123</sup> CJUE, 20 mars 2014, *Rousse Industry AD c/ Comm.*, aff. C-271/13 P, pts 60 et 61.

<sup>124</sup> TPICE, 21 oct. 2004, *Lenzing c/ Comm.*, aff. T-36/99, *Rec.* II-3601, pt 160.

aient donc pris une mesure similaire.

La nature particulière des créances publiques, qui leur octroie généralement une priorité sur les créances privées, amenuise ainsi les risques de pertes en cas de recouvrement forcé. La situation d'un créancier public et celle d'un créancier privé peuvent donc rarement être jugées comparables. De plus, la situation du créancier public risquant de ne pouvoir obtenir le remboursement de sa créance étant nécessairement involontaire et non prévue, ce dernier ne peut pas assurer en amont une situation de *pari passu* comme c'est le cas aujourd'hui pour l'investisseur privé<sup>125</sup>. La jurisprudence est toutefois moins exigeante dans le cadre des créances sur l'obligation d'équivalence quantitative des montants en jeu, car les créanciers publics ne peuvent plus influencer dessus<sup>126</sup>.

**50. L'analyse comparative avec le comportement des autres créanciers.** La méthode la plus fréquemment utilisée est celle suggérée par le TPICE dans l'arrêt *HAMSA*<sup>127</sup> : une comparaison avec le comportement des créanciers privés prenant en compte les spécificités des créances publiques. On cherche un point de départ objectif pour fixer le comportement normal d'un opérateur privé, l'attitude des créanciers privés, puis on examine les circonstances factuelles particulières qui auraient pu justifier de s'écarter à la hausse ou à la baisse de cette référence. On peut citer, à titre d'exemple, parmi les facteurs à prendre en considération dans la différenciation des créances, le rang de priorité de la créance par rapport aux autres ou l'existence de sûretés<sup>128</sup>.

### SECTION 3 – L'OPÉRATEUR PRIVÉ AU SENS STRICT

Les opérations sur le marché non concernées par les figures de l'investisseur et du créancier privé peuvent être regroupées dans une troisième figure, celle de l'opérateur privé au sens strict (§ I). Celle-ci repose sur une obligation d'effectuer des transactions au « prix normal du marché » (§ II) et sur un contrôle du besoin qui motive cette opération (§ III).

#### § I – Les comportements concernés

**51. Définition générale.** Les comportements de « l'opérateur privé en économie de marché » non constitutifs d'investissements ou de gestion de créance sont examinés directement au regard de la figure de l'opérateur privé en économie de marché. Ces comportements ne constituent pas cependant une catégorie hétéroclite ramassant des comportements trop divers pour faire l'objet d'une systématisation. Ces transactions ont en réalité pour point commun, à la différence des opérations d'investissements, de donner lieu à la réalisation de contrats par lesquels les parties s'obligent à des obligations réciproques clairement définies au moment où elles les contractent<sup>129</sup>. Dans de tels types de contrats, le

---

<sup>125</sup> Aff. T-152/99, préc., pts 168 à 170.

<sup>126</sup> *Ibid.*, pt 166.

<sup>127</sup> *Ibid.*, pts 170 à 172.

<sup>128</sup> *Ibid.* ; aff. T-36/99, préc., pts 155 à 158.

<sup>129</sup> G. Karydis, Le principe de « l'opérateur économique privé », critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'État, au sens de l'article 87§1 du traité CE, *op. cit.*

comportement normal de l'opérateur privé en économie de marché consiste, en principe, à ne pas contracter des obligations d'une valeur marchande supérieure à celle qu'il obtient en retour. Un grand nombre d'opérations différentes peuvent entrer dans ce modèle.

La définition que nous donnons de cette figure de l'opérateur privé au sens strict s'écarte cependant des termes employés par la Cour sur un point. Celle-ci analyse les opérations d'achat ou de vente de titres financiers au regard du critère de l'investisseur privé<sup>130</sup>. Or les méthodes employées pour déterminer si ces achats ou ces ventes sont conformes aux conditions normales de marché sont les mêmes que pour les autres d'actes d'achat et de vente. Nous les avons donc inclus dans cette figure de l'opérateur privé au sens strict, au sein de laquelle l'opérateur privé veut en principe réaliser une transaction dans laquelle les valeurs marchandes sont équilibrées (ou déséquilibrées en sa faveur<sup>131</sup>).

**52. Les opérations d'achat et de vente.** Les opérations d'achat et de vente sont bien sûr les plus fréquentes. Ces opérations consistent à obtenir ou fournir des biens, prestations ou titres en échange d'un prix. Cette définition inclut des opérations qui ne sont pas qualifiées dans le langage courant d'achat ou de vente. Par exemple, une location est en réalité l'achat ou la vente d'une prestation de service consistant en la mise à disposition d'un bien.

L'analyse des actes d'achat par le biais du critère de l'opérateur privé a pour conséquence de faire se rencontrer le droit européen des aides d'État et le droit européen de la commande publique. La légère différence des champs d'application respectifs de ces deux droits peut conduire à appréhender par le droit des aides des comportements qui ne le sont pas par le droit de la commande publique. En revanche, lorsque les deux droits sont applicables aux mêmes comportements, la question de la cohérence – voire de la complémentarité – existant entre ces deux droits se pose<sup>132</sup>.

Le traitement des actes de vente réalisés par l'État constitue en revanche le principal encadrement de ces actes par le droit de l'Union. Ces comportements ont longtemps été appréhendés au prisme du critère de l'investisseur privé en économie de marché. La Cour a toutefois dégagé récemment un critère spécifique du « vendeur privé »<sup>133</sup>. La définition que nous avons donnée des comportements appréhendés par l'investisseur privé ainsi que la proximité des définitions des comportements normaux d'achat et de vente nous conduisent néanmoins à l'inclure dans la figure de l'opérateur privé au sens strict.

À la différence des actes d'achats, les actes de vente publique n'ont pas fait l'objet d'une réglementation du droit de l'Union. Leur contrôle par le biais du critère de l'opérateur privé en économie de marché constitue ainsi un premier encadrement de ces actes par ce droit. Il a permis, par exemple, le contrôle par la Commission des opérations de privatisation<sup>134</sup>. De même, dans le cadre de la récupération des aides d'État illégales, il rend possible l'identification du bénéficiaire de l'aide, en examinant à qui les opérations de revente successives de l'entreprise bénéficiaire ont transmis l'avantage résultant de l'aide<sup>135</sup>.

---

<sup>130</sup> Par exemple : CJCE, 20 sept. 2001, *Banks*, aff. C-390/98, *Rec.* I-6117.

<sup>131</sup> CJUE, 24 oct. 2013, *Land Burgenland e.a. c/ Comm.*, préc., pt 99.

<sup>132</sup> Sur cette question, voir A. Sanchez Graells, *Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate?*, article disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=2037768>.

<sup>133</sup> CJCE, 24 oct. 2013, *Land Burgenland et Autriche c/ Comm.*, aff. C-214/12 P, C-215/12 P et C-223/12 P.

<sup>134</sup> M. Karpenschif, *La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire*, *RFDA* 2002.95.

<sup>135</sup> Voir, par exemple, CJCE, 13 nov. 2008, *Comm. c/ France*, aff. C-214/07, *Rec.* I-8357, pts 55 à 66.



**53. Les opérations d'« échange ».** Les différents types de transactions commerciales sont cependant très nombreux. On ne saurait tous les réduire à des actes d'achat et de vente, même en donnant de ces derniers une définition large. Certaines opérations complexes donnent lieu à de multiples obligations réciproques des parties, sans nécessairement que celles fournies par l'une d'entre elles ne soit constitutive d'un prix. Les contrats de concession de travaux ou de services sont l'exemple le plus évident de ce type d'échanges. Toutes ces opérations se rapportent cependant en définitive au modèle donné plus haut. Dans tous les cas, il s'agit pour les parties de contracter des obligations réciproques de valeurs marchandes différentes.

**54. La spécificité des garanties d'emprunts.** Dans la division que nous avons opérée entre opérations d'investissement et opérations d'échange, les garanties d'emprunt apparaissent comme un cas hybride<sup>136</sup>. La détermination du « comportement normal de l'opérateur privé en économie de marché » emprunte en partie aux deux catégories<sup>137</sup>.

*Stricto sensu*, ce sont bien des opérations d'échange par lesquelles les parties s'engagent mutuellement à des obligations réciproques. Le garant s'engage à une prestation de service : garantir un emprunt. Le bénéficiaire de la garantie donne en contrepartie un prix : la prime de garantie. Néanmoins, la particularité du service en cause conduit à rapprocher la méthode de détermination de sa valeur marchande de celle de détermination de l'opportunité d'un investissement. Le prix de marché de la prestation fournie par le garant dépendra en effet du risque existant de voir la garantie activée en cas de défaillance de l'entreprise ayant contracté l'emprunt garanti. Dans les deux cas il s'agit de déterminer quelle vision l'opérateur privé aurait eu de la situation future de l'entreprise bénéficiaire. L'argument déjà évoqué du TPICE dans l'arrêt *EPAC* – refusant d'examiner les garanties au travers de la figure de l'investisseur privé au motif qu'une garantie n'apporte aucun capital à l'entreprise bénéficiaire – nous a cependant incités à rattacher ce comportement à la figure de l'opérateur privé au sens strict<sup>138</sup>.

#### § II – L'obligation d'effectuer la transaction au « prix du marché »

Les transactions de l'opérateur privé au sens strict sont principalement caractérisées par leur réalisation au « prix du marché » (A), sauf dans certaines exceptions (B).

A – Principe de paiement au prix normal du marché et méthodes de détermination de ce prix

**55.** Par principe, le comportement normal de l'opérateur privé au sens strict suppose d'effectuer une transaction dans laquelle les valeurs marchandes échangées sont égales (ou déséquilibrées à son avantage). Il importe donc de fixer la valeur marchande des biens ou services échangés pour examiner si la transaction est équilibrée économiquement.

---

<sup>136</sup> Voir B. Slocock, *The Market Economy Investor Principle*, juin 2002, *CPN*, p. 22, qui en fait une figure particulière de l'opérateur privé au sens large.

<sup>137</sup> V. Communication de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État sous forme de garanties, *JOUE* C 71/07, 11 mars 2000 et CJUE, 8 déc. 2011, *Residex Capital IV c/ Rotterdam*, aff. C-275/10, *Rec. I*-13043.

<sup>138</sup> TPICE, 13 juin 2000, *EPAC c/ Comm.*, aff. T-204/97 et T-207/97, *Rec. II*-2267.

**56. La mise en œuvre d'une procédure d'appel d'offres.** Tant en ce qui concerne les opérations d'achat que celles de vente, la détermination du prix peut passer par la réalisation d'un appel d'offres<sup>139</sup>. Celui-ci doit être ouvert, non discriminatoire et transparent afin de permettre au processus concurrentiel de se déployer pleinement pour aboutir ainsi au prix normal de marché<sup>140</sup>. Si ces exigences ne sont pas remplies, il appartiendra à la Commission d'examiner si les irrégularités constatées ont eu pour effet de modifier le prix qui a résulté de cet appel d'offre<sup>141</sup>. Le prix résultant d'un appel d'offres satisfaisant à ces exigences ne jouirait cependant que d'une présomption de conformité au prix normal de marché, laquelle pourra être renversée par l'utilisation d'une autre méthode, par exemple en raison d'un mouvement spéculatif<sup>142</sup>.

**57. L'expertise.** En l'absence de procédure d'appel d'offres, le prix normal de marché devra être déterminé au moyen d'une expertise. La Commission a conseillé aux États, s'ils ne réalisaient pas d'appel d'offres, de faire procéder à une telle expertise au préalable<sup>143</sup>. Cette recommandation n'a toutefois pas été transformée en obligation par le droit de l'Union, comme l'a été celle de réaliser des calculs préalables pour les investisseurs et créanciers privés. De sorte que la Commission doit diligenter sa propre expertise afin de fixer la valeur marchande du bien, de la prestation ou du titre au jour de la transaction, en assumant toute la difficulté d'une telle évaluation *a posteriori*<sup>144</sup>.

Certains États membre, comme la France, ont toutefois choisi de transformer cette expertise en obligation en droit interne. L'article R. 1511-4 du Code général des collectivités territoriales impose ainsi une évaluation par le Directeur départemental ou régional des finances publiques ou un « expert » avant la vente de terrains ou de bâtiments par une collectivité, sauf si la vente a été opérée par une procédure d'adjudication.

## B – Les possibilités de s'écarter du prix normal du marché

**58. La politique commerciale.** L'opérateur privé peut parfois avoir des intérêts spécifiques à s'écarter du prix normal du marché, notamment quand l'octroi d'un tarif préférentiel est « objectivement justifié par des raisons économiques, telles que la nécessité de lutter contre la concurrence exercée sur le marché par d'autres [produits similaires], dont le prix serait compétitif par rapport au prix [du produit vendu] »<sup>145</sup>. Un déséquilibre entre les valeurs économique peut donc être justifié par certaines raisons économiques.

Ce constat a été effectué par la Cour de justice à l'occasion d'une série de litiges portant sur les tarifs de vente par la société Gasunie, entreprise publique néerlandaise de distribution de gaz. La Cour a ainsi jugé que cette entreprise pouvait en toute rationalité économique offrir un prix plus avantageux aux « horticulteurs sous serres chauffées », afin d'éviter de perdre

---

<sup>139</sup> CJUE, 24 oct. 2013, *Land Burgenland e.a. c/ Comm.*, préc., pts 93 à 95.

<sup>140</sup> Projet de communication de la Commission sur la notion d'aide d'État, préc., pt 91.

<sup>141</sup> *Ibid.*, pt 96.

<sup>142</sup> CJUE, 16 juill. 2015, *BVVG*, aff. C-39/14, pts 39 à 47.

<sup>143</sup> Communication de la Commission, du 10 juill. 1997 concernant les éléments d'aide d'État contenus dans les ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics, *JOUE* 97/C209.

<sup>144</sup> CJUE, 2 sept. 2010, *Comm. c/ SCOTT*, aff. C-276/03 P, *Rec. I-7763*, pts 90 à 98.

<sup>145</sup> CJCE, 2 févr. 1988, *Van Der Kooy e.a. c/ Comm.*, aff. C-67/85, C-68/85, C-70/85, *Rec. 263*, pts 28 à 30. Voir aussi CJCE, 29 févr. 1996, *Belgique c/ Comm. (dit Gasunie)*, aff. C-56/93, *Rec. I-723*.

cette clientèle qui aurait pu se tourner vers une source d'énergie concurrente. Il convient toutefois d'apprécier « le caractère réel de cette concurrence [en examinant] non seulement le niveau respectif des prix mais aussi les coûts nécessaires pour se convertir à une nouvelle source d'énergie, tels que les coûts de remplacements et d'amortissement des équipements de chauffage »<sup>146</sup>.

**59. L'absence de prix normal du marché : la théorie des coûts incrémentaux.** La méthode des coûts incrémentaux a été dégagée par la Cour de justice dans l'arrêt *Ufex c/ Chronopost*<sup>147</sup>. Cette affaire portait sur la mise à disposition par La Poste à sa filiale Chronopost de l'ensemble de son réseau de distribution de courrier couvrant tout le territoire français.

Dans le cadre du service universel de distribution du courrier sur le territoire français qui lui est délégué par l'État, la Poste a pour obligation d'établir un réseau de distribution du courrier qui couvre l'ensemble de ce territoire. Elle bénéficie en contrepartie de financements importants de l'État qui lui permettent de compenser les déficits de fonctionnement des agences installées dans des territoires non rentables. Par le biais de sa filiale Chronopost, La Poste assurait d'autres activités qui ne relevaient pas du service universel de distribution du courrier, principalement la livraison de colis. Elle mettait toutefois à disposition de cette filiale, l'ensemble de son réseau de distribution du courrier couvrant l'intégralité du territoire français et financé en grande partie par des fonds publics. Chronopost bénéficiait ainsi d'un réseau de distribution et d'agences commerciales unique sur tout le territoire français. Ses concurrents estimaient que cet avantage concurrentiel était constitutif d'une aide d'État.

La question posée était d'identifier si cette mise à disposition correspondait au « comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché ». Cette transaction étant constituée par une mise à disposition de biens et de services en échange d'un prix, il fallait déterminer si le prix payé par Chronopost correspondait au « prix normal de marché ». Dans l'arrêt *Ufex c/ Chronopost*, la Cour a refusé la méthode de détermination du prix normal de marché mise en œuvre par la Commission. Elle constate qu'« un tel réseau n'aurait jamais été constitué par une entreprise privée dans des conditions normales de marché »<sup>148</sup>. Il est alors impossible de comparer la situation de La Poste avec celle d'autres entreprises privées fournissant des biens et services comparables. Cette absence de tout point de comparaison possible conduit alors à chercher des « éléments objectifs et vérifiables » permettant de fixer dans une telle situation des « conditions normales de marché, qui sont nécessairement hypothétiques »<sup>149</sup>. La Cour a estimé que le seul élément objectif disponible était le surcoût qu'entraîne pour La Poste le fait de mettre à disposition son réseau. Par exemple, si une agence commerciale reste ouverte deux heures de plus spécifiquement pour permettre l'ouverture du guichet Chronopost, les coûts de chauffage et d'électricité supportés par La Poste constituent des coûts supplémentaires qu'elle n'aurait pas supportés si elle ne mettait pas à disposition ses locaux à sa filiale<sup>150</sup>. En l'absence d'un prix de marché, le comportement normal de l'opérateur privé consistera donc à assurer que la contrepartie qui lui est payée dépasse l'ensemble de ces coûts supplémentaires qui sont causés par la transaction.

---

<sup>146</sup> CJCE, 2 févr. 1988, *Van Der Kooy e.a. c/ Comm.*, aff. C-67/85, C-68/85, C-70/85, préc., pt 30.

<sup>147</sup> CJCE, 3 juill. 2003, *Chronopost e.a. c/ Ufex e.a.*, aff. C-83/01 P, C-93/01 P, C-94/01 P, *Rec.* I-6993, pts 32 à 40.

<sup>148</sup> *Ibid.*, pt 36.

<sup>149</sup> *Ibid.*, pt 38.

<sup>150</sup> On devine aisément toutes les difficultés concrètes que représente cette expérience de pensée consistant à se demander quels coûts n'auraient pas été supportés par l'entreprise si elle n'avait pas mis à disposition son réseau d'agence commerciales à sa filiale.

**60. L'existence d'un besoin réel de ce qui est acquis.** Le TPICE a affirmé qu'un contrat « ne saurait, du seul fait que les parties s'engagent à des prestations réciproques, être exclu *a priori* de la notion d'aide d'État visée à l'article 92 du traité »<sup>151</sup>. D'autres éléments doivent être pris en compte pour qu'une transaction soit normale en économie de marché. Le principal élément dégagé par la jurisprudence est l'existence d'un besoin réel d'acquiescer ce que l'on obtient de l'autre partie. Ainsi des actes d'achat public opérés au prix du marché peuvent être non conformes au comportement normal d'un opérateur privé si l'État n'avait pas besoin de ce qu'il a acheté<sup>152</sup>.

Le contrôle de la réalité du besoin assure un contrôle d'un élément qui n'est pas appréhendé par le droit européen de la commande publique, lequel assure surtout la définition non-discriminatoire du besoin. Un tel contrôle permet d'encadrer des politiques artificielles de soutien à la demande par l'achat de grandes quantités d'un produit sur un marché donné sans que la personne publique ait un besoin réel de ces produits.

**61. Le refus de remettre en cause la normalité du besoin.** Certains auteurs ont suggéré que le besoin de l'État, même existant, aurait pu être questionné au travers du critère de l'opérateur privé, la spécificité affichée de certains besoins ayant pour effet de rendre l'achat atypique et de perturber le marché<sup>153</sup>. La Cour n'a jamais opéré une telle analyse visant à s'interroger sur la normalité du besoin. De telles considérations seraient sans doute très hypothétiques. Elles se trouveraient dans la droite ligne de la séparation fonctionnelle entre l'État actionnaire et l'État puissance publique, en considérant comme ne répondant pas aux conditions normales de marché les transactions opérées par l'État pour répondre à des besoins spécifiques à ses activités de puissance publique.

**Conclusion du chapitre 2.** Les trente années d'application du critère de l'opérateur privé en économie de marché ont permis de dégager *a posteriori* des méthodes générales de détermination de ce que peut être, suivant les circonstances, le comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché.

On voit toutefois le caractère incomplet de ces méthodes. Certes, la Cour veille à ce que celles-ci se fondent sur une base la plus objective possible, souvent constituée par des opérations analogues ayant été réalisées par des opérateurs privés. Mais le raisonnement déployé ensuite pour élaborer le comportement normal de l'opérateur privé dans le cas jugé, en listant les différences et les points communs entre les deux situations comparées, ne peut faire l'objet de règles précises et prévisibles *ex ante* : la liste des différences pertinentes à prendre en compte n'est pas exhaustive et la quantification de leurs effets est très casuistique. « En dépit de l'effort entrepris, [le critère] doit faire l'objet d'un examen *in concreto* »<sup>154</sup>.

---

<sup>151</sup> TPICE, 28 janv. 1999, *BAI c/ Comm.*, aff. T-14/96, *Rec. II-141*, pt 71.

<sup>152</sup> *Ibid.* ; TPICE, 5 août 2003, *P et O European Ferries (Vizcaya)*, aff. T-116 et 118/01, *Rec. II-2957* ; TPICE, 13 janv. 2004, *Thermenhotel e.a. c/ Comm.*, aff. T-158/99, *Rec. II-1*.

<sup>153</sup> P. Nicolaidis, *State Aid, Advantage and Competitive Selection: What Is a Normal Market Transaction?*, *EStAL* n° 1-2010, p. 65-78.

<sup>154</sup> M. Karpenschif, *L'investisseur privé*, *op. cit.*

**Conclusion de la première partie :** L'indétermination de la notion de « comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché » ne peut être considérée comme une malfaçon dans la construction du droit des aides d'État. Au contraire, tout laisse à penser que les institutions qui ont élaboré le critère de l'opérateur privé ont clairement eu l'intention de faire de l'indétermination de la notion de « comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché » un trait structurant de ce critère. Les choix jurisprudentiels opérés par la Cour, qui a généralisé l'application du critère à l'ensemble des comportements de l'État sur le marché et refusé de restreindre par des critères formels son champ d'applicabilité, illustrent l'importance attachée à ce caractère indéterminé. L'examen de la manière dont le critère est appliqué confirme ce constat. La Cour et la Commission se refusent à formuler des règles générales et suffisamment précises qui permettraient de prévoir avec certitude si un comportement est ou non conforme au comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché. Ces deux institutions formulent au contraire des énoncés très généraux et imprécis sur la manière dont se comporte cet opérateur (« rationnel », « avisé », « guidé par des perspectives de rentabilité à long terme ») ou des appréciations très casuistiques difficilement généralisables. Elles conservent ainsi une très grande part à l'appréciation *in concreto* dans la détermination du caractère normal d'un comportement. Cependant, même voulue et préservée par la Commission et la CJUE, cette indétermination entrera en contradiction avec les principes généraux qui gouvernent le droit des aides d'État.

## DEUXIÈME PARTIE

### UNE INDÉTERMINATION BOULEVERSANT LE DROIT DES AIDES D'ÉTAT

Le choix de consacrer un critère indéterminé de qualification des aides d'État a eu pour effet d'altérer les principes de droit commun qui gouvernent ce droit.

L'indétermination de la notion de « comportement normal de l'opérateur privé en économie de marché », comblée par la mobilisation de raisonnements économiques, remet en cause certaines caractéristiques traditionnellement attribuées à la notion d'« aide d'État », telles que son caractère juridique et objectif (Chapitre 1). La répartition des pouvoirs entre les diverses institutions participant au système européen de contrôle des aides d'État, qui reposaient sur ces caractéristiques, s'en retrouve bouleversée (Chapitre 2).

#### CHAPITRE 1 – UNE INDÉTERMINATION AFFECTANT LA NOTION D'AIDE D'ÉTAT

« Le fait marquant en la matière est l'extrême précarité des bases sur lesquelles nous sommes obligés de former nos évaluations de rendement escomptés. Notre connaissance des facteurs qui gouverneront le rendement d'un investissement quelques années plus tard est en général très frêle et souvent négligeable. À parler franc, on doit avouer que, pour estimer dix ans ou même cinq ans à l'avance le rendement d'un chemin de fer, d'une mine de cuivre, (...) d'un transatlantique, les données dont on dispose se réduisent à bien peu de choses, parfois à rien »<sup>155</sup>.

La qualification d'aide d'État est la porte d'entrée à l'ensemble du régime juridique du droit des aides : interdiction de principe, obligation de notification préalable, contrôle de compatibilité, décisions de récupérations, etc. Toute altération de la notion d'aide d'État peut donc conduire à un profond bouleversement de ce droit. Aussi, il est important de s'interroger sur les effets du critère de l'opérateur privé en économie de marché sur la notion d'aide d'État.

Nous verrons que ceux-ci découlent principalement de deux originalités de la notion de « *comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché* » qui tendent à faire du critère de l'opérateur privé une notion hybride entre le droit et l'économie (Section 1). La spécificité de cette composante entraîne elle-même une modification des caractéristiques traditionnellement attribuées à la notion d'aide d'État (Section 2).

#### SECTION 1 – UN CRITÈRE EMPLOYANT DES TECHNIQUES JURIDIQUES FAVORISANT LA MOBILISATION D'UN RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE

La notion de comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché présente deux originalités concourant à la mobilisation d'un raisonnement économique : il s'agit, d'une part, d'un standard juridique (§ I) et, d'autre part, d'une notion de droit substantiel (§ II).

---

<sup>155</sup> J.M. Keynes, *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, Paris, Payot, coll. « Petite bibliothèque Payot », 1971 [1936].

§ I – La notion de « comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché », un standard juridique

Le concept de standard juridique est un concept doctrinal auquel plusieurs définitions ont été données. Qualifier la notion de « comportement normal de marché » de « standard juridique » suppose donc de préciser celle que nous retenons (A) avant de montrer qu'elle lui est applicable (B).

#### A – Définition du standard juridique

**62. Les origines historiques du concept de standard juridique**<sup>156</sup>. Le concept de standard juridique n'est pas utilisé par le droit positif, français ou européen<sup>157</sup> ; il s'agit donc d'un pur concept doctrinal.

Historiquement le concept est dégagé au début du xx<sup>e</sup> siècle par la doctrine américaine. Le Doyen de Harvard, Roscoe Pound, lui donne une définition qui a fait autorité, « une mesure moyenne de conduite sociale correcte »<sup>158</sup>. Trois caractéristiques lui sont attribuées : sa mise en œuvre comporte un jugement moral sur une conduite humaine ; il requiert plus de bon sens que de savoir juridique pour être mis en œuvre ; il ne fait pas l'objet d'une formulation précise, ce qui permet de le faire varier en fonction des espèces, donnant une place importante aux faits dans sa mise en œuvre et une certaine marge d'appréciation à son interprète.

Le concept passe en France par l'intermédiaire de l'école de Lyon, principalement par le biais du Doyen Lambert<sup>159</sup> et du Professeur Al Sanhoury<sup>160</sup>. Ceux-ci élaborent une première définition du concept de standard en doctrine d'expression française, en partie fondée sur une erreur de traduction<sup>161</sup> qui le définit exclusivement par l'indétermination *a priori* de son contenu.

**63. La définition du Professeur Rials.** L'apport de M. Rials à cette définition du standard juridique a consisté à montrer l'insuffisance de cette définition. Il démontre que le standard juridique requiert, en plus de la présence d'une notion indéterminée *a priori*, la mise en œuvre d'un jugement en terme de normalité. Il résume alors la définition du standard juridique comme ceci : « Le standard est une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination *a priori* de celle-ci. Souvent d'origine jurisprudentielle, et en principe dénoté par l'utilisation de certaines formes, le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situations en terme de normalité, dans la double acception de ce terme.

---

<sup>156</sup> L'ensemble de cet historique et des références qui y sont données sont tirées de S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ [coll. Bibliothèque de droit public], Paris, 1980, p. 15s.

<sup>157</sup> *Ibid.*, pt 2. Mme Bernard explique n'avoir relevé en droit de l'Union qu'un seul emploi par une source officielle de ce mot : au point 87 des conclusions de l'Avocat général Léger du 28 sept. 2004 ss CJCE, 25 oct. 2005, *Schulte*, aff. C-350/03, *Rec. I*-9215.

<sup>158</sup> R. Pound, « An introduction to the philosophy of the law », New Haven, 1925, p. 118 cité dans E. Bernard, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>159</sup> E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, M. Giard, 1921.

<sup>160</sup> Entre autres : A.A. Al Sanhoury, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*, Paris, Giard, 1925.

<sup>161</sup> S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, *op. cit.*, p. 27s.

Le standard présente trois caractéristiques :

- il opère en fait sinon en droit un transfert du pouvoir créateur de droit de l'autorité qui l'édicte à l'autorité qui l'applique ou si ces deux missions sont assumées par la même autorité, il contribue à réserver le pouvoir de cette dernière ;
- il assure trois missions rhétoriques liées de persuasion, de légitimation et de généralisation ;
- il permet une régularisation permanente du système juridique »<sup>162</sup>.

L'idée de mesure en termes de normalité d'un comportement ou d'une situation est ambivalente : elle renvoie tout à la fois à une « normalité descriptive », fondée sur une observation empirique des comportements et des situations majoritaires, ou à une « normalité dogmatique », fondée sur une idée de ce que doivent être les comportements et les situations. Ces deux catégories ne sont pas étanches : la normalité dogmatique est souvent élaborée par l'interprète par un constat de ce que la majorité des personnes considèrent être normal ; elle peut toutefois s'avérer impossible à utiliser si plus personne ne met réellement son comportement en adéquation avec cette idée majoritaire. La normalité descriptive, quant à elle, dépend d'un choix dogmatique de classification des comportements et des situations en fonction de certains critères jugés pertinents, de sorte de pouvoir les dénombrer et constater quelles sont les pratiques majoritaires<sup>163</sup>.

**64. Les compléments donnés à cette définition par le Professeur Bernard.** Le Professeur Bernard donne une définition du standard juridique reprenant en grande partie celle du Professeur Rials, en lui adjoignant toutefois deux composantes supplémentaires. Celles-ci constituent en grande partie des conséquences nécessaires de la présence d'un jugement en termes de normalité.

Tout d'abord, la présence d'un standard requiert que l'indétermination *a priori* de la règle soit maintenue *a posteriori* par son auteur et par l'autorité habilitée à l'interpréter (qui peuvent être la même autorité en présence d'un standard d'origine jurisprudentielle<sup>164</sup>). Mme Bernard parle de volonté présumée de l'auteur de la norme de la rendre indéterminée *a priori* et de l'interprète de ne pas effectuer une détermination *a posteriori*. Elle précise, en effet, que cette volonté ne peut être établie avec certitude car cela reviendrait à prouver que le législateur et l'interprète ont eu clairement conscience qu'ils élaboraient un standard juridique. L'on ne peut donc que présumer l'intention de l'auteur et de l'interprète du fait qu'ils ne réagissent pas pour préciser le contenu de la notion, ce qui aurait eu pour effet de lui faire perdre son caractère de standard. Par exemple, une règle qui imposerait d'effectuer un acte dans « un délai raisonnable » perdrait son caractère de standard juridique si le juge l'interprétait comme fixant en toutes circonstances un délai de trois mois ou si le législateur décidait de préciser « un délai raisonnable, c'est-à-dire trois mois ». La capacité pour une notion de servir à la mise en œuvre d'un jugement en terme de normalité exige donc *a minima* que son auteur et son interprète s'abstiennent de la préciser *a posteriori*.

Ensuite, l'idée d'une appréciation en termes de normalité implique l'importation d'un système de valeurs extra-juridiques dans le champ du droit<sup>165</sup>. L'indétermination du contenu de

---

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 130s.

<sup>164</sup> E. Bernard, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, op. cit., p. 44s.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 44s. Cette idée est certes plus ancienne, on la trouve déjà exprimée dans la thèse de M. Rials (mais pas sous la forme d'une composante spécifique de la notion d'aide).



la notion juridique trouve en effet sa solution dans une détermination par la mobilisation de règles extérieures à l'ordre juridique. La définition du Doyen Pound faisait ainsi référence à un jugement mobilisant les règles de la morale. Le système moral n'est cependant pas le seul qui permette de juger en termes de normalité ; l'interprète peut recourir, par exemple, à la sociologie, à la psychologie, aux diverses sciences « dures » ou encore à l'économie. Cette ouverture du droit à d'autres systèmes constitue l'une des principales propriétés du standard juridique : sa fonction de « régularisation permanente du système juridique », selon l'expression déjà citée du Professeur Rials. Par l'utilisation du standard, la logique juridique, faite de règles automatiques prédéfinies, accepte de se fixer ses propres bornes en soumettant certaines règles à un jugement fondé sur des valeurs non juridiques.

**65.** En définitive, on peut donc qualifier de standard juridique une notion incluse dans une règle de droit lorsque :

- celle-ci est indéterminée *a priori* ;
- elle n'a pas fait l'objet par son auteur ou son interprète d'une détermination *a posteriori* ;
- la détermination de son contenu dans des cas particuliers conduit son interprète à mettre en œuvre un jugement en terme de normalité à propos d'une situation ou d'un comportement ;
- son interprète est amené à déterminer son contenu en mobilisant des normes issues d'autres systèmes que le système juridique.

B – L'application au « comportement normal de l'opérateur privé en économie de marché »

**66. Les qualifications antérieures.** L'évidence n'a d'ailleurs pas échappé à la doctrine. Au sein de la doctrine francophone, cette qualification a déjà été opérée par le Professeur Karpenschif dans son article à propos du le critère de l'investisseur privé, au sein duquel il lui applique la définition de M. Rials<sup>166</sup>. De même, Mme Bernard, dans sa thèse consacrée aux standards juridiques dans le droit communautaire, retient la définition de M. Rials et évoque une fois le critère de l'opérateur privé comme un exemple de standard<sup>167</sup>.

Le Professeur Chérot avait lui aussi constaté, sans toutefois mobiliser le concept de standard, qu'un jugement en termes de normalité intervient à trois reprises dans la qualification d'aide d'État :

- par le biais du critère de sélectivité, lorsque la Cour examine si certaines dérogations sont « anormales dans un système législatif cohérent » ;
- par le biais, encore, de la sélectivité lorsque le Cour examine si les mesures examinées « confient à l'administration un pouvoir discrétionnaire dans leur application » ;
- par le critère de l'opérateur privé enfin, quand la Commission et la Cour examinent si les « comportements de l'État (ou imputable à l'État) opérateur sur le marché [s'écartent] de

---

<sup>166</sup> M. Karpenschif, L'investisseur privé en économie de marché, préc.

<sup>167</sup> E. Bernard, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, op. cit., pt 403.

la norme de comportement sur le marché »<sup>168</sup>.

De même, l'Avocat général Darmon avait lui aussi constaté que la qualification d'aide d'État nécessitait « d'identifier le caractère dérogatoire [d'une disposition] au regard, en quelque sorte, de la « normalité juridique ». Sans doute, [la] jurisprudence sur la participation de l'État au capital d'entreprises privées témoigne également du recours à ce critère »<sup>169</sup>.

**67. L'indétermination *a priori* de la notion.** L'indétermination *a priori* de la notion, que nous avons constatée dès notre introduction, est manifeste. La notion de « comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché », par la seule présence du terme « normal », se prête à une très grande pluralité d'interprétations possibles.

**68. Le maintien *a posteriori* de l'indétermination.** Le constat que l'interprétation donnée de la notion de comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché n'a pas permis de déterminer *a posteriori* la notion a déjà été développé dans le chapitre précédent. Les méthodes d'interprétation que nous avons présentées sauvegardent toujours la liberté d'interprétation de la CJUE et de la Commission. Le choix d'une des multiples méthodes de détermination du comportement normal de l'opérateur privé en économie de marché repose sur des critères flous. La mise en œuvre de ces méthodes est tout aussi incertaine.

La Commission reconnaît que les méthodes qu'elle classe parmi les méthodes comparatives « ne [permettent] généralement pas de parvenir à une valeur de référence "précise", mais plutôt à une fourchette de valeurs possibles »<sup>170</sup>. En effet, on a vu que le choix de la méthode comparative la plus appropriée à un cas donné faisait souvent l'objet de débats devant les juges européens, lesquels sont souvent tranchés par une analyse des faits de l'espèce qui n'offre que peu d'indications mobilisables dans d'autres cas<sup>171</sup>.

Leur mise en œuvre suppose ensuite des jugements sur les caractéristiques à prendre en compte dans une opération, sur la différence qu'il existe entre des opérations jugées comparables et celle qui a effectivement été réalisée, et sur la manière dont l'opérateur privé aurait pris en compte ces différences. Ainsi, lors de l'application de la méthode MEDAF, l'interprète doit déterminer le marché sur lequel l'investissement a été opéré (ce qui suppose de définir à quelles catégories d'activités économiques comparables l'activité exercée par le bénéficiaire de l'investissement correspond), les spécificités de l'entreprise bénéficiant de l'investissement au regard des autres entreprises du marché considéré et par combien de points de hausse ou de baisse du taux de rendement attendu de l'investissement se traduisent ces spécificités (le tout par l'élaboration du coefficient  $\beta$ ).

Les méthodes empiriques ne permettent que très partiellement de rendre plus déterminé *a priori* le comportement normal de l'opérateur privé en économie de marché. Si l'effet de leur application est toujours certain, les conditions de leur application le sont beaucoup moins. Ainsi, l'exigence de similarité entre l'opération de l'État et une opération concomitante d'un opérateur privé qui conditionne l'application du *pari passu* est elle-même très incertaine. Elle suppose une analyse très factuelle (et potentiellement très libre) de cette similarité passant par un jugement de l'équivalence économique du volume des deux

---

<sup>168</sup> J.-Y. Chérot, *Les aides d'État dans les Communautés européennes*, Paris, Economica, 1998, pp. 23-25, 50-56.

<sup>169</sup> M. Darmon, Concl. du 17 mars 1992 ss CJCE, 17 mars 1993, *Sloman Neptun c/ Bodo Ziesemer*, aff. C-72/91, C-73/91, Rec. I-887, pts 53 à 56.

<sup>170</sup> *Ibid.*, pt 103.

<sup>171</sup> Voir, par exemple, TUE, 3 juill. 2014, *Ciudad de la Luz e.a. c/ Comm.*, aff. T-319/12 et T-321/12, pts 43 et 44.

opérations<sup>172</sup> et des motivations différentes qui pouvaient animer chacune des parties<sup>173</sup>. De même, un prix de marché obtenu au moyen de la réalisation d'un appel d'offres ne sera conforme au prix du marché que si l'appel d'offres est jugé conforme aux principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination – ce qui implique que le juge interprète ces principes très généraux – sans quoi il devra estimer si ces irrégularités l'ont fait s'écarter ou non du prix normal du marché. On ne saurait donc dire que la jurisprudence a déterminé *a posteriori* le contenu de la notion de « comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché ».

**69. La mesure de comportements et de situations en termes de normalité.** Dire que l'examen de la conformité d'une opération de l'État sur le marché au « comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché » constitue un jugement d'un comportement en termes de normalité a toutes les apparences de la tautologie.

Cette expression n'est certes pas la seule employée. Toutefois, l'ensemble des applications du critère concurrent, comme nous l'avons montré<sup>174</sup>, à établir s'il existe un avantage conforme aux « conditions normales de marché. » Ainsi, dans les nombreux cas où le juge se réfère au « critère de l'investisseur privé » sans préciser que celui-ci consiste à établir quel aurait été le comportement normal d'un investisseur privé en économie de marché, il aura toujours au moins rappelé que ce critère vise à déterminer si l'entreprise a obtenu « un avantage qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché ».

**70. L'appréciation en termes de normalité et la mobilisation de normes non juridiques.** L'existence d'un jugement en termes de normalité transparait aussi dans la mobilisation d'un raisonnement économique par les interprètes de la notion.

L'interprétation de ce qu'est le comportement normal de l'opérateur privé en économie de marché passe en effet par la mobilisation d'analyses économiques des situations et des comportements, principalement issues des théories économiques néo-classiques. Or la tension entre normalité prescriptive et normalité dogmatique qui caractérise le jugement en termes de normalité se retrouve au cœur de ces théories économiques. Celles-ci postulent en effet que les opérateurs privés adopteront toujours le comportement le plus rationnel, c'est-à-dire celui lui offrant une meilleure maximisation de leur profit<sup>175</sup>. Dès lors, la détermination du comportement normal de l'opérateur privé en économie de marché peut tout aussi bien passer par une analyse du comportement économiquement le plus rationnel (normalité dogmatique) ou du comportement effectivement adopté par les opérateurs placés dans la même situation (normalité descriptive), puisque la théorie postule précisément qu'il s'agit du même comportement.

La principale méthode de détermination du comportement normal de l'investisseur privé en économie de marché non exposé, le modèle MEDAF, illustre parfaitement l'imbrication entre normalité descriptive et normalité dogmatique que réalise la théorie néoclassique. Ce modèle vise à déterminer le risque d'un investissement et la rentabilité qu'exigera un investisseur en contrepartie de ce risque et permet ainsi de fixer une valeur fondamentale à ce titre. Cette valeur est censée être celle obtenue par l'équilibre de l'offre et de la demande, en

---

<sup>172</sup> TPICE, 12 déc. 1996, *Air France c/ Comm.*, aff. T358/94, pts 151 et 152.

<sup>173</sup> TPICE, 12 déc. 2000, *Alitalia*, aff. T-296/97, *Rec. II-3871*, pt 84.

<sup>174</sup> Cf. Chapitre 1, Section I, § II.

<sup>175</sup> Sur cette idée très commune, voir, par exemple, A. Orléan, *L'empire de la valeur*, Paris, Seuil, 2011, p. 17-158.

vertu de la théorie de l'efficacité des marchés financiers. Il s'ensuit que cette méthode permet à la fois d'expliquer le comportement effectif des opérateurs sur le marché financier et de déterminer le comportement rationnel pour un opérateur privé sur le marché. Cette imbrication entre normalité dogmatique et normalité descriptive est encore renforcée lorsque les agents opérant sur ces marchés prennent connaissance de ces modèles et décident consciemment de conformer leur comportement à ceux-ci<sup>176</sup>.

On peut donc constater que la notion de « comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché » constitue bien une notion indéterminée servant à juger de comportements et de situations en termes de normalité en mobilisant des appréciations fondées sur des normes extérieures à l'ordre juridique. Il s'agit donc bien d'un standard juridique ouvrant principalement la voie à un jugement économique des comportements de l'État sur le marché.

## § II – L'introduction d'un critère d'analyse substantiel de l'avantage

La qualité de standard juridique du critère de l'opérateur privé en économie de marché le conduit donc à devenir une passerelle entre la discipline juridique et la discipline économique. Le concept d'« analyse substantielle », développé par le mouvement du droit économique (A), permet précisément de rendre compte de cette dualité (B).

### A – L'analyse substantielle

**71. Définition de l'analyse substantielle<sup>177</sup>.** Il s'agit d'un concept développé par le Professeur Farjat qui en donne la définition suivante : « L'analyse substantielle consiste à analyser, à qualifier, ou à critiquer, des institutions, des concepts juridiques ou des faits à partir d'hypothèses produites par le droit, ces hypothèses étant livrées par un examen critique du système juridique. Cet examen critique permet de dégager ce que nous appelons : droit substantiel ou "matériel". Cette analyse s'oppose à une analyse ou à une qualification qui serait purement formelle »<sup>178</sup>.

**72. Une analyse s'opposant à une analyse formelle.** L'analyse substantielle est née avant tout du constat de l'insuffisance de l'analyse formelle. Cette dernière est propre à un modèle classique de la normativité, caractérisé par une injonction à la précision des règles et par le choix de critères d'application clairs, certains et facilement identifiables.

L'exemple habituellement donné pour illustrer l'opposition de ces deux types d'analyses est celui du contrat d'adhésion<sup>179</sup>. Rien ne permet formellement d'identifier à la lecture d'un contrat s'il s'agit ou non d'un contrat d'adhésion. Les éléments pertinents sont l'inégalité de

---

<sup>176</sup> E. Gabillon, « FINANCE DE MARCHÉ – Théorie des marchés financiers » in *Encyclopédie Universalis* [en ligne], consulté le 17 juill. 2015, <http://www.universalis-edu.com.ezscd.univ-lyon3.fr/encyclopedie/finance-de-marche-theorie-des-marches-financiers>.

<sup>177</sup> Sur ce concept doctrinal, voir principalement : G. Farjat, *Droit économique*, Paris, 1971, PUF, Thémis, not. p. 379-413 ; G. Farjat, L'importance d'une analyse substantielle en droit économique, *RIDE* 1986.9 ; G. Farjat, *Pour un droit économique*, Paris, 2004, PUF, Les voies du droit, p. 107-117 ; J.-B. Racine, F. Siirainen, Retour sur l'analyse substantielle en droit économique, *RIDE* 2007/3, p. 259-291.

<sup>178</sup> G. Farjat, L'importance d'une analyse substantielle en droit économique, *op. cit.*

<sup>179</sup> G. Farjat, *Droit économique*, *op. cit.*, p. 400.

pouvoir économique et de savoir des deux parties en cause et l'impossibilité dans laquelle se trouve l'une des parties de négocier la modification de l'une des clauses du contrat. Là où l'analyse formelle vise par le biais de concepts très précis à fermer au mieux le raisonnement interprétatif, l'analyse fonctionnelle cherche à capter « la substance du rapport économique et social »<sup>180</sup> dans les qualifications qu'elle opère. Elle vise à remplacer les abstractions simples, claires et précises du droit par une analyse des faits dans toute leur complexité, laquelle est difficilement saisissable *a priori*.

**73. Une analyse fondée sur un rapport dialectique entre le fait et le droit.** La technique de l'analyse substantielle se situe au cœur du problème théorique du rapport entre le droit et le fait. Elle en constitue une synthèse particulièrement intéressante. Son refus de l'analyse formelle la conduit à rejeter une vision des faits comme subordonnés à une logique purement juridique. Elle refuse une application aveugle et unilatérale des concepts juridiques aux faits<sup>181</sup>. Toutefois, elle ne constitue pas non plus une soumission du droit au fait qui conduirait le premier à se dissoudre, devenant alors une construction sociale immanente et spontanée que le juge serait seulement amené à exprimer. Dans le cadre de cette analyse, le juge n'est pas plus la « bouche de la loi » qu'il n'est la « bouche de la société ».

Cette analyse vise à instaurer un rapport de confrontation dialectique entre les catégories du droit positif et les faits auxquels elles s'appliquent, afin de permettre aux catégories juridiques d'évoluer pour assurer la pleine efficacité des règles de droit dont elles font partie.

**74. Analyse formelle et analyse économique.** Il n'existe toutefois pas de point de vue neutre et immédiat sur les faits. Toute analyse requiert la médiation d'une méthode de catégorisation de ces faits. La mobilisation de la théorie économique paraît donc indispensable à la mise en œuvre d'une analyse substantielle en droit économique, puisque ladite théorie vise précisément à analyser les faits sur lesquels porte le droit économique.

L'analyse substantielle ne se confond toutefois pas avec l'analyse économique. Le mouvement d'analyse économique du droit vise à interroger le droit à l'aune de la théorie économique et de l'objectif qu'elle se propose – principalement l'augmentation de la production de richesses – pour aboutir à un jugement sur l'efficacité du droit au regard de cet objectif qui lui est extérieur. L'analyse substantielle, elle, s'appuie sur l'analyse économique pour examiner les effets concrets d'une législation et confronter cet effet aux objectifs même de cette législation. Elle vise une meilleure adéquation des catégories juridiques aux réalités économiques pour rendre la norme plus efficace au regard des objectifs qui sont les siens.

**75. Une analyse opérée principalement par l'utilisation de standards.** Une comparaison entre les définitions du standard juridique et de l'analyse substantielle montre de manière évidente les nombreuses convergences entre ces deux concepts. Tous deux visent à dépasser un modèle de la norme juridique automatique et solipsiste en assurant un certain effet des faits sur l'interprétation du contenu de la règle de droit. Il n'est donc pas étonnant

---

<sup>180</sup> J.-B. Racine, F. Siirainen, Retour sur l'analyse substantielle en droit économique, *op. cit.*, p. 272.

<sup>181</sup> G. Farjat, *Pour un droit économique*, *op. cit.*, p. 108-109 : « On touche d'ailleurs là une des raisons pour [lesquelles] la doctrine juridique majoritaire en France est hostile à l'analyse substantielle ou l'ignore. Elle a "horreur des faits". On a pu théoriser sur la nécessité de lutter contre les faits, identifiés à la dégradation des mœurs » ; E. Bernard, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 469-472.

que le standard juridique soit l'une des principales techniques d'édiction des normes utilisées pour introduire des concepts d'analyse substantielle dans le droit positif<sup>182</sup>.

## B – Application au critère de l'opérateur privé

**76. La volonté de dépasser des critères formels.** Comme nous l'avons déjà dit dans la première partie de ce mémoire, la notion de « comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché » ne parvient pas à trouver des critères formels capables de la définir, même partiellement. Une définition négative de ce que n'est pas un comportement normal d'un opérateur privé fondée sur des critères formels a été rejetée par la Cour dans la définition qu'elle a donnée du champ d'applicabilité<sup>183</sup>. Les critères formels ne peuvent pas non plus définir les différentes catégories d'opérateurs privés ; seule une analyse de la raison économique de l'opération réalisée, indéterminable par la seule mobilisation de critères formels, peut en rendre compte<sup>184</sup>.

**77. La détermination « d'un rapport substantiel » entre l'État et l'entreprise.** En réalité, la CJUE et la Commission, lorsqu'elles appliquent le critère de l'opérateur privé, se fondent à titre principal sur des éléments factuels et une analyse économique des situations. L'objet de cette analyse détaillée des faits est bien d'arriver à une qualification substantielle du rapport existant entre l'État et l'entreprise, de faire la différence « entre le comportement d'opérateur privé des pouvoirs publics, inspiré par l'entreprise, d'une part, et l'action étatique qui comporte des objectifs politiques (...) d'autre part »<sup>185</sup>. À l'instar des requalifications des contrats d'entreprises en contrat de travail effectuées quand le rapport de force économique contredit la forme juridique du contrat, l'équilibre économique de ce qui apparaît comme une transaction ordinaire est analysé pour déterminer s'il s'agit en réalité d'une mesure visant à octroyer un avantage à une entreprise.

Le contenu interprétatif qui sera donné à la notion de comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché ne sera donc pas élaboré *in abstracto* mais bien par une analyse des faits.

## SECTION 2 – LES EFFETS D'UNE DÉFINITION PLUS ÉCONOMIQUE SUR LES CARACTÈRES DE LA NOTION D'AIDE D'ÉTAT

Ces particularités du critère de l'opérateur privé en économie de marché concourent donc à une approche plus économique de la notion d'aide par l'utilisation de techniques juridiques plus ouvertes aux faits. Si cette approche sert l'objectif du droit des aides (§ I), lui-même de nature économique, il est porteur d'inconvénients juridiques, notamment en rendant le contenu de la notion « d'aide d'État » moins prévisible et objectif (§ II).

---

<sup>182</sup> G. Farjat, *Pour un droit économique*, op. cit., p. 107-113 ; G. Farjat, *Droit économique*, op. cit., p. 392-393.

<sup>183</sup> Cf. Chapitre 1, section II.

<sup>184</sup> Cf. Chapitre 2.

<sup>185</sup> C. Otto Lenz, Concl. du 16 avr. 1985 ss CJCE, 10 juill. 1986, *Belgique c/ Comm.*, aff. C-40/85, op. cit., pt bb).

§ I – Une approche plus économique qui sert la fonction économique du droit des aides

Le critère de l'opérateur privé participe d'une approche fonctionnelle de la notion d'aide d'État, qu'il contribue à renforcer par son indétermination (A). Paradoxalement, il constitue aussi l'expression d'un cantonnement de cette interprétation fonctionnelle (B).

A – Un renforcement de l'approche fonctionnelle de la notion d'aide d'État par le critère de l'opérateur privé

**78. L'interprétation fonctionnelle de la notion d'aide.** Le droit des aides d'État à une finalité économique qui découle des termes mêmes de l'article 107§1 TFUE, « prévenir que les échanges entre États membres soient affectés par des avantages consentis par les autorités publiques qui, sous des formes diverses, faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ». Le succès de ce droit a consisté à assumer une définition fonctionnelle de l'aide d'État, contribuant à lui donner un champ qui excédait celui des simples subventions.

Dès 1961, la Cour pouvait affirmer : « La notion d'aide est plus générale que la notion de subvention parce qu'elle comprend non seulement des prestations positives telles que les subventions elles-mêmes, mais également des interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, par-là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont d'une même nature et ont des effets identiques »<sup>186</sup>.

La Cour a précisé par la suite que « pour les applications de l'article 92, ce sont essentiellement les effets de l'aide en ce qui concerne les entreprises ou producteurs bénéficiaires qu'il y a lieu de prendre en considération »<sup>187</sup>.

Elle opérait ainsi une définition souple de l'avantage qui a permis de lui donner un sens économique permettant d'appréhender l'ensemble des moyens juridiques par lesquels les États pourraient tenter d'avantager économiquement certaines entreprises.

**79. Un critère de l'opérateur privé servant l'approche fonctionnelle de l'avantage.** Par son existence et par son indétermination, le critère de l'opérateur privé participe de cette approche fonctionnelle de l'avantage.

Son existence constitue en effet l'ultime étape du processus de développement fonctionnel de la notion d'avantage. Ce mouvement avait tout d'abord trouvé une première expression dans l'interprétation fonctionnelle de la sélectivité de l'avantage<sup>188</sup>. L'élaboration du critère de l'opérateur privé a trouvé sa justification dans l'idée qu'une opération commerciale réalisée dans des termes ne correspondant pas aux conditions normales de marché avait le même effet qu'une subvention ou d'autres mesures d'aides<sup>189</sup>.

La référence à l'idée de normalité permet alors pour le critère de l'opérateur privé,

---

<sup>186</sup> CJCE, 23 févr. 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c/ Haute Autorité CECA*, aff. 30/59, Rec. 3. Repris, avec une formulation légèrement différente, par CJCE, 19 sept. 2000, *Allemagne c/ Comm.*, aff. C-158/98, Rec. I-467, pt 25 ; TUE, 2 juill. 2015, *France et Orange c/ Comm.*, aff. T-425/04 RENV, T-444/04 RENV, pt 191.

<sup>187</sup> CJCE, 22 mars 1977, *Steinike et Weinlig*, aff. C-78/76, Rec. 595, pt 23.

<sup>188</sup> CJCE, 2 juill. 1974, *Italie c/ Comm.*, aff. C-173/73, Rec. 710, pts 26 à 34.

<sup>189</sup> F. Jacobs, Concl. du 14 déc. 1995 ss CJCE, 11 juill. 1996, *SFEI*, aff. C-39/94, préc., pts 56-60.

comme pour la notion de sélectivité, de conserver une définition floue du contenu de ces critères constitutifs de l'aide d'État. Cette indétermination permet alors aux interprètes de la notion d'aide de ne pas être circonscrits dans des limites fixées *a priori*, et de pouvoir juger pleinement, d'après les effets d'une mesure, de la situation de l'entreprise si celle-ci lui octroyait ou non un avantage. On voit alors que standard juridique, analyse substantielle et démarche fonctionnelle se conjuguent parfaitement dans une matière relevant du droit économique, lui donnant toute la souplesse que nécessitent les phénomènes économiques. Cette indétermination des concepts juridiques est considérée par certains auteurs comme l'expression d'une démarche pragmatique nécessaire en droit économique. Ces caractéristiques constituent ainsi un atout pour renforcer la poursuite des buts économiques du droit des aides, illustrant l'utilité de ces techniques juridiques en droit économique.

## B – L'expression d'une démarche fonctionnelle inachevée

**80. L'orientation de la notion d'aide vers une finalité intermédiaire.** On peut toutefois estimer que, paradoxalement, le critère de l'opérateur privé ne poursuit pas l'objectif réel du droit des aides mais seulement un objectif intermédiaire. L'objectif du droit des aides est de prévenir l'affectation des échanges qui résulterait d'une affectation de la concurrence<sup>190</sup>. Cet objectif fait toutefois l'objet d'une interprétation particulière par la Commission et la Cour, qui tirent de l'expression « qui faussent ou qui *menacent* de fausser la concurrence »<sup>191</sup>, contenue dans l'article 107§1 TFUE, que toute mesure octroyant un avantage sélectif doit être qualifiée d'aide d'État car elle menace de ce seul fait de fausser la concurrence<sup>192</sup>. L'interprétation fonctionnelle de la notion d'aide se retrouve ainsi cantonnée à cette seule appréciation de l'existence d'un avantage économique.

La limitation de l'approche fonctionnelle de la notion d'aide à la seule composante de l'avantage économique apparaît plus encore lorsque l'on examine le formalisme persistant des autres composantes de la notion d'aide<sup>193</sup>.

**81. Le critère de l'opérateur privé, instrument de la poursuite de cet objectif intermédiaire.** On peut estimer que le critère de l'opérateur privé découle entièrement du choix de définition de la notion d'aide d'État, la qualification d'« aide » de toute mesure accordant un « avantage économique » étant condamnée en son absence à donner lieu à une hypertrophie de cette notion. En effet, toute forme d'opération de l'État sur le marché entraîne un avantage économique pour des entreprises. Sans parler des opérations particulières que constituent les investissements, tout contrat public réalisé avec une entreprise aurait emporté un avantage résultant des bénéfices que l'entreprise aurait retirés de ce contrat.

---

<sup>190</sup> CJCE, 2 juill. 1974, *Italie c/ Comm.*, aff. C-173/73, préc., pt 26.

<sup>191</sup> Souligné par nous.

<sup>192</sup> H. Legal, La réforme de la politique communautaire des aides d'État, *op. cit.*

<sup>193</sup> Le Professeur Gard divise ainsi les composantes de la notion d'aide entre « données matérielles » dans lesquelles il classe le seul avantage économique et « données formelles », dans lesquelles il range l'existence d'une entreprise bénéficiaire et l'octroi de la mesure par l'État et au moyen de ressources d'État. Cf. L. Gard, Aide d'État (notion), *op. cit.* Pour une critique de ce formalisme de l'interprétation concernant le critère du financement par des ressources d'État, voir D. Tayar, A. Giraud, L'interprétation du critère de l'emploi de ressources d'État par la Cour de justice : le révélateur d'une lecture formaliste de l'article 87 du traité CE ?, *LPA* n° 240, 2 déc. 2005, p. 4 ; E. Durand, L'affaire « Vent de colère », une légère brise avant la tempête ? Commentaire des conclusions de l'avocat général Jääskinen », *JCP A* n°48, 25 nov. 2013, 2345.



La fixation d'une norme limitant la notion d'avantage économique était nécessaire : le critère de l'opérateur privé a mis en place une telle norme, tirée du comportement des opérateurs privés sur le marché. Cette norme constitue ainsi l'ersatz d'une analyse des effets de l'avantage sur la concurrence<sup>194</sup>.

## § II – Une approche plus économique qui affaiblit l'objectivité de la notion d'aide

Les caractéristiques particulières du critère de l'opérateur privé ont obligé la CJUE à constater que celui-ci créait des exceptions à des caractéristiques traditionnellement attribuées par la jurisprudence à la notion d'aide, notamment son caractère juridique (A) et objectif (B).

### A – Une approche moins juridique de la notion d'aide ?

**82. Une notion en rupture avec les qualités classiques du droit.** L'indétermination *a priori* du contenu de la notion de comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché, liée à la mobilisation d'un raisonnement économique pour combler cette indétermination, peut amener à s'interroger sur le caractère juridique du critère de l'opérateur privé en économie de marché. Le critère de l'opérateur privé est en effet en rupture avec un modèle « classique du droit », celui des « réformes napoléoniennes »<sup>195</sup>, entièrement construit autour de l'exigence de sécurité juridique. Ce modèle qui visait à l'établissement de règles claires, compréhensibles, stables et permettait de « mesurer par avance les conséquences de ses actes »<sup>196</sup>.

Le critère de l'opérateur privé, comme tout standard juridique, pervertit le syllogisme juridique qui constitue le fondement de ce modèle de la règle de droit. Dans le cadre du standard, « les méthodes purement déductives chères aux juristes continentaux sont délaissées »<sup>197</sup> ; la solution ne découle pas automatiquement de la confrontation de la majeure à la mineure. Le caractère flou de la majeure ouvre la voie à diverses interprétations amenant l'interprète à juger de l'opportunité de retenir l'une des nombreuses solutions possibles. En observant les faits qui lui sont soumis, le juge détermine le contenu du droit. La certitude de l'effet juridique qu'entraînera un comportement n'existe plus, le sujet de droit ne pouvant plus se fonder que sur des probabilités.

Ainsi, si l'on adopte une définition très restrictive de la règle juridique, conforme à la tradition « classique », l'on pourra conclure que le critère de l'opérateur privé n'est pas une règle juridique car ni un standard<sup>198</sup>, ni une notion de droit substantiel<sup>199</sup> ne permettent la

---

<sup>194</sup> H. Legal, La réforme de la politique communautaire des aides d'État, *Concurrences* 1-2006, p. 63s., spéc. pt 16.

<sup>195</sup> J.-B. Racine, F. Siirainen, Retour sur l'analyse substantielle en droit économique, *RIDE* n° 2007-3, p. 259-291.

<sup>196</sup> J. Chevallier, « Le droit économique : Insécurité juridique ou nouvelle sécurité juridique ? » in L. Boy, J-B Racine, F. Siirainen (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 562-563.

<sup>197</sup> C. Champaud, L'apport du droit communautaire au droit économique, *op. cit.*, p. 566.

<sup>198</sup> Al Ansoury estimait ainsi que le standard ne pouvait être une règle juridique fautive, justement, de constituer l'application d'une solution prédéterminée à un litige. Cité par S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>199</sup> Evgueni Pachoukanis, juriste soviétique des années 1920 et l'un des premiers théoriciens du droit économique, le considérait précisément comme une phase intermédiaire de décomposition du raisonnement juridique devant conduire à la disparition du droit (cf. G. Farjat, *Droit économique*, *op. cit.*, p. 327s.). Le Professeur Farjat, dans les années 1970, pensait lui-même que le droit économique, indissociable de l'analyse substantielle, traduisait un phénomène de « déjuridicisation », dont il voyait d'ailleurs une illustration dans « l'utilisation de la « directive » — le standard anglo-saxon » (*ibid.* p. 392s.).

connaissance *a priori* de leur contenu. En adoptant une telle définition, on peut dire que le critère de l'opérateur privé participe à une « déjuridicisation »<sup>200</sup> de la notion d'aide d'État.

**83. Une notion conforme à un autre modèle de normativité.** Certains auteurs ont toutefois pu proposer des définitions moins restreintes de ce qu'est une règle juridique. On pourrait alors constater que le critère de l'opérateur privé correspond à un autre type de règles juridiques, participant d'un autre modèle de droit. Le Professeur Farjat expliquait « le droit se fait modeste : il abandonne la réglementation pour la régulation »<sup>201</sup>.

Ainsi, une règle pourrait rester juridique même lorsqu'elle n'est pas déterminée *a priori*. Le simple constat de son caractère général, visant à rendre compte de la cohérence générale sous-tendant les applications faites dans des cas différents, de l'intervention d'un juge comme « tiers impartial et désintéressé » qui l'applique à un litige et lui fait ainsi produire des effets juridiques, tout ceci pourrait suffire à qualifier de « juridique » cette règle.

La renonciation à la pleine prévisibilité *a priori* de la règle, laquelle n'a peut-être d'ailleurs jamais existé<sup>202</sup>, traduirait seulement l'émergence d'autres formes de droit qui viseraient à intégrer d'autres exigences pesant sur le droit que la simple sécurité juridique, au premier rang desquelles l'efficacité, particulièrement importante en droit économique<sup>203</sup>. Le Professeur Farjat explique ainsi à propos de l'analyse substantielle qu'elle permet de poursuivre « l'équilibre à réaliser entre un impératif économique et les structures juridiques »<sup>204</sup>. Le Professeur Rials fait, à peu de choses près, le même constat à propos des standards juridiques quand il explique que l'une des caractéristiques du standard est de permettre « une régularisation permanente du système juridique »<sup>205</sup>, c'est-à-dire une forme d'autolimitation par l'acceptation que tout litige ne peut pas faire l'objet d'une solution déterminée *a priori*.

**84. Le sens donné par la CJUE à la notion de « juridique ».** Puisque la Cour elle-même caractérise la notion d'aide d'État de « juridique », on peut s'interroger sur le sens qu'elle donne à ce qualificatif. On constate alors que la seule conséquence que la Cour a pour l'instant dégagée de cette qualification est la compétence de principe qui est la sienne pour l'interpréter en dernier ressort. La Cour énonce ainsi : « À cet égard il suffit de relever que la notion d'aide d'État, telle qu'elle est définie dans le traité, présente un caractère juridique et doit être interprétées sur la base d'éléments objectifs. Pour cette raison, le juge communautaire doit, en principe et compte tenu notamment des éléments concrets du litige du litige qui lui est soumis que du caractère technique ou complexe des appréciations portées par la Commission, exercer un entier contrôle en ce qui concerne la question de savoir si une mesure entre dans le champ d'application de l'article 92, paragraphe 1, du traité »<sup>206</sup>.

---

<sup>200</sup> *Ibid.*

<sup>201</sup> G. Farjat, *Pour un droit économique, op. cit.*, p. 107. Sur le concept de droit de la régulation, qui a fait l'objet de nombreuses définitions contradictoires, voir not. L. Boy, *Réflexions sur le droit de la régulation (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche)*, D. 2001.3031 ; E. Bernard, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire, op. cit.*, p. 487s. ; C. Champaud, *Régulation et droit économique*, RIDE 1/2002, p. 23-66.

<sup>202</sup> J. Chevallier, *Le droit économique : insécurité juridique ou nouvelle sécurité juridique ?*, *op. cit.*, p. 554.

<sup>203</sup> P. Reis, « Les méthodes d'interprétation, analyse formelle, analyse substantielle et sécurité juridique », in L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen (dir.), *Sécurité juridique et droit économique, op. cit.*, p. 189s.

<sup>204</sup> G. Farjat, *Droit économique, op. cit.*, p. 406.

<sup>205</sup> S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, *op. cit.*, p. 120.

<sup>206</sup> CJCE, 16 mai 2000, *France c/ Ladbrooke Racing*, aff. C-83/98 P, Rec. I-3308, pt 25.

Il s'ensuit que l'indétermination *a priori* d'une notion ne fait pas obstacle à son caractère juridique. Ce sont l'objectivité des éléments sur la base desquels est interprétée la notion d'aide et la possibilité qui en découle pour le juge de contrôler l'interprétation de cette notion qui montrent son caractère juridique. Ce n'est donc pas tant l'indétermination de la notion de comportement normal de l'opérateur privé en économie de marché en elle-même qui menace le caractère juridique de la notion d'aide selon la définition qu'en donne la Cour, mais la mobilisation de raisonnements économiques pour combler cette indétermination, lesquels peuvent se trouver par leur complexité hors de portée du juge et donc du contrôle juridictionnel<sup>207</sup>. La Cour a ainsi constaté à plusieurs reprises que les raisonnements mis en œuvre par la Commission pour appliquer le critère de l'opérateur privé pouvaient revêtir un degré de complexité tel qu'il limite le contrôle juridictionnel et attente ainsi partiellement au caractère juridique de la notion d'aide tel qu'il est entendu par sa jurisprudence<sup>208</sup>. Nous verrons toutefois que les hypothèses dans lesquelles ce contrôle juridictionnel est limité tendent à devenir de plus en plus rares<sup>209</sup>.

## B – Une approche moins objective de la notion d'aide

**85.** Savoir si le critère de l'opérateur privé en économie de marché attente au caractère objectif de la notion d'aide suppose de définir ce que signifie le qualificatif « objectif ». Le choix de ce terme par la Cour a généré de nombreuses ambiguïtés. D'une part, le sens courant d'« objectif » rentre en conflit avec le sens beaucoup plus restrictif donné par le droit positif. D'autre part, le sens donné en droit positif est lui-même incertain, et la Cour profite par moments de l'existence d'un sens courant beaucoup plus extensif pour donner à ce terme de nouvelles conséquences en droit positif.

Au sens courant, l'adjectif « objectif » est défini de la manière suivante : « Se dit d'une description de la réalité (ou d'un jugement sur elle) indépendante des intérêts, des goûts, des préjugés de celui qui la fait »<sup>210</sup>. S'interroger sur le caractère objectif au sens courant de la notion d'aide conduirait donc à des interrogations plus philosophiques que juridiques : une décision de justice peut-elle être indépendante des « intérêts, des goûts, des préjugés de celui qui la fait » ? Existe-t-il un seul énoncé qui puisse l'être ? Il est douteux de considérer que lorsque le juge ou la Commission se prononcent sur le comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché, leur jugement soit axiologiquement neutre. Par exemple, en énonçant qu'« il est exact qu'un investissement présentant une valeur actuelle nette positive devrait généralement être entrepris »<sup>211</sup>, le TUE endosse toute la théorie économique néoclassique et les hypothèses qui fondent les modèles mathématiques de comportements des acteurs que cette théorie élabore<sup>212</sup>. Ces théories postulent, entre autres, que les individus

---

<sup>207</sup> En application de la jurisprudence CJCE, 12 févr. 2005, *Comm. c/ Tetra Laval*, aff. C-12/03 P, spéc. pts 38-40.

<sup>208</sup> TPICE, 19 sept. 2004, *Valmont c/ Comm.*, aff. T-274/01, *Rec. II-3145*, pt 37.

<sup>209</sup> Cf. Chapitre 2, Section 1, § II.

<sup>210</sup> Dictionnaire *Petit Robert* [3<sup>e</sup> éd.], 1967.

<sup>211</sup> TUE, 3 juill. 2014, *Ciudad de la Luz e.a. c/ Comm.*, aff. T-319/12, T-321/12, préc., pt 73.

<sup>212</sup> La valeur actuelle nette d'un investissement est obtenue en prenant l'espérance mathématique de gain de l'investissement auquel on soustrait le coût de l'investissement. Le calcul de l'espérance mathématique des gains futurs est obtenue en listant tous les états futurs possibles du monde pendant la durée de l'investissement, en calculant pour chacun d'eux le flux de trésorerie que l'investissement rapporterait et en additionnant tous ces flux de trésoreries possibles multipliés par leur coefficient de probabilité. Par exemple, lors d'un jeu à pile ou face entre deux joueurs pariant chacun un euro, il y a deux états possibles du monde futur pour le joueur ayant misé sur face : état n°1, la pièce tombe sur face, le gain est alors de deux euros ; état n°2, la pièce tombe sur pile, le joueur

choisissent toujours le comportement qui maximise leur profit (hypothèse de l'*homo economicus*<sup>213</sup>) et qu'ils disposent d'une rationalité complète leur permettant d'identifier ce choix. Plus spécifiquement, elles impliquent en matière d'investissement que l'ensemble des états possibles du futur peuvent être énumérés exhaustivement, que l'on peut assigner à chacun de ces états une probabilité d'occurrence ou encore que l'on peut calculer le bénéfice que générerait l'investissement dans chacun de ces états possibles du futur. Au sens courant du terme, un énoncé tel que « un investissement présentant une valeur actuelle nette positive devrait généralement être entrepris », n'est donc pas un énoncé objectif puisqu'il implique de la part de son auteur le choix de s'inscrire dans une théorie économique et d'en valider ainsi les axiomes.

**86. Le sens minimal de l'objectivité en droit positif : la non-prise en compte des objectifs de la mesure.** On peut toutefois s'écarter de ces considérations pour ne retenir que le sens donné en droit positif à l'adjectif « objectif ». La première affirmation de l'objectivité de la notion d'aide a été effectuée lors de l'appréciation du critère de la sélectivité d'un avantage accordé par une mesure fiscale. La Cour a alors affirmé que : « Le Tribunal estime que, s'agissant en l'espèce de la question de savoir quelle est l'étendue du contrôle du juge communautaire sur les critères choisis par la Commission en vue d'apprécier si la mesure fiscale en cause relevait ou non du champ d'application de l'article 92, paragraphe 1, du traité, il convient de rappeler, en premier lieu, que cette dernière disposition, qui déclare incompatible avec le marché commun toute intervention étatique qui, sous quelque forme que ce soit, confère des avantages à certaines entreprises qui faussent ou menacent de fausser la concurrence sur le marché commun, ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions étatiques, mais les définit en fonction de leurs effets (voir arrêt de la Cour du 26 septembre 1996, France/Commission, C-241/94, *Rec. p. I-4551*, points 19 et 20). Il en résulte que la notion d'aide est une notion objective et fonction de la seule question de savoir si une mesure étatique confère ou non un avantage à une ou certaines entreprises »<sup>214</sup>.

Il s'ensuit que le caractère objectif de la notion d'aide d'État découle originellement de la non-prise en compte de l'intention de l'auteur de la mesure dans l'appréciation de son caractère d'aide. On a vu que l'interprétation donnée du champ d'applicabilité du critère de l'investisseur privé par l'arrêt *Commission c/ EDF* avait pris en compte l'intention de l'auteur de la mesure<sup>215</sup>. Certes, la Cour énonçait dans cet arrêt que l'intention n'était que l'un des éléments permettant de démontrer l'applicabilité du critère et qu'il servait à démontrer son applicabilité, et non son application<sup>216</sup>. Toutefois, si c'est bien de l'application du critère dont dépend directement le champ d'application de la notion d'aide d'État, l'application du critère découle elle-même de son champ d'applicabilité, résultant lui-même de l'intention de l'auteur de la mesure ; le champ d'application de la notion d'aide finit donc bien par procéder indirectement de l'intention de l'auteur de la mesure.

Ainsi, même en restreignant le contenu du caractère objectif de la notion d'aide à cette

---

ne gagne rien. Les deux états du monde sont exhaustifs (la pièce ne peut pas tomber sur la tranche) et ils ont un coefficient de probabilité égale (1/2 chacun). L'espérance mathématique est donc égale à :  $2 \text{ €} \times \frac{1}{2} + 0 \text{ €} \times \frac{1}{2} = 1 \text{ €}$ . La valeur actuelle nette s'obtient en soustrayant à cette espérance mathématique le coût de l'« investissement » soit un euro, le montant de la mise. On a donc  $VAN = 1 \text{ €}$  (l'espérance mathématique de gain) –  $1 \text{ €}$  (le coût de la mise) = 0. La VAN est nulle, la théorie économique explique donc que cet investissement est parfaitement neutre.

<sup>213</sup> Le constat du rôle central de cette hypothèse dans la genèse du critère de l'opérateur privé en économie de marché est effectué dans C. Roux, *La propriété publique et le droit de l'Union européenne*, op. cit., pt 685.

<sup>214</sup> TPICE, 27 janv. 1998, *Ladbroke Racing c/ France*, aff. T-67/94, *Rec. II-3300*, pt 52.

<sup>215</sup> Cf. *Supra*, pt 26.

<sup>216</sup> CJUE, 5 juin 2012, *Comm. c/ EDF*, aff. C-124/10 P, préc., pts 77-87.

seule première propriété, dégagée par l'arrêt *Ladbroke Racing*, on voit que le critère de l'opérateur privé attende, fût-ce légèrement, à l'objectivité de la notion d'aide.

**87. Un sens plus poussé de l'objectivité de la notion d'aide ?** Cependant, postérieurement à l'arrêt *Ladbroke Racing*, la Cour s'est appuyée sur l'objectivité de la notion d'aide pour lui faire produire d'autres effets juridiques que le seul rejet des arguments fondés sur l'intention de l'auteur de la mesure. Dans l'arrêt *Chronopost c/ Ufex*<sup>217</sup>, la Cour a ainsi jugé que : « Dans ces conditions, en l'absence de toute possibilité de comparer la situation de La Poste avec celle d'un groupe privé d'entreprises n'opérant pas dans un secteur réservé, les "conditions normales de marché", qui sont nécessairement hypothétiques, doivent s'apprécier par référence aux éléments objectifs et vérifiables qui sont disponibles. En l'occurrence, les coûts supportés par La Poste pour la fourniture à sa filiale d'une assistance logistique et commerciale peuvent constituer de tels éléments objectifs et vérifiables ».

Cet arrêt, qui fonde l'emploi de la théorie des coûts incrémentaux pour déterminer le prix de la mise à disposition de son réseau postal par La Poste à sa filiale Chronopost<sup>218</sup>, s'appuie sur l'objectivité de la notion d'aide. En identifiant les coûts incrémentaux comme des données objectives pouvant servir à déterminer le prix normal de marché de cette mise à disposition, la Cour de justice étend considérablement la portée de l'objectivité de la notion d'aide. Elle rejette implicitement des méthodes alternatives qui étaient défendues par les concurrents de La Poste ; ceux-ci proposaient des modèles alternatifs de détermination du prix de la mise à disposition en s'appuyant sur l'ensemble des paramètres servant en général à déterminer la répartition des coûts supportés par plusieurs entreprises partageant une même infrastructure. Par cette jurisprudence, la Cour fait du refus de prendre en compte l'intention de l'auteur de la mesure une simple illustration d'une exigence plus vaste de n'utiliser que des données objectives pour déterminer le comportement normal d'un opérateur privé.

La détermination de ce qui constitue une donnée objective réintroduit cependant les questionnements d'ordre philosophique que nous évoquions plus haut. Qu'est-ce qu'une donnée objective ? En quoi un modèle de détermination abstrait du prix qu'exigerait un opérateur privé mettant à une disposition une infrastructure est moins objectif que le modèle MEDAF qui fixe la rentabilité minimum qu'exige normalement un investisseur privé ? Juger que l'emploi d'une donnée peut objectivement servir à apprécier la normalité d'un comportement donné ne dépend-il pas de la vision que l'on a des données qui doivent déterminer ce comportement ?

**Conclusion du chapitre 1.** L'indétermination de la notion de « comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché » permet de révéler sa double nature de standard juridique et de notion de droit substantiel. Cette double nature a favorisé la mobilisation au sein de l'ordre juridique, de raisonnements économiques visant à préciser dans chaque cas le contenu de cette notion. Cette approche plus économique a toutefois conduit à un affaiblissement des caractères juridiques et objectifs de la notion d'aide d'État au sens que lui donne la CJUE. Celui-ci entraînera à son tour un affaiblissement des principes déterminant la répartition des pouvoirs entre les institutions participant au contrôle européen des aides d'État.

---

<sup>217</sup> CJCE, 3 juill. 2003, *Chronopost e.a. c/ Ufex e.a.*, aff. C-83/01 P, C-93/01 P, C-94/01 P, préc., pts 38 et 39.

<sup>218</sup> Cf. *supra*, pt 59.

## CHAPITRE 2 – UNE INDÉTERMINATION MODIFIANT L'ÉQUILIBRE INSTITUTIONNEL DU CONTRÔLE DES AIDES D'ÉTAT

« Car ce n'est pas la lettre, mais l'intention ou ce qu'elle entend signifier, autrement dit l'interprétation authentique de la loi, qui constitue la nature de la loi. L'interprétation de toutes les lois dépend donc de l'autorité souveraine, et les interprètes ne peuvent être personne d'autre que ceux que le souverain (qui est le seul à qui le sujet doit obéissance) désignera »<sup>219</sup>.

L'altération des caractéristiques de la notion d'aide d'État, provoquée par l'insertion du critère de l'opérateur privé en son sein, a conduit à un bouleversement de la répartition des pouvoirs au sein du système européen de contrôle des aides d'État.

Le critère a en effet eu pour conséquence d'affaiblir la distinction fondatrice de cette répartition des pouvoirs, entre pouvoir de dire ce qu'est une aide d'État et pouvoir de dire si une aide d'État est compatible, introduisant ainsi une confusion dans les prérogatives respectives des institutions participant au contrôle des aides (Section 1). La doctrine a réagi à ce phénomène par des propositions contradictoires. Chacune tend en définitive à mettre en avant l'un des acteurs institutionnels du système européen de contrôle des aides comme titulaire principal du pouvoir de déterminer ce qu'est le comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché (Section 2).

### SECTION 1 – UNE MODIFICATION DE L'ÉQUILIBRE INSTITUTIONNEL DU CONTRÔLE DES AIDES

Le système de contrôle européen des aides d'État fonctionne sur la base d'un équilibre institutionnel. Celui-ci repose sur la distinction entre qualification d'aide d'État et contrôle de compatibilité dont les fondements sont mis à mal par la nature particulière du critère de l'opérateur privé (§ I). L'atteinte à ce fondement se traduit par une confusion entre les pouvoirs respectifs de chacune des institutions participant au contrôle des aides d'État, tiraillées entre les principes généraux de répartition des pouvoirs et la nature particulière du critère de l'opérateur privé (§ II).

#### § I – Une exception aux règles communes de la qualification d'aide d'État

La répartition des pouvoirs entre les institutions participant au contrôle européen des aides d'État est fondée sur une distinction entre le pouvoir de qualifier une mesure d'aide d'État et celui de la déclarer compatible avec le marché intérieur (A). Cette distinction est elle-même fondée sur une différence de nature entre la notion d'aide d'État et celle de compatibilité d'une aide, que brouille le critère de l'opérateur privé (B).

A – La distinction de principe entre qualification d'aide et contrôle de compatibilité et l'équilibre institutionnel qu'elle fonde

#### **88. Le concept d'équilibre institutionnel et son application au système de contrôle des**

---

<sup>219</sup> T. Hobbes, *Léviathan* (trad. G. Mairet), Gallimard, Folio Essais, 2001.

**aides d'État.** Selon le Professeur Jacqué : « Le principe de l'équilibre institutionnel n'évoque en rien l'idée selon laquelle les auteurs des traités auraient mis en place une répartition équilibrée des pouvoirs en vertu de laquelle chaque institution aurait un poids équivalent à celui des autres. Il se rapporte plus simplement au fait que la structure institutionnelle de l'Union est fondée sur une répartition des pouvoirs entre les différentes institutions. Cette répartition traduit la place que les auteurs ont voulu accorder à chacune d'entre elles dans l'exercice des missions qu'ils ont confiées à l'Union »<sup>220</sup>.

L'absence de jurisprudence qui applique en tant que tel ce principe de droit positif au droit des aides, nous incite à ne pas nous appuyer directement sur lui. C'est le concept d'équilibre institutionnel<sup>221</sup> que nous utiliserons ici. Il s'agit donc, en utilisant ce concept, de décrire les pouvoirs assignés aux diverses institutions participant au contrôle des aides d'État<sup>222</sup>.

Quatre acteurs principaux interviennent : la Commission, le Conseil, les États membres<sup>223</sup> et la Cour de justice. Leurs pouvoirs respectifs varient suivant que l'on se trouve au stade du contrôle de légalité de l'aide d'État ou à celui du contrôle de compatibilité.

**89. La répartition des pouvoirs au stade du contrôle de compatibilité.** La répartition des pouvoirs au stade de la compatibilité est précisément décrite par les traités.

L'article 107§2 TFUE fixe une liste d'hypothèses dans lesquelles la comptabilité des aides est reconnue de plein droit, précisant lorsqu'elles sont rencontrées. L'article 107§3 TFUE fixe une série d'autres hypothèses dans lesquelles des aides « peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur ».

L'article 108§2 TFUE, première phrase, dispose que le pouvoir de constater la compatibilité d'une aide d'État revient en principe à la Commission. Celui-ci connaît une exception limitée, prévue par l'article 108§2 TFUE, dernière phrase, qui fixe que le Conseil peut en « statuant à l'unanimité » et « si des circonstances exceptionnelles justifient cette décision » déclarer une aide compatible. En dehors de ce cas très restreint, le constat de la compatibilité d'une aide au marché intérieur passe donc toujours par une appréciation de la Commission donnant lieu à une décision statuant sur sa compatibilité<sup>224</sup>.

Cette décision peut ensuite faire l'objet d'un recours devant la CJUE. Le contrôle juridictionnel dépend du fondement invoqué par la Commission ou le requérant en faveur de la reconnaissance de cette compatibilité. S'il s'agit de l'une des hypothèses énumérées au paragraphe 2 de l'article 107 TFUE, lesquelles sont plus limitées que les hypothèses visées au paragraphe 3, la décision de la Commission fait l'objet d'un contrôle normal. Toutefois, dans les hypothèses énumérées au paragraphe 3, l'utilisation de l'expression « peuvent être considérées

---

<sup>220</sup> J.P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne* [7<sup>e</sup> éd.], Dalloz (coll. « cours Dalloz »), 2012, pt 357.

<sup>221</sup> Au sens où l'entend le Professeur Jacqué.

<sup>222</sup> D'autres auteurs ont utilisé le concept « d'équilibre » pour décrire la répartition des pouvoirs entre institutions dans le cadre du contrôle européen des aides – sans toutefois lui adjoindre l'adjectif « institutionnel ». Voir J.M. Belorgey, *Procédure aides d'État : la recherche du juste équilibre*, *Lamy Concurrence* n° 2005-4, p. 37s.

<sup>223</sup> Les États membres ne sont pas des « institutions de l'Union » au sens de l'article 13 TUE. On ne peut cependant leur dénier la qualification d'« institution » ni leur rôle dans la mise en œuvre du contrôle par l'Union du droit des aides. De plus, si les dispositions concernant le droit des aides d'État de l'Union européenne ne définissent pas explicitement des pouvoirs réservés aux États membres, ils le font toutefois négativement puisque toute compétence ne revenant pas à une des institutions de l'Union demeure une compétence étatique, en vertu du principe d'attribution des compétences énoncé par l'article 5 TUE.

<sup>224</sup> CJCE, 22 mars 1977, *Steinike et Weinlig c/ Allemagne*, aff. 78-76, *Rec.* 597, pt 9 ; CJCE, 21 nov. 1991, *FNCE e.a. c/ Comm.*, aff. C-354/90, *Rec.* I-5523, pt 9.

comme compatibles » a été interprétée par la CJUE comme ouvrant la voie à un « pouvoir discrétionnaire »<sup>225</sup> de la Commission faisant l'objet d'un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation.

La Commission apparaît donc comme l'institution centrale de définition de ce qu'est une aide compatible ou non. Seule une décision prise par elle peut déclarer une aide compatible ou non, et le juge n'exerce le plus souvent qu'un contrôle juridictionnel restreint sur ces décisions.

**90. La répartition des pouvoirs au stade de la qualification.** Le pouvoir de qualifier une mesure d'aide d'État ne fait quant à lui l'objet d'aucune mention explicite par les traités. On peut toutefois à leur lecture isoler les hypothèses dans lesquelles le problème de la qualification d'une aide d'État peut intervenir.

Tout d'abord, l'article 108§2 TFUE, dont la première phrase donne à la Commission le pouvoir de déclarer compatible ou non une aide d'État, présuppose l'existence de cette aide d'État. Elle implique donc nécessairement pour la Commission le pouvoir de qualifier ou non une mesure d'aide d'État avant de se prononcer sur sa compatibilité. Cette présupposition vaut quelle que soit la situation dans laquelle la Commission est amenée à se prononcer sur cette compatibilité ou incompatibilité, c'est-à-dire que l'aide soit une aide existante (hypothèse de l'article 108§1 TFUE), un projet d'aide notifié (hypothèse de l'article 108§3 TFUE, première phrase) ou une aide illégale non existante et n'ayant pas été notifiée. Dans cette dernière hypothèse, c'est la jurisprudence qui a précisé qu'au nom de l'effet utile des dispositions du traité, la Commission avait la possibilité de constater l'existence d'une aide d'État et l'obligation d'initier la procédure de contrôle de compatibilité de l'article 108 §2 TFUE, première phrase<sup>226</sup>.

Une première différence avec le contrôle de compatibilité réside cependant dans le fait que contrairement à lui, la qualification d'aide d'État peut aussi être opérée par le juge national, afin d'assurer le respect des droits que les justiciables tirent de l'article 108§3 TFUE, dernière phrase. La qualification d'une mesure d'aide d'État n'est donc pas une compétence exclusive de la Commission.

De plus, le contrôle de la CJUE sur la qualification d'aide d'État opérée par la Commission est, en principe et comme on l'a vu, un contrôle maximum. Celui-ci se justifie d'autant plus que c'est de la qualification d'aide d'État que dépend le champ du pouvoir discrétionnaire de la Commission d'examiner le contrôle de compatibilité, et permet donc au contrôle juridictionnel de borner l'étendue de ce pouvoir.

B – Une distinction fondée sur les natures différentes des notions d'« aide d'État » et de « compatibilité au marché intérieur »

**91. Une distinction entre contrôle de compatibilité et qualification d'aide reposant sur une divergence d'invocabilité.** Cette distinction repose en définitive sur l'effet direct reconnu à l'article 108§3 TFUE, dernière phrase.

La Cour de justice a eu à se prononcer très tôt sur l'effet direct de cet article et, par conséquent, sur la nature de l'opération de qualification d'aide d'État. En effet, dès l'arrêt

---

<sup>225</sup> CJCE, 17 sept. 1980, *Philip Morris c/ Comm.*, aff. C-730/79, préc., pt 24.

<sup>226</sup> CJCE, 14 févr. 1990, *France c/ Comm.*, aff. C-301/87, *Rec.* I-307, pts 18 à 21.



*Costa c/ ENEL*<sup>227</sup>, la Cour a dû s'interroger pour savoir si cette disposition remplissait les conditions de l'effet direct, récemment dégagées dans son arrêt *Van Gend en Loos*, en se demandant si sa formulation était suffisamment « claire et inconditionnelle »<sup>228</sup>.

Dans ses conclusions<sup>229</sup>, l'Avocat général Lagrange n'opérait pas de distinction entre la question de l'existence d'une aide d'État et celle de sa compatibilité au marché intérieur : toutes deux impliquaient l'exercice d'un « jugement de valeur » qui empêchait l'appréciation de leur contenu par le juge national. Concernant la qualification d'aide d'État, il renvoie à son argumentaire en faveur de l'absence d'effet direct de l'article 102 TCEE<sup>230</sup>, dans lequel il exposait que l'existence d'une obligation de notification préalable, le cas échéant sanctionnée par un recours en manquement initié par la Commission, suffisait à assurer l'effectivité de l'interdiction. Selon lui, la notion en cause dans cet article « implique un jugement de valeur, plus ou moins délicat, et qui ne peut être raisonnablement émis en dehors de toute intervention des organes de la Communauté, notamment de la Commission ». Il énonce cependant plus loin qu'il appartient à la Commission de « se prononcer *objectivement* »<sup>231</sup> sur cette notion. Quant au contrôle de compatibilité, il implique selon lui « ici encore, un délicat jugement de valeur, touchant directement aux intérêts économiques ou politiques de l'État intéressé appréciés par rapport aux nécessités du marché commun » ce qui justifie, là encore, l'intervention nécessaire de la Commission.

La Cour ne retiendra cette argumentation qu'en ce qui concerne le contrôle de compatibilité. Elle reconnaît que la notion de « compatibilité » d'une aide avec le marché intérieur, qui conditionne l'application de l'interdiction des aides incompatibles, empêche cette interdiction d'être jugée suffisamment claire et inconditionnelle. En revanche, elle reconnaît l'effet direct de l'article 108§3 TFUE, dernière phrase, qui engendre des « droits dans le chef des justiciables ». Elle reconnaît ainsi que la qualification d'aide – seule opération nécessaire afin de déterminer les cas d'applications de l'obligation de l'article 108§3 TFUE, dernière phrase – ne fait pas obstacle au caractère suffisamment clair et inconditionnel de cette disposition et refuse donc l'argument suivant lequel la définition de cette notion nécessiterait « un jugement de valeur ».

**92. La signification de la notion de « suffisamment clair et précis » et son implication pour la notion d'« aide d'État ».** On doit s'interroger plus en détail sur ce que signifie qu'une disposition est « suffisamment claire et inconditionnelle » afin de comprendre quelle différence est faite entre le contrôle de compatibilité et la qualification d'aide d'État.

L'arrêt *Defrenne II*<sup>232</sup> nous permet de mieux cerner la signification de cette expression. Dans cette affaire était en cause l'article 119 du traité CEE sur l'égalité de rémunération entre

---

<sup>227</sup> CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. C-6/64, *Rec.* 1141.

<sup>228</sup> CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos c/ Pays-Bas*, aff. 26/62, *Rec.* 3.

<sup>229</sup> M. Lagrange, *Concl.* du 25 juin 1964 ss CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos c/ Pays-Bas*, aff. 26/62, *Rec.* 1171s.

<sup>230</sup> Il s'agit de l'obligation pour un État membre de notifier l'établissement ou la modification d'une disposition législative, « lorsqu'il y a lieu de craindre que l'établissement ou la modification d'une disposition législative, réglementaire ou administrative ne provoque une distorsion au sens de l'article précédent », c'est-à-dire, selon le texte de l'article 101 du traité CEE, « fausse les conditions de concurrence sur le marché commun et provoque, de ce fait, une distorsion qui doit être éliminée ». L'analogie entre les deux dispositifs en cause conduit l'Avocat général à renvoyer à son raisonnement sur l'absence d'effet direct de l'article 101 du traité CEE pour en déduire son analyse de l'actuel article 107§1 TFUE.

<sup>231</sup> Souligné par l'avocat général.

<sup>232</sup> CJCE, 8 avr. 1976, *Defrenne c/ SABENA*, aff. C-43/75, *Rec.* 455, pts 23 et 24.

hommes et femmes<sup>233</sup>. L'Avocat général Trabucchi explique ainsi dans ses conclusions : « Conformément aux critères définis par votre jurisprudence, une règle communautaire produit des effets directs, en conférant aux particuliers le droit de l'invoquer en justice, lorsqu'elle est claire et *suffisamment déterminée dans son contenu*, ne contient aucune réserve et est par elle-même complète, *c'est-à-dire n'exige pas, pour son application par le juge national, d'autres mesures d'exécution, étatiques ou communautaires* »<sup>234</sup>.

La Cour de justice, de son côté, affirme l'effet direct de cette disposition dans les faits de l'espèce en exposant : « Qu'en présence d'une telle situation – ainsi qu'il est démontré par les constatations même de l'arrêt de renvoi – le juge est en mesure d'établir tous les éléments de fait qui lui permettent d'apprécier si un travailleur de sexe féminin reçoit une rémunération inférieure à celle d'un travailleur masculin affecté à des tâches identiques ;« qu'à tout le moins dans cette hypothèse, l'article 119 est susceptible d'application directe et peut donc engendrer, dans le chef des justiciables, des droits que les juridictions doivent sauvegarder »<sup>235</sup>.

On voit donc ici une précision opérée sur les qualités d'une disposition suffisamment claire et inconditionnelle. La Cour affirme très clairement que c'est la capacité du juge à apprécier si une situation rentre dans le champ d'application d'une norme qui permet de dire que celle-ci est suffisamment claire et précise. S'il ne le peut pas toujours, c'est seulement dans les cas où il le pourra que cette disposition sera d'effet direct.

Or, on a vu que c'est précisément la capacité du juge à exercer un contrôle juridictionnel sur le contenu de la notion d'aide d'État qui est remise en cause par le critère de l'opérateur privé en économie de marché. Ce critère crée donc des circonstances dans lesquelles la notion d'aide, pour une partie tout au moins, perd les qualités d'une notion appartenant à une règle d'effet direct et la rend semblable à l'appréciation de compatibilité. En toute rigueur logique, dans les cas où le juge se trouve dans l'incapacité de contrôler (et *a fortiori* d'exercer cette analyse lui-même dans le cadre d'un recours devant le juge national visant à faire constater l'existence d'une aide illégale), l'indétermination de la notion d'aide d'État devrait être de nature à entraîner l'absence d'effet direct de l'obligation de notification préalable d'une aide.

**93. L'explication par la Cour du caractère insuffisamment « clair et précis » de la notion de « compatibilité avec le marché intérieur ».** Cette conclusion est confirmée par l'explication qui a été donnée par la Cour de justice dans l'arrêt *Steinike et Weinlig* de l'absence d'effet direct de l'interdiction des aides incompatibles.

La Cour expose dans cet arrêt que l'appréciation de « la compatibilité ou de l'incompatibilité avec le marché commun d'une aide d'État soulève des problèmes impliquant la prise en considération et l'appréciation de faits et de circonstances économiques complexes

---

<sup>233</sup> Lequel disposait : « Chaque État membre assure au cours de la première étape, et maintient par la suite, l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail.

« Par rémunération il faut entendre, au sens du présent article, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

« L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique :

« a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure ;

« b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail ».

<sup>234</sup> A. Trabucchi, Concl. du 10 mars 1976 ss CJCE, 8 avr. 1976, *Defrenne c/ SABENA*, aff. C-43/75, Rec. 484, pt 4. Souligné par nous.

<sup>235</sup> CJCE, 8 avr. 1976, *Defrenne c/ SABENA*, aff. C-43/75, pts 24 et 25.

et susceptibles de se modifier rapidement<sup>236</sup> ». C'est la nature particulière de la notion de « compatibilité » qui explique, d'une part, que les rédacteurs des traités ont mis en place une procédure *ad hoc* de déclaration de compatibilité ou d'incompatibilité des aides, et, d'autre part, l'absence d'effet direct d'une telle disposition.

La raison invoquée par la Cour à l'encontre de l'effet direct de l'interdiction des aides incompatibles est aussi présente lorsque la qualification d'aide d'État implique l'application du critère de l'opérateur privé.

On sait que ce n'est pas la solution qui a été retenue. Le droit européen des aides d'État doit donc appliquer un régime juridique concernant la qualification d'aide d'État pensé pour une notion qui, pour partie, ne présente plus les caractéristiques qu'on lui présupposait et à partir desquelles ces règles avaient été construites. Les acteurs de ce droit devront apporter leurs solutions à ce problème.

## § II – La confusion des pouvoirs interprétatifs des institutions participant au contrôle européen des aides d'État

La confusion des pouvoirs interprétatifs conduit chaque institution à sortir du rôle qui est en principe le sien. La Commission acquiert le pouvoir de fait, sinon de droit, de définir un élément de la notion d'aide d'État (A), tandis que la Cour de justice se livre à un contrôle de plus en plus poussé des raisonnements économiques complexes (B). Ce double mouvement s'accompagne pour les États membres d'une subordination de l'étendue de la liberté d'agir que leur laisse le droit des aides d'État à l'interprétation qu'en feront ces institutions (C).

### A – Le gain d'un pouvoir de définition de la notion d'aide par la Commission

**94. Le pouvoir matériel de définition de la notion d'aide de la Commission.** Il est manifeste que la Commission est à l'origine de l'essentiel des règles qui concernent le critère de l'opérateur privé. Elle est tout d'abord à l'origine du critère lui-même, dont on a vu qu'il est entré dans le droit positif sous la figure du critère de l'investisseur privé en économie de marché par une communication de 1984<sup>237</sup>, puis a été utilisé dans des décisions de la Commission, avant d'être repris par la Cour de justice lorsque celle-ci a entièrement validé le raisonnement tenu par la Commission dans les premières décisions de son application<sup>238</sup>.

Ce pouvoir de définition apparaît aussi dans le fait que la Commission a dégagé l'essentiel des méthodes de définition du comportement normal de l'opérateur privé en économie de marché. Le choix d'utiliser la méthode MEDAF (qui permet de déterminer le rendement minimum qu'aurait exigé un investisseur privé) a été opéré par la Commission et accepté par la Cour de justice. L'utilisation d'une procédure d'appel d'offres ou d'une expertise pour déterminer le prix normal de marché a d'abord fait l'objet d'une pratique décisionnelle de la Commission, puis a été décrite dans une communication<sup>239</sup>, avant d'être là encore reprise par

---

<sup>236</sup> CJCE, 22 mars 1977, *Steinike et Weinlig c/ Allemagne*, aff. C-78/76, *Rec.* 597, pt 9.

<sup>237</sup> Communication de la Commission, Lignes directrices sur les participations publiques dans le capital des sociétés, préc.

<sup>238</sup> CJCE, 10 juill. 1986, *Belgique c/ Comm. (dit Boch II)*, aff. C-40/85, préc. et *Belgique c/ Comm. (dit Meura)*, aff. C-234/84, préc.

<sup>239</sup> Communication de la Commission, du 10 juill. 1997 concernant les éléments d'aide d'État contenus dans les ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics, préc.

la Cour de justice<sup>240</sup>. De même, pour les opérations de garantie d'emprunt, les règles de principe définies par la Commission dans sa communication sur ces opérations ont été validées par la Cour.

Le même pouvoir prend d'ailleurs une forme paroxystique par l'invitation faite aux juges nationaux par la Commission dans l'invitation que la Commission fait à se reporter à ses propres communications pour appliquer le critère de l'opérateur privé, et même à lui adresser des questions en cas de difficulté dans la qualification d'aide d'État, se plaçant frontalement en alternative à un renvoi préjudiciel à la CJUE<sup>241</sup>.

**95. L'intervention tardive de la CJUE dans la définition matérielle du comportement normal de l'opérateur privé.** La CJUE a toutefois réagi face à ce phénomène, principalement par l'apport de correctifs aux règles d'interprétation dégagées par la Commission, mais aussi par un rejet total de certaines interprétations auxquelles elle a substitué les siennes.

Sa contribution n'aura ainsi pas été nulle. Par exemple, elle a participé à la définition du critère de l'investisseur privé<sup>242</sup>, créé la figure du créancier privé et imposé l'emploi de la méthode des coûts incrémentaux en l'absence de référence disponible sur le marché.

On peut cependant remarquer que ce pouvoir de la CJUE s'exerce principalement par le biais des recours en annulation contre les décisions de la Commission, laissant toujours cette dernière à l'initiative et cantonnant la CJUE à un rôle de rectification. Une part essentielle des règles de détermination du comportement normal de l'opérateur privé est bien issue de règles créées par la Commission et reprises par la CJUE.

**96. Un pouvoir formel de définition refusé par la Cour de justice.** La Cour a surtout réagi en affirmant que, formellement, la Commission ne disposait pas du pouvoir de définir la notion d'aide. Elle rappelle ainsi que, juridiquement, ce pouvoir d'élaboration de règles matérielles de définition du critère de l'opérateur privé ne vaut que si elle choisit de consacrer ces règles. Ainsi juge-t-elle que : « S'agissant de l'argument des requérants selon lequel la Commission n'aurait pas suivi sa propre pratique décisionnelle en n'utilisant pas le taux de rendement moyen du secteur, il convient de rappeler que la notion d'aide d'État revêt un caractère juridique et s'interprète au regard d'éléments objectifs (voir arrêt du Tribunal du 16 septembre 2004, Valmont/Commission, T-274/01, Rec. p. II-3145, point 37, et la jurisprudence citée). La qualification d'une mesure d'aide d'État ne saurait donc dépendre d'une appréciation subjective de la Commission et doit être déterminée indépendamment de toute pratique administrative antérieure de la Commission, à la supposer établie »<sup>243</sup>.

La CJUE réaffirme ainsi son rôle d'interprète en dernier ressort de toutes les composantes de la notion d'aide, critère de l'opérateur privé compris.

---

<sup>240</sup> CJUE, 24 oct. 2013, *Land Burgenland e.a. c/ Comm.*, préc., pts 93 à 95.

<sup>241</sup> Communication de la Commission relative à l'application des règles en matière d'aides d'État par les juridictions nationales, *JOUE* du 9 avr. 2009, C 85/01, pts 12 et 89-96.

<sup>242</sup> CJCE, 21 mars 1991, *Italie c/ Comm. (dit ENI-Lanerossi)*, aff. C-303/88, préc.

<sup>243</sup> TUE, 3 juill. 2014, *Espagne et Ciudad de la Luz c/ Comm.*, aff. T-319/12, T-321/12, pt 46.

## B – Le contrôle croissant du juge européen

**97. Le contrôle de moins en moins restreint de la CJUE sur les appréciations économiques complexes.** En parallèle à l’empiétement sur leur pouvoir d’interprétation de la notion d’aide, « les juges de l’Union vont de plus en plus finement (notamment après la création du Tribunal de Première Instance) contrôler l’appréciation qui est faite par la Commission »<sup>244</sup>. Confrontant la jurisprudence *Tetra Laval*<sup>245</sup> à celles constatant le caractère juridique de la notion d’aide<sup>246</sup>, la CJUE va ainsi repousser les limites du contrôle des appréciations économiques complexes en interprétant de manière de plus en plus restrictive cette exception au principe du plein contrôle de la qualification d’aide d’État.

**98. Le contrôle de la prise en compte de tous les éléments pertinents.** L’examen effectué par la Cour s’est initialement borné à contrôler que la Commission ait pris en compte dans sa décision l’ensemble des éléments pertinents pour déterminer si en l’espèce le comportement de l’État était conforme au comportement normal de l’opérateur privé en économie de marché.

Les premiers arrêts rendus par le TUE à propos de recours en annulation contre des décisions de la Commission donnent des exemples de ce contrôle restreint<sup>247</sup>. Dans tous ces arrêts, le Tribunal liste les arguments avancés par les parties pour démontrer la présence ou l’absence d’un comportement conforme au comportement normal d’un investisseur privé, et explique pour chacun des arguments que la Commission a tenu compte des éléments avancés et n’a pas commis d’erreur manifeste d’appréciation dans le raisonnement qu’elle en a tiré.

**99. Un contrôle du raisonnement tenu par la Commission.** On constate toutefois une lente intensification du contrôle de la CJUE, et spécifiquement du TUE, sur les appréciations économiques complexes réalisées par les États.

Par exemple, dans l’arrêt *Corsica Ferries c/ Commission*<sup>248</sup>, le TUE réalise un contrôle très poussé de l’un des arguments retenus par la Commission pour retenir l’absence d’aide découlant d’une privatisation pour un montant négatif, à savoir l’intérêt pour l’image de marque de l’opérateur. Cette affaire concernait la revente par la France de la SNCM à des investisseurs privés et publics pour un montant négatif. Le contrat de vente prévoyait notamment que le vendeur assumerait les coûts du licenciement d’une partie du personnel en leur versant des indemnités supérieures aux montants légaux.

Le Tribunal constate tout d’abord que la Commission n’expose pas quelles activités économiques de l’État français souffriraient de la mauvaise image de marque qu’entraînerait le seul versement du montant légal des indemnités de licenciement, ce qui a pour effet de « rendre impossible pour le Tribunal de contrôler la rationalité économique à long terme » de la décision. Il expose ensuite que la Commission « n’a pas avancé suffisamment d’éléments objectifs et vérifiables à même de démontrer que le versement d’indemnités complémentaires

---

<sup>244</sup> Ce constat a déjà été effectué par M. Karpenschif dans : *L’investisseur privé en économie de marché*, préc.

<sup>245</sup> CJCE, 15 févr. 2005, *Comm. c/ Tetra Laval*, aff. C-12/03 P, *Rec. I-987*, pt 39.

<sup>246</sup> TPICE, 19 sept. 2004, *Valmont c/ Comm.*, aff. T-274/01, préc., pt 37.

<sup>247</sup> TPICE, 12 déc. 1996, *Air France c/ Comm.*, aff. T-358/94, préc. ; TPICE, 30 avr. 1998, *Cityflyer Express c/ Comm.*, aff. T-16/96, préc. ; TPICE, 29 juin 2000, *DSG c/ Comm.*, aff. T-294/95, *Rec. II-2607*.

<sup>248</sup> TUE, 11 sept. 2012, *Corsica Ferries c/ Comm.*, aff. T-565/08.

de licenciement, dans des circonstances similaires, serait une pratique établie parmi les entrepreneurs privés ». Le Tribunal va même jusqu'à calculer le montant minimal auquel devrait être chiffré le préjudice à l'image de l'entreprise ainsi évité, pour que le contrat soit rationnel économiquement : « L'absence d'efforts de quantification est d'autant plus dommageable que lesdits coûts doivent être considérables pour justifier son raisonnement. (...) Pour que les indemnités complémentaires de licenciement puissent être justifiées, leur coût doit être inférieur au coût sociaux indirects tels que ceux des grèves solidaires »<sup>249</sup>.

L'examen de la qualification par la Commission de l'achat d'actions par la CGMF, d'opération *pari passu* convainc tout autant de la très grande intensité du contrôle exercé par le juge. Le Tribunal constate ainsi lorsqu'il examine l'équivalence des rémunérations : « Ce taux de rémunération fixe n'est cependant pas assuré dans la mesure où, en cas d'exercice de la clause résolutoire de cession à la suite de l'absence de reconduction du contrat de DSP affectant substantiellement la valeur de la société, le rendement fixe cessera d'être versé<sup>250</sup> ». La Commission ayant formé un pourvoi contre cette décision, la Cour de justice a dû juger du respect par le Tribunal des limites à son pouvoir d'appréciation. Elle constate que « le Tribunal a effectué, à bon droit, aux points 90 à 108 de l'arrêt attaqué, un contrôle des éléments objectifs, pris en considération par la Commission dans la décision litigieuse, pour assurer une bonne application de l'article 107 TFUE »<sup>251</sup>.

Plus encore peut-être, la jurisprudence *Ciudad de la Luz c/ Commission* montre l'extension du contrôle du Tribunal. Dans cette jurisprudence, ce dernier va en effet jusqu'à examiner l'opportunité d'employer une méthode d'appréciation économique plutôt qu'une autre et vérifier l'exactitude des calculs entrepris. Le Tribunal examine ainsi la justesse avec laquelle les experts de la Commission ont appliqué la méthode MEDAF à l'investissement concerné pour déterminer le coût d'opportunité du capital. Il contrôle la justesse de la fixation d'une prime de risque sur le marché espagnol à 6,8 %, en discutant de l'interprétation des travaux d'un universitaire espagnol<sup>252</sup>. Il analyse ensuite le facteur  $\beta$  accordé à l'entreprise<sup>253</sup>. Il précise que le refus d'examiner la circonstance qu'une zone hôtelière et touristique se trouvait à proximité du lieu du projet aurait dû être pris en compte par la Commission, mais que le réajustement du coût du capital qui en résulte n'est pas de nature à rendre l'investissement acceptable par un investisseur privé<sup>254</sup>.

Ces deux jurisprudences constituent deux exemples, parmi beaucoup d'autres<sup>255</sup> du renforcement du contrôle des appréciations économiques complexes de la Commission dans le cadre de l'application du critère de l'opérateur privé.

### C – L'État, perdant du changement institutionnel ?

#### **100. Une atteinte à l'objectivité de la distinction entre les comportements étatiques autorisés et les comportements soumis au contrôle de l'Union. L'affaiblissement de la**

---

<sup>249</sup> *Ibid.*, pts 94, 95 et 106.

<sup>250</sup> *Ibid.*, pt 124.

<sup>251</sup> CJUE, 4 sept. 2014, *SNCM c/ Corsica Ferries*, aff. C-533/12 P et C-536/12 P, préc., pt 16. Voir aussi les conclusions de M. Wathelet du 15 janv. 2014, pts 33-39.

<sup>252</sup> TUE, 3 juill. 2014, *Ciudad de la Luz e.a. c/ Comm.*, aff. T-319/12, T-321/12, préc., pts 87-95.

<sup>253</sup> *Ibid.*, pts 96-124.

<sup>254</sup> *Ibid.*, pts 125-139.

<sup>255</sup> Par exemple, TUE, 25 juin 2015, *SACE et Sace BT c/ Comm.*, aff. T-305/13 et TUE, 30 juin 2015, *Pays-Bas e.a. c/ Comm.*, aff. T-186/13.

détermination *a priori* de la notion d'aide d'État a eu pour effet de rendre plus incertaines les limites de l'étendue de la supervision des comportements étatiques exercée par les institutions de l'Union. En effet, la notion d'aide d'État est une notion sur laquelle repose une répartition de compétences entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique communautaire. Toute mesure étatique rentrant dans le champ d'application de cette notion tombe *ipso facto* sous supervision de l'Union dans le cadre d'un système d'autorisation préalable. La pleine détermination *a priori* de la notion d'aide garantissait une certaine fixité du champ d'application de la notion d'aide et donc de l'étendue du contrôle exercé par l'Union sur les agissements des États.

**101. Un concept flou propice à une extension progressive du champ d'application de la notion d'aide ?** Les États ne participant pas à la définition du contenu de ce qu'est le comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché, ils sont exposés à voir les institutions de l'Union diminuer sans cesse le champ d'application de cette notion (tandis qu'augmente corrélativement le champ d'application de la notion d'aide). Ainsi, la multiplication des conditions requises pour qu'un comportement soit qualifié de comportement normal de marché, qu'elles proviennent de la Commission ou de la CJUE, conduit à rendre de plus en plus difficile pour l'État de réaliser des opérations sur le marché qui ne soient pas qualifiées d'aides. L'émergence d'un ensemble de procédures formelles pour la vente de terrains ou d'entreprise, pour le calcul des investissements ou pour la gestion des créances des entreprises, sont autant d'effets de l'introduction du critère de l'opérateur privé. Il traduit ainsi une forme particulière de *spill over effect* réalisé dans le cadre du droit des aides d'État par la seule interprétation dynamique d'un texte inchangé depuis 1957.

## SECTION 2 – ASSUMER, ACHEVER OU REVENIR SUR LA MODIFICATION DE L'ÉQUILIBRE ?

La confusion entre les pouvoirs des diverses institutions a suscité des réactions divergentes de la doctrine qui ont toutes proposé des solutions. S'écartant du droit positif pour effectuer des propositions, elles s'éloignent aussi de l'impératif de neutralité axiologique qui constitue une règle de la « science du droit ». La divergence de leurs propositions trouve sa source dans les opinions différentes que ces auteurs ont de la notion de « comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché ». Celle-ci a-t-elle un sens extra-juridique ? Existe-t-il des alternatives à une règle fondée sur cette notion ? Quel acteur institutionnel doit-on favoriser ? Ce sont les questions qui fondent ces divergences d'appréciation.

Nous avons relevé trois propositions visant à dissiper cette confusion : limiter le pouvoir de contrôle des institutions de l'Union (§ I), assumer l'existence de ce pouvoir de contrôle (§ II) et achever la mutation de la notion d'aide en lui donnant un sens encore plus économique (§ III).

### § I – Revenir sur la modification : encadrer le pouvoir de la Commission

**102. Une proposition émanant de certains États membres.** Cette proposition a principalement été exprimée par les États dans les premières affaires appliquant le critère de l'investisseur privé. Celle-ci repose sur l'idée que les appréciations économiques sont souvent complexes et relèvent de jugements très intuitifs, pour les opérations d'investissement en

particulier. Garantir la liberté des États d'agir sur le marché et notamment d'investir supposerait donc que la Commission ne substitue pas sa propre appréciation de l'opportunité économique des opérations sur le marché à celle des États. Juridiquement, la préservation de la marge d'appréciation des États se traduirait par une limitation du pouvoir de la Commission au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

**103. Une proposition initialement acceptée par la Commission.** Face à cette revendication, la Commission a pour le moins conservé une forme de retenue dans l'interprétation qu'elle donnait du comportement normal de l'opérateur privé en économie de marché. Elle affirme en 1994 : « La crainte a été exprimée de voir l'application du critère de l'investisseur privé en économie de marché conduire à une situation où le jugement de la Commission remplacerait celui de l'investisseur et son appréciation des projets d'investissements (...). La Commission n'a pas, et n'a jamais eu, la prétention de substituer son jugement à celui de l'investisseur »<sup>256</sup>.

Celle-ci n'utilisait le critère de l'opérateur privé que pour qualifier d'aide des comportements manifestement constitutifs d'aides d'État. L'exemple topique est celui de l'investissement réalisé par l'État dans des entreprises structurellement déficitaires qui constituait l'essentiel des premiers cas d'application du critère<sup>257</sup>.

La Commission a toutefois progressivement augmenté l'intensité de son contrôle. L'arrêt *West LB*, dans lequel l'État allemand invoquait qu'un investissement était toujours conforme au critère de l'opérateur privé en économie de marché lorsqu'il était effectué dans une entreprise rentable<sup>258</sup>, illustre la surprise des États face à cette nouvelle forme de recours au critère. Ce revirement semble s'expliquer par le constat rétrospectif effectué par la Commission : de nombreux investissements contrôlés de manière trop restreinte se sont avérés mal fondés économiquement<sup>259</sup>. L'efficacité du contrôle des aides d'État aurait donc pâti du maintien de cette solution.

**104. Une solution aujourd'hui totalement rejetée.** Les jurisprudences examinées plus haut, montrant la perte de marge d'appréciation de la Commission dans la détermination du comportement normal d'un opérateur privé face au contrôle de la Cour, illustrent *a fortiori* la perte de cette marge d'appréciation par les États.

L'Avocate général Kokotte a par ailleurs exposé, dans ses conclusions sous l'arrêt *Frucona*, que le critère de l'opérateur privé n'octroie pas « une marge d'appréciation de quelque nature que ce soit dans le chef des autorités publiques accordant des aides »<sup>260</sup>. L'argument principal qui fonde cette interprétation est, comme pour la Commission, le risque de remise en cause de l'efficacité du contrôle des aides d'État :

« La reconnaissance d'une marge d'appréciation dans le chef de nombreuses autorités publiques qui accordent dans l'Union européenne des aides d'État aux niveaux national,

---

<sup>256</sup> Communication de la Commission du 13 nov. 1993, Application des articles 92 et 93 du traité CEE et de l'article 5 de la directive 80/723/CEE de la Commission aux entreprises publiques du secteur manufacturier, 93/C307/03, pt 27.

<sup>257</sup> Par exemple : CJCE, 10 juill. 1986, *Belgique c/ Comm. (dit Meura)*, aff. C-234/84, préc. ; CJCE, 4 févr. 1990, *France c/ Comm. (dit Boussac)*, aff. C-301/87, Rec. I-307.

<sup>258</sup> TPICE, 6 mars 2003, *Westdeutsche Landesbank*, aff. T-228 et 233/99, préc., pt 200.

<sup>259</sup> J.-Y. Chérot, *Les aides d'État dans les communautés européennes*, op. cit., pt 73.

<sup>260</sup> J. Kokotte, Concl. ss CJCE, 24 janv. 2013, *Frucona Kostice c/ Comm.*, aff. C-73/11 P, pt 47.



régional et local conduirait à un assouplissement clair de l'interdiction des aides d'État ancrée à l'article [107§1 TFUE] qui constitue un principe fondamental du droit de l'Union ayant une importance considérable pour le fonctionnement du marché intérieur. Il y aurait un risque sérieux que l'efficacité du contrôle des aides mis en œuvre par la Commission soit minée et que l'interprétation et l'application uniformes des règles européennes de la concurrence soient en péril. De cette manière, l'objectif fondamental de créer des conditions de la concurrence uniformes pour l'ensemble des entreprises opérant dans le marché intérieur («level playing field») serait fortement remis en question »<sup>261</sup>.

## § II – Assumer la modification : expliciter le pouvoir de la Commission

La défense de l'opportunité de supprimer le critère de l'opérateur privé a été défendue par M. Parrish<sup>262</sup>. Cette thèse repose sur une critique de l'idée de « comportement normal de l'investisseur privé en économie de marché<sup>263</sup> », qui, selon lui, n'existe pas (A), ainsi que sur le constat qu'une simple suppression du critère permettrait la même efficacité du contrôle européen des aides d'État (B).

A – L'impossible définition neutre de la notion de « comportement normal d'un opérateur privé »

**105. L'impossible identification d'un investisseur privé « normal » ou « rationnel ».** M. Parrish affirme clairement sa thèse : « Would a private investor do what the State is doing? (...) this question dissolves upon deconstruction and can only be answered capriciously ».

Le constat de cette impossibilité repose principalement sur une analyse économique. L'auteur s'affaire ainsi à déconstruire tant l'idée qu'il puisse exister un opérateur privé « normal » que celle qu'il puisse exister un « comportement rationnel » de cet opérateur. Cette critique passe principalement par une remise en cause des modèles néoclassiques et principalement de l'*homo economicus* rationnel, maximisant son profit en toutes circonstances, pour défendre l'idée d'un individu irrationnel mû par des affects dont seules les neurosciences peuvent nous dévoiler les mécanismes. S'appuyant sur les travaux de l'économie comportementale, il développe ainsi un modèle alternatif de l'investisseur privé, mû par des passions qui lui sont toujours particulières, une représentation du monde conditionnée par celles-ci et des objectifs qui ne sont jamais généralisables à l'ensemble des investisseurs privés. Il donne ainsi une succession d'exemples de choix irrationnels d'investissements, dont il explique qu'ils constituent la réalité de tous les choix d'investissements. Un investisseur privé serait ainsi susceptible d'investir dans l'industrie musicale parce qu'il aime la musique ; un autre investirait dans une entreprise française « in accordance with the depth of his feeling for a certain part of France<sup>264</sup> ». Il constate ainsi que de nombreux investisseurs privés ne seraient pas susceptibles de réussir le test dit « de l'investisseur privé ».

---

<sup>261</sup> *Ibid.*, pt 55.

<sup>262</sup> M. Parrish, On the private investor principle, *European Law Review*, n° 2003-1, p. 71.

<sup>263</sup> Beaucoup des arguments avancés peuvent toutefois aussi être utilisés à l'encontre de l'ensemble du critère de l'opérateur privé.

<sup>264</sup> *Ibid.*, p. 73.

**106. L'impossible quantification du risque.** Il explique qu'on ne saurait non plus construire un modèle dogmatique de « l'investisseur prudent ». M. Parrish réfute, d'une part, l'idée qu'un tel investisseur, non contaminé par ses passions, existe et, d'autre part, que l'on puisse définir dogmatiquement le comportement que ce dernier aurait.

Il expose : « Risk cannot be quantified in this way. It is essentially a matter of unscientific judgement involving prediction of the future »<sup>265</sup>. Il prend ainsi le contrepied de l'hypothèse d'une quantification possible du risque permettant de chiffrer les rendements attendus en contrepartie de ces risques. L'impossibilité d'assigner des coefficients de probabilité exacts aux divers phénomènes dont dépendra la rentabilité de l'investissement, empêche une appréciation neutre du risque d'un investissement et ainsi, celle de la prudence de cet investissement.

**107. L'impossible comparaison entre la situation de l'État et celle d'un investisseur privé.** Enfin, M. Parrish critique l'idée qu'une comparaison puisse être opérée entre la situation financière de l'État, disposant de la possibilité de lever l'impôt, et celle d'un opérateur privé. Pour lui, un investisseur privé qui disposerait des mêmes ressources, du fait même de sa grande taille, perturberait la situation sur le marché et ne se comporterait comme aucun autre investisseur. Les stratégies qu'il mettrait en œuvre pour diversifier ses risques le conduiraient à investir de très grandes sommes d'argent dans des secteurs où des investisseurs privés n'apportent généralement que peu de capitaux. Ainsi, du simple fait de la particularité de sa situation, il effectuerait des opérations que nul autre ne réaliserait.

Par l'ensemble de cette argumentation, M. Parrish met ainsi à jour tous les présupposés sur lesquels est fondé le critère de l'opérateur privé, arguant que tous sont contestables.

B – La solution : supprimer le critère

**108. La suppression du critère de l'opérateur privé, une solution plus adéquate.** Puisqu'il est impossible de porter un jugement neutre sur un investissement, la Commission s'est *de facto* arrogée un pouvoir de contrôle des investissements publics, dissimulé derrière l'interprétation de ce qu'est le « comportement normal de l'opérateur privé en économie de marché ». Toutes les définitions de ce comportement ne se fondent en rien sur l'observation de ce que les investisseurs privés feraient ou non, mais davantage sur la fixation souveraine de ce que les investisseurs publics ont le droit ou non de faire.

M. Parrish fait donc la proposition suivante : supprimer le test de l'investisseur privé. Pour lui, ce test est un mauvais compromis entre les articles 345 et 107 TFUE. En supprimant le critère, tout investissement deviendrait une aide d'État au sens de l'article 107§1 TFUE. Cela ne signifierait en rien son interdiction mais uniquement l'instauration d'un contrôle de la Commission sur cette opération.

Les opérations d'investissement feraient ainsi l'objet d'un contrôle de compatibilité qui permettrait à la Commission d'employer les instruments propres à ce contrôle. Elle pourrait également mettre en place un règlement *de minimis* spécifiques aux investissements et exempter de notification des catégories d'investissements, par exemple, ceux qui interviennent dans des secteurs jugés prioritaires. Toutes ces règles pourraient alors se voir attribuer les

---

<sup>265</sup> *Ibid.*, p. 76.

qualités de précision et de prévisibilité *a priori* que l'on attend en principe de la règle de droit, et assurer la sécurité juridique des États en fixant les cas dans lesquels les opérations qu'ils réalisent doivent être notifiées. Les investissements ne satisfaisant pas à ces règles pourraient alors faire l'objet d'un contrôle individuel par la Commission qui déciderait de l'opportunité de les autoriser au regard de l'intérêt de l'Union.

M. Parrish élude cependant les difficultés institutionnelles de mise en œuvre de cette proposition. Le pouvoir de la Commission de déclarer des aides compatibles ou incompatibles n'est pas absolu. Elle ne peut s'appuyer que sur les catégories d'aides compatibles énumérées à l'article 107 §2 et §3 TFUE et sur les catégories que le Conseil aura énoncées. Son pouvoir de prendre des règlements d'exemption, qu'elle tire de l'article 108§4 TFUE, ne peut lui-même être exercé que « concernant les catégories d'aides d'État que le Conseil a déterminées conformément à l'article 109 ». La définition par la Commission d'un régime des investissements publics compatibles et incompatibles supposerait donc une extension considérable des bases juridiques sur lesquelles elle peut accepter une aide d'État. La carence du législateur de l'Union, phénomène institutionnel généralisé<sup>266</sup> et particulièrement marqué en matière d'aides d'État, constitue l'un des principaux obstacles pratiques à la proposition de M. Parrish.

**109. Une solution qui ne porterait pas plus atteinte à la liberté des États.** M. Parrish insiste sur le caractère bien plus cohérent d'une telle solution. Elle permettrait, tout d'abord de se défaire de la fiction selon laquelle il existe des investissements publics qui ne sont pas orientés par l'intérêt national mais seulement par la quête de rentabilité, suivant un modèle abstrait « d'investisseur privé rationnel ». Un tel modèle n'est en rien contenu dans les traités : « Classical liberal economics are not part of the philosophy underlying the EC Treaty. If they were, then there would be no place for Community subsidies to ailing regions or distressed industrial sectors, or for the common agricultural policy. The emphasis on EC policy is just that State intervention in private economies must be co-ordinated at a Community level »<sup>267</sup>.

La suppression du critère de l'opérateur privé aurait donc pour conséquence de soumettre les opérations de l'État sur le marché au régime de contrôle des aides d'État, sans que cela n'implique une quelconque interdiction absolue.

### § III – Achever la modification : le courant de l'analyse économique des aides d'État

**110.** Cette idée est portée par un courant doctrinal assez fort, auquel les économistes de la Direction générale de la concurrence apportent fréquemment leur soutien, réclamant une approche plus économique du droit des aides.

**111. Le constat du caractère inapproprié de la question du « comportement normal ».** Ce courant convient du caractère inapproprié de la question qui fonde le critère de l'opérateur privé : un opérateur privé normal aurait-il adopté le même comportement ? Certains de ses tenants vont jusqu'à dénier que le critère serve la mise en œuvre d'une analyse économique<sup>268</sup>.

---

<sup>266</sup> Voir P. Pescatore, « La carence du législateur communautaire et le devoir du juge », *Mélanges L.-J. Constantinesco*, Berlin, Carl Heymanns, p. 559-580.

<sup>267</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>268</sup> H. Legal, La réforme de la politique communautaire des aides d'État, *Concurrences* n° 1-2006, p. 63-128, pt 16.

D'autres le présentent comme un *ersatz* d'analyse économique, employé en lieu et place d'une véritable analyse des effets anticoncurrentiels des mesures étatiques<sup>269</sup>. Les tenants de l'analyse économique (à l'instar de M. Parrish) conviennent donc que la question n'est pas adaptée, elle leur semble encore trop empreinte d'appréciations juridiques et pas assez conforme aux modèles économiques.

**112. La volonté de redonner son importance au critère de l'affectation de la concurrence.** La proposition principale qui unit les membres de ce courant consiste à redonner son importance au critère de l'affectation de la concurrence. Prenant pour modèle la mutation qu'a opérée le droit privé de la concurrence dans les années 1990, ils suggèrent de renoncer plus encore au caractère formel de la notion d'aide d'État pour lui donner une définition qui soit plus dépendante de l'analyse économique<sup>270</sup>. Cette réforme aurait pour mérite « d'unifier le traitement des aides privées et publiques »<sup>271</sup>.

Toutefois, le problème que poserait cette réforme serait l'absence de modèle économique existant pour analyser les aides d'État. Le modèle de l'abus de position dominante n'est pas transposable, celui-ci s'appuyant principalement sur le préjudice subi par le consommateur pour qualifier une pratique d'abusive. Or, à la différence des aides privées, des aides d'État peuvent avoir des effets anticoncurrentiels en perturbant le jeu de la concurrence, tout en permettant à une entreprise subventionnée d'écouler ses marchandises à un moindre coût. Dans cette situation, ce n'est pas le consommateur, mais le contribuable, qui paye le coût de la pratique anticoncurrentielle. L'existence de deux victimes potentielles du préjudice résultant de la pratique anticoncurrentielle a donc pour effet d'obliger à repenser entièrement les outils d'analyse économique en matière d'aide d'État<sup>272</sup>.

Si elle advenait, une telle redéfinition de la notion d'aide aurait pour effet de rendre caduc le critère de l'opérateur privé. La distinction entre les comportements des États autorisés et ceux interdits par le droit des aides se ferait par la simple analyse de leurs effets anticoncurrentiels.

**113. L'achèvement d'une mutation vers un modèle de droit de la régulation.** Ce que proposent, en définitive, les tenants d'une approche économique de la notion d'aide d'État, c'est d'achever un mouvement d'évolution de la notion d'aide vers un modèle de droit de la régulation sur le modèle du droit privé de la concurrence. La notion d'aide d'État se verrait alors attribuer un sens pleinement substantiel et non formel, de nature à distinguer les opérations de l'État sur le marché attentatoires à la concurrence de celles qui ne le sont pas, sur la seule base d'une analyse d'espèce des situations.

---

<sup>269</sup> F. Berrod, « Aides (Notion) », *op. cit.*, pts 112s.

<sup>270</sup> S. Martin, C. Strassel, La politique communautaire des aides d'État est-elle une politique de concurrence ?, *Concurrences* 3-2005, p. 52-59 ; F. Jenny, Droit des aides d'État et raisonnement économique : encore un effort camarades !, conclusions du colloque « La réforme de la politique communautaire des aides d'État », *Concurrences* 1-2006, p. 125-128.

<sup>271</sup> *Ibid.*, pt 31. Voir aussi pts 18 à 22, pour une illustration des différences de ces régimes, le développement consacré sur l'affaire de la Française de Maintenance.

<sup>272</sup> Sur l'ensemble de cette question, voir : H.W. Friederiszick, L.H. Röller, V. Verouden, « European State Aid control : An Economic Framework » in P. Buccirossi (dir.), *Handbook of Antitrust Economics*, Massachusetts Institute of Technology Press, 2007, p. 625-669 ; et le résumé de ces problématiques opéré dans F. Berrod, « Aides (Notion) », *op. cit.*, pts 140-145.

**Conclusion du chapitre 2 :** Le critère de l'opérateur privé a ainsi introduit un désordre dans les règles de répartition des pouvoirs entre les institutions de l'Union participant au contrôle des aides d'État, créant une incertitude sur la répartition des compétences. Alors même qu'il constitue un élément de définition de l'aide d'État, le raisonnement qui permet d'en déterminer le contenu se rapproche essentiellement de celui servant à déclarer une aide compatible ou incompatible avec le marché intérieur. Dès lors, les règles de répartition des compétences au stade de la qualification lui sont difficilement applicables et la pratique institutionnelle oscille entre une adaptation aux particularités du critère et la réaffirmation des règles générales qui devraient normalement lui être appliquées. Cette contradiction génère à son tour des réactions de la doctrine qui propose diverses solutions permettant de la dépasser.

**Conclusion de la deuxième partie.** L'indétermination du critère de l'opérateur privé en économie de marché le fait entrer en contradiction avec les principes généraux qui gouvernent le droit des aides d'État. Il altère la notion d'aide en faisant entrer en son sein un critère qui est à la fois un standard juridique et une notion de droit substantiel, ces deux caractéristiques concourant à mobiliser des raisonnements économiques pour interpréter son contenu. Si ces raisonnements permettent d'adapter le champ d'application de la notion d'aide afin d'appréhender les comportements étatiques dissimulant un soutien économique public aux entreprises, ils contredisent les caractères juridiques et objectifs de la notion d'aide. Ce faisant, le critère brouille la distinction fondatrice du droit européen des aides d'État entre qualification d'aide et contrôle de compatibilité : il remet en cause le caractère purement juridique de la qualification et rapproche l'interprétation du critère de l'appréciation économique menée dans le cadre du contrôle de compatibilité. Ainsi, les institutions participant à l'application du critère de l'opérateur privé se trouvent tiraillées entre l'application de règles encadrant la qualification d'aide d'État – lesquelles prévoient une place prépondérante de la Cour de justice et du juge national – et celles applicables au contrôle de compatibilité – lesquelles laissent à la Commission une grande liberté dans la conduite des raisonnements économiques. Le bouleversement institutionnel qui en découle fait l'objet de réactions contradictoires de la doctrine, une partie appelant à déterminer par le biais de règles juridiques claires et précises le contenu du critère, tandis qu'une autre voit dans celui-ci une approche plus économique de la notion d'aide qui doit être généralisée.

## CONCLUSION

Le critère de l'opérateur privé révèle une dynamique forte du droit des aides d'État. Comme toutes les branches du droit économique, le droit des aides est habité par deux logiques, juridique et économique, qu'il tente de concilier. La logique juridique est principalement orientée vers l'objectif de sécurité juridique. Elle tend à l'atteindre par l'utilisation de règles claires, précises et prévisibles, c'est-à-dire pleinement déterminées *a priori*. La logique économique en revanche est marquée par la complexité, le changement permanent des pratiques, l'impossibilité d'élaborer une règle générale de conduite des acteurs qui ne souffrirait pas une multitude d'exceptions<sup>273</sup>.

Le droit des aides d'État avait formulé une réponse originale à ce problème. Elle passait par une division en deux parties de ce droit, de sorte de soumettre chacune d'entre elles aux exigences propres à chacun de ces deux systèmes. La qualification d'aide représentait ainsi la part du droit des aides devant répondre aux attentes de l'ordre juridique. L'existence d'une notion juridique et objective d'aide, assurant la sécurité juridique des États au regard de leur obligation de notification préalable, était propre au modèle du droit de la réglementation. À l'inverse, le contrôle de compatibilité visait un objectif d'efficacité économique, en restreignant le moins possible la liberté de la Commission d'autoriser ou d'interdire le versement d'une aide.

Cette solution est remise en cause par l'évolution de la notion d'aide d'État à laquelle participe le critère de l'opérateur privé en économie de marché. L'exigence d'efficacité économique déborde du seul cadre du contrôle de compatibilité et l'appréciation de l'opportunité économique d'un comportement vient s'introduire dans la qualification d'aide d'État<sup>274</sup>. Le critère contribue à interroger le modèle sur lequel est bâti le droit des aides : doit-il conserver ce modèle original de séparation en deux branches construites, pour l'une, sur un modèle de droit de réglementation, pour l'autre, sur un modèle de droit de la régulation ? Ou l'exigence toujours grandissante d'efficacité économique doit-elle l'amener à se conformer en son entier aux techniques juridiques de la régulation ?

---

<sup>273</sup> Sur cette question, voir, entre autres : L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008.

<sup>274</sup> Le critère de l'opérateur privé n'est sans doute pas le seul exemple de ce phénomène puisque le critère de la sélectivité semble revêtir les mêmes caractéristiques d'indétermination *a priori* et d'ouverture à une interprétation économique. Cf. O. Peiffert, *L'application du droit européen des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement*, thèse, 2013 (disponible sur <http://www.theses.fr>), p. 143s.

## BIBLIOGRAPHIE

### Ouvrages

---

- BLUMANN, C. et L. DUBOUIS. *Droit matériel de l'Union européenne* [6<sup>e</sup> édition]. Paris : Monchrestien, 2012. (Coll. Domat Droit public).
- BOY, L., J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (dir.). *Sécurité juridique et droit économique*. Bruxelles : Larcier, 2008. spéc.
- CHEROT, J.-Y. *Les aides d'État dans les Communautés européennes*. Paris : Economica, 1998.
- DONY, M. *Contrôle des aides d'État* [3<sup>e</sup> édition]. Bruxelles : Éditions de l'université de Bruxelles, 2007. (Coll. Commentaire J. Mégret).
- FARJAT, G. *Droit économique*. Paris : PUF, 1971. (Coll. Thémis Droit).  
*Pour un droit économique*. Paris : PUF, 2004. (Coll. Les voies du droit).
- JACQUE, J.P. *Droit institutionnel de l'Union européenne* [7<sup>e</sup> édition]. Paris : Dalloz (coll. cours Dalloz), 2012.
- PERELMAN, C. *Logique juridique, nouvelle rhétorique* [2<sup>e</sup> édition]. Paris : Dalloz, 1999. (Coll. Bibliothèque Dalloz).

### Thèses

---

- BERNARD, E. *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*. Bruxelles : Bruylant, 2010.
- PEIFFERT, O. L'application du droit européen des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement. Thèse, 2013 (disponible sur [www.theses.fr](http://www.theses.fr)).
- RIALS, S. *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*. Paris : LGDJ, 1980.
- DECOCQ, A. et G. DECOCQ. *Droit de la concurrence* [4<sup>e</sup> éd.]. Paris : LGDJ, 2010. § 395 et s.
- PARRISH, M. "Brief notes for the hearing on 11 june 2003 before the Committee on Economic and Monetary Affairs at the European Parliament, Brussels", 2003.

### Actes de colloques

---

- « Les standards dans les divers systèmes juridiques ». Publié in *RRJ*. 1988, n°1988-4, p. 805-1193. Spéc. :  
PATTARO, E. « Les dimensions éthiques de la notion de standard juridique ». p. 814-823.  
NAVARRO, J.-S. « Standards et règles de droit ». p. 834-846.  
DELBECQUE, P. « Les standards dans les droits romano-germaniques ». p. 871-885.  
ORIANNE, P. « Les standards et les pouvoirs du juge ». p. 1037-1068.  
JESTAZ, P. « Rapport de synthèse ». p. 1181 à 1193.
- « La réforme de la politique des aides d'État ». Publié in *Concurrences*. 2005 et 2006, n° 3-2005, n°1-2006. Spéc. :  
JENNY, F. « Conclusions : Droit des aides d'État et raisonnement économique : Encore un effort camarades ! ». In *Concurrences*. 2006, n°1-2006, p. 125-128.  
LEGAL, H. « La réforme de la politique communautaire des aides d'État ». In *Concurrences*. 2006, n° 1-2006, p. 63 à 128.

- AKKERMANS, B. et E. RAMEKERS. Article 295 EC, its meanings and interpretations ». *European Law Journal*. 2010, vol. 16, p. 292
- BELORGEY, J.-M. Procédures aide d'État : la recherche du juste équilibre. *Lamy Concurrence*. 2005, n°4-2005, p. 37-40.
- BERROD, F. « Aides (Notion) ». In *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2014
- BOY, L. « Réflexions sur le droit de la régulation (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) ». *Rec. Dalloz* 2001. p. 3031-3040.
- BOY, L. « L'interprétation en droit économique : facteur d'harmonisation ? ». In BOY, L, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN. *Pluralisme juridique et efficacité du droit économique*. Bruxelles : Larcier, 2011. p. 335-353.
- DELAUNAY, B. « Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de propriété dans les États membres ». In *RJEP*. Octobre 2009, n°668, étude 11.
- CHAMPAUD, C. « L'apport du droit communautaire au droit économique ». In *CDE*. 1970, p. 557-567.
- CHEROT, J.-Y. « Le "plan d'action" de la Commission dans le domaine des aides d'État ». In *AJDA*. 2007, p. 2412.
- CRISCUOLO, A. « The State in a liberal market economy: a private investor and creditor or a public authority? ». In *ELR*. 1999, p.531-539.
- DERENNE, J. et C. KACZMAREK. « Regards sur le principe de l'investisseur privé en économie de marché ». In *JTDE*. Mars 2011, p. 61-68.
- FARJAT, G. « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique ». In *RIDE*. 1986, n°0, 1986, p. 9 et s.
- FRISON-ROCHE, M.-A. « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative mise en regard de la jurisprudence judiciaire ». In *RIDE*. 2001, n°2001-4, p. 395-412.
- FRIEDERISZICK, H.W. et M. TRÖGE. « Applying the Market Economy Investor Principle to State Owned Companies — Lessons Learned from the German Landesbanken Cases ». In *CPN*. 2006, n°1-2006, p. 105-109.
- FRIEDERISZICK, H.W., L.H. RÖLLER et V. VERODEN. « European State Aid control : An Economic Framework ». In BUCCIROSSI, P. (dir.). *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge (MA) : Massachusetts Institute of Technology Press, 2007. p. 625-669.
- GAAL, N., L. PAPADIAS et A. RIEDL. « Citynet Amsterdam: an application of the market economy investor principle in the electronic communications sector ». In *CPN*. 2008, n°1-2008, p. 82-85.
- GRARD, L. « Aide d'État (notion) ». In *Jurisclasseur Europe traité*. 30 avril 2011, fascicule n°1530.
- GROSS, K. « The P&O European Ferries (Vizcaya) SA Case: 14 years to Gain Legal Certainty? ». In *EStAL*. 2006, n°3-2006, p. 567-571.
- ICHIKAWA, Y. « The Tension between Competition Policy and State Intervention: the EU and US Compared ». In *EStAL*. 2004, n°4-2004, p. 555-571.
- KARPENSCHIF, M. « L'investisseur privé en économie de marché ». In *Concurrences*. 2011, n°3-2011.  
 « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire ». In *RFDA*. 2002, p.95.  
 « La récupération des aides nationales versées en violation du droit communautaire à l'aune du règlement n°659/1999 : du mythe à la réalité ? ». In *RTDE*. 2001, p. 551-96.
- KARYDIS, G. « Le principe de "l'opérateur économique privé", critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'État, au sens de l'article 87§1 du traité CE ». In *RTDE*. 2003, n°3-2003, p. 389.
- KARIM, R. « The EU Market Economy Investor Principle: A Good Paradigm? »
- KAUPA, C. « The More Economic Approach — a Reform based on Ideology? ». In *EStAL*. 2009, n°3-2009, p. 311-322
- KÖHLER, M. « New Trends Concerning the Application of the Private Investor Test ». In *EStAL*. 2011, n°1-2011, p. 21-33.



- MARTIN, S. et C. STRASSEL. « La politique communautaire des aides d'État est-elle une politique de concurrence ? ». In *Concurrences*. 2005, n°3-2005, p. 52-59.
- NICOLAIDES, P. « State Aid, Advantage and Competitive Selection: What Is a Normal Market Transaction? ». In *EStAL*. 2010, n°1-2010, p. 65-78.
- « Taxes, the Cost of Capital and the Private Investor Principle ». In *EStAL*. 2013, n°2-2013, p. 243-245.
- NICOLAIDES, P. et I.E. RUSU. « Private Investor Principle: What Benchmark and Whose Money? ». In *EStAL*. 2011, n°2-2011, p. 237-248.
- NICOLAIDES, P. et M. KLEIS. « Where Is the Advantage? The Case of Public Funding of Infrastructure and Broadband Networks ». In *EStAL*. 2007, n°4-2007, p. 615-637
- OSWELL, D., G. METAXAS et E. VAHIDA. « CFI judgement in the Charleroi case T-196/04 ». In *EStAL*. 2009, n°4-2009, p. 549-555.
- OSWELL, D. et E. VAHIDA. "E.U. State Aid Developments in 2003: More Complexity, Less Certainty Symposium on European Competition Law ». In *Nw. J. Int'l L. & Bus* n°24 (2003).
- PARRISH, M. « On the private investor principle ». In *European Law Review*. 2003, n°2003-1.
- PERNIN, A. « Des dysfonctionnements de la raison communautaire : une analyse à partir du contrôle des transferts État-entreprises ». In CARTELIER, L., J. FOURNIER et L. MONNIER (dir.). *Critique de la raison communautaire*. Paris : Economica, 1996.
- PESCATORE, P. « La carence du législateur communautaire et le devoir du juge ». In *Mélanges L.-J. Constantinesco*, Berlin : Carl Heymanns, 1983, pp. 559-580.
- RACINE, J.-B. et F. SIIRIAINEN. « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique ». In *RIDE*. 2007, n°2007-3, p. 259-291.
- SANCHEZ-GRAELLS, Albert. « Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate? ». In *Public Procurement Law Review*. 10 avril 2012 [En ligne]. URL : <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2037768](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2037768)>, consulté le 27 mars 2015.
- SLOCOCK, B. « The market economy investor principle ». In *Competition Policy Newsletter*. Juin 2002, n°2.
- SPECTOR, D. « L'économie politique des aides d'État et le choix du critère d'appréciation ». In *Concurrences*. 2006, n°2-2006, p. 34-43.
- SZYSZCZAK, E. « The Survival of the Market Economic Investor Principle in Liberalised Markets ». In *EStAL*. 2001, n°1-2011, p. 35-40.

## LISTE DE LA JURISPRUDENCE ET DES TEXTES CITÉS

### Jurisprudence

---

- CJCE, 20 mars 1984, *Allemagne c/ Comm.*, aff. C-84/82, Rec. 1451, 1501  
CJCE, 14 nov. 1984, *Intermills c/ Comm.*, aff. C-323/82, Rec. 3809  
CJCE, 10 juill. 1986, *Belgique c/ Comm.* (dit Boch II), aff. C-40/85, Rec. 2321  
CJCE, 10 juill. 1986, *Belgique c/ Comm.* (dit Meura), aff. C-234/84, Rec. 2263  
CJCE, 2 févr. 1988, *Van Der Kooy e.a. c/ Comm.*, aff. C-67/85, C-68/85, C-70/85, Rec. 263  
CJCE, 4 févr. 1990, *France c/ Comm.* (dit Boussac), aff. C-301/87, Rec. 307  
CJCE, 21 mars 1991, *Italie c/ Comm.* (dit Alfa Roméo), aff. C-305/89, Rec. 1603  
CJCE, 21 mars 1991, *Italie c/ Comm.* (dit ENI-Lanerossi), aff. C-303/88, Rec. 1433  
CJCE, 3 oct. 1991, *Italie c/ Comm.* (dit Alumina et C), aff. C-261/89, Rec. 4437  
CJCE, 14 sept. 1994, *Espagne c/ Comm.*, aff. C-42/93, Rec. p. 4175  
CJCE, 29 févr. 1996, *Belgique c/ Comm.* (dit Gasunie), C-56/93, Rec. I-723  
CJCE, 3 mai 1996, *RFA c/ Comm.*, aff. C-399/95, Rec. p. 2441  
CJCE, 11 juill. 1996, *SFEI e.a. c/ Comm.*, aff. C-39/94, Rec. I-3547  
CJCE, 24 oct. 1996, *Hanseatische Industrie e.a. c/ Comm.*, C-329/93, C-62/95, C-63/95, Rec. I-5151  
TPICE, 12 déc. 1996, *Air France c/ Comm.*, aff. T-358/94, Rec. II-2109  
TPICE, 30 avril 1998, *Cityflyer Express c/ Comm.*, aff. T-16/96, Rec. II-757  
TPICE, 15 sept. 1998, *BP Chemicals Limited c/ Comm.*, aff. T-11/95, Rec. II-3235  
TPICE, 21 janv. 1999, *Neue Maxhütte Stahlwerke et Lech-Stahlwerke c/ Comm.*, aff. T-129/95, T-2 et T-97/96, Rec. II-17  
TPICE, 28 janv. 1999, *BAI c/ Comm.*, aff. T-14/96, Rec. II-141  
CJCE, 29 avr. 1999, *Espagne c/ Commission*, aff. C-342/96, Rec. I-2549  
CJCE, 29 juin 1999, *Déménagement Manutention Transport SA*, aff. C-256/97, Rec. I-3913  
TPICE, 10 mai 2000, *SIC c/ Comm.*, aff. T-46/97, Rec. II-2129  
TPICE, 13 juin 2000, *EPAC*, aff. T-204/97 et T-207/97, Rec. II-2267  
TPICE, 29 juin 2000, *DSG Dradenauer*, aff. T-234/95  
TPICE, 12 déc. 2000, *Alitalia*, aff. T-296/97, Rec. II-3871  
CJCE, 20 sept. 2001, *Banks*, aff. C-390/98, Rec. I-6117.  
CJUE, 16 mai 2002, *France c/ Comm.* (dit Stardust Marine), aff. C-482/99, Rec. I-43978  
TPICE, 11 juill. 2002, *HAMSA c/ Comm.*, aff. T-152/99  
TPICE, 17 oct. 2002, *Linde A c/ Comm.*, aff. T-98/00, Rec. II-3961  
TPICE, 6 mars 2003, *Westdeutsche Landesbank*, aff. T-228 et 233/99, Rec. II-3597  
CJCE, 8 mai 2003, *Italie et SIM 2 Multimédia c/ Comm.*, aff. C-328/99 et C-399/00, Rec. I-4035  
CJCE, 3 juill. 2003, *Belgique c/ Comm.* (dit Verlipack), aff. C-457/00, Rec. I-6931  
CJCE, 3 juill. 2003, *Chronopost e.a. c/ Ufex e.a.*, aff. C-83/01 P, C-93/01 P, C-94/01 P, Rec. I-6993  
TPICE, 5 août 2003, *P et O European Ferries (Vizcaya)*, aff. T-116 et 118/01, Rec. II-2957  
TPICE, 13 janv. 2004, *Thermenhotel e.a. c/ Comm.*, aff. T-158/99, Rec. II-1  
CJCE, 29 avril 2004, *Grèce c/ Comm.*, aff. C-287/00, Rec. I-8787  
TPICE, 21 oct. 2004, *Lenzing AG c/ Comm.*, aff. T-36/99, Rec. II-3597  
TPICE, 19 oct. 2005, *Freistaat Thüringen c/ Comm.*, aff. T-318/00, Rec. II-4179  
CJCE, 11 janv. 2007, *TGI c/ Comm.*, aff. C-404/04 P, Rec. I-1  
TPICE, 29 mars 2007, *Scott c/ Comm.*, T-366/00, Rec. I-1749  
CJCE, 22 nov. 2007, *Espagne c/ Lenzing*, aff. C-524/04 P, Rec. I-9947  
TPICE, 9 juill. 2008, *Alitalia*, aff. T-301/01, Rec. II-1753  
CJCE, 13 nov. 2008, *Commission c/ France*, C-214/07, Rec. I-8357  
TPICE, 17 déc. 2008, *Ryanair c/ Comm.*, aff. T-196/04, Rec. II-3643  
TPICE, 18 déc. 2008, *Component Oyl*, aff. T-455/05, Rec. II-336  
TUE, 15 déc. 2009, *EDF c/ Comm.*, aff. T-156/04, Rec. II-4503

TUE, 3 mars 2010, *Bundesverband deutscher Banken e.a. c/ Comm.* (dit Helaba), aff. T-36/06, *Rec.* II-537  
CJUE, 2 sept. 2010, *Commission c/ Scott SA*, aff. C-290/07 P, *Rec.* I-7763  
TUE, 13 sept. 2010, *Grèce, Olympiakes Aerogrammes A*, aff. T-415/05 et 416/05, *Rec.* II-4749  
TUE, 7 oct. 2010, *DHL aviation e.a. c/ Comm.*, aff. T-452/08, *Rec.* II-218  
TUE, 7 déc. 2010, *Frucona Kostice a.s c/ Comm.*, aff. T-11/07, *Rec.* II-5543  
TUE, 13 déc. 2011, *Konsum Nord c/ Comm.*, aff. T-244/08, *Rec.* II-444  
TUE, 28 févr. 2012, *Land Burgenland c/ Comm.*, aff. T-268/08 et T-281/08, *Rec.* numérique  
CJUE, 5 juin 2012, *Commission c/ EDF*, C-124/10 P, *Rec.* numérique  
TUE, 11 sept. 2012, *Corsica Ferries c/ Comm.*, aff. T-565/08, *Rec.* numérique  
CJCE, 24 janv. 2013, *Frucona Kostice c/ Comm.*, aff. C-73/11 P, *Rec.* numérique  
TUE, 20 mars 2013, *Rousse Industry c/ Comm.*, aff. T-489/11, *Rec.* numérique  
CJUE, 24 oct. 2013, *Land Burgenland e.a. c/ Comm.*, aff. C-214/12 P, 215/12 P et 223/12 P, *Rec.* numérique  
CJUE, 20 mars 2014, *Rousse Industry c/ Comm.*, aff. C-271/13 P, non publié au *Recueil*  
TUE, 3 juill. 2014, *Espagne et Ciudad de la Luz c/ Comm.*, aff. T-319/12 et T-321/12, NPAR  
CJUE, 4 sept. 2014, *SNCM c/ Corsica Ferries*, aff. C-533/12 P et C-536/12 P, NPAR  
TUE, 12 déc. 2014, *Banco Privado Português c/ Comm.*, aff. T-487/11, NPAR  
TUE, 15 janv. 2015, *France c/ Comm.* (dit *Sea France*), aff. T-1/12, NPAR  
TUE, 25 juin 2015, *SACE et Sace BT c/ Comm.*, aff. T-305/13, NPAR  
TUE, 30 juin 2015, *Pays-Bas e.a. c/ Comm.*, aff. T-186/13, NPAR  
TUE, 2 juill. 2015, *France et Orange c/ Comm.*, aff. T-425/04 RENV et T-444/04 RENV, NPAR

#### Décisions de la Commission

---

Décision de la Commission n° 2008/729/CE du 11 déc. 2007 relative à une aide accordée par la commune d'Amsterdam en faveur de Glasvezelnet Amsterdam pour un investissement dans un réseau d'accès en fibre optique  
Décision de la Commission n° 2012/157/UE du 7 déc. 2011 relative à des aides de compensation versées par l'organisme grec d'assurances agricoles (ELGA) pendant les années 2008 et 2009

#### Communications de la Commission

---

Lignes directrices de la Commission sur les participations publiques dans le capital des sociétés, *Bulletin CE* 9-83, p. 93  
Communication de la Commission du 18 oct. 1991, Application des articles 92 et 93 du traité CEE et de l'article 5 de la directive 80/723/CEE de la Commission aux entreprises publiques du secteur manufacturier, 91/C 273/02  
Communication de la Commission du 13 nov. 1993, Application des articles 92 et 93 du traité CEE et de l'article 5 de la directive 80/723/CEE de la Commission aux entreprises publiques du secteur manufacturier, 93/C 307/03  
Communication de la Commission, du 10 juill. 1997 concernant les éléments d'aide d'État contenus dans les ventes de terrains et de bâtiments par les pouvoirs publics, *JOUE* 97/C 209  
Communication de la Commission, du 11 mars 2000 sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État sous forme de garanties, *JOUE* 2000/C 71/07  
Communication de la Commission, du 21 août 2001 aide d'État et capital-investissement, *JOUE* 2001/ C 235/03  
Lignes directrices de la Commission, du 9 déc. 2005 sur le financement des aéroports et les aides d'État au démarrage pour les compagnies aériennes au départ d'aéroports régionaux, *JOUE* 2005/C 312  
Communication de la Commission, du 20 juin 2008 sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État sous forme de garanties, *JOUE* 2008/C 155/02

Communication de la Commission du 30 sept. 2009, Lignes directrices communautaires pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit, *JOUE* 2009/C 235/04

Communication de la Commission, du 26 janv. 2013, Lignes directrices de l'UE pour l'application des règles relatives aux aides d'État dans le cadre du déploiement rapide des réseaux de communication à haut débit, *JOUE* 2013/C 25/01

Communication de la Commission, Lignes directrices relatives aux aides d'État visant à promouvoir les investissements en faveur du financement des risques, *JOUE* C 19/04, 22 janv. 2014

Communication de la Commission Lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes, *JOUE* C 99/03, 4 avr. 2014.

Communication de la Commission Encadrement des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation, *JOUE* C 198/01, 27 juin 2014.



## TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	5
SOMMAIRE	7
INTRODUCTION	9
PREMIÈRE PARTIE UNE NOTION INDÉTERMINÉE PRODUITE ET ENCADRÉE PAR LE DROIT DES AIDES D'ÉTAT	15
CHAPITRE 1 – L'INDETERMINATION <i>A PRIORI</i>	15
SECTION 1 – UNE INDÉTERMINATION LIÉE AU CONTEXTE DE CRÉATION DE LA NOTION	15
§ I – Le critère de l'investisseur privé, une solution permettant le contrôle de l'investissement public	16
A – L'article 345 TFUE, obstacle juridique apparent	16
B – Un critère flou comme solution de compromis	18
§ II – Une solution généralisée au contrôle de toutes les opérations de l'État sur le marché	20
A – Les conditions normales de marché, élément générique de définition de l'aide d'État	20
B – Le critère de l'opérateur privé en économie de marché, instrument de détermination des conditions normales de marché	21
SECTION 2 – UNE INDÉTERMINATION DE LA NOTION ENTRAÎNANT CELLE DU CHAMP D'APPLICABILITÉ DU CRITÈRE 23	23
§ I – La consécration d'un champ d'applicabilité fonctionnel	23
A – La thèse d'un champ d'applicabilité délimité par des critères formels	23
B – Le rejet par la Cour de justice de l'approche formelle et la consécration d'une approche fonctionnelle	26
§ II – Les règles de preuve de l'applicabilité : la réintroduction de critères formels	29
A – Les difficultés à établir le champ d'applicabilité : une réponse par des règles entourant la charge de la preuve <sup>29</sup>	29
B – Critères d'application, critères d'applicabilité, preuves d'application, preuve d'applicabilité	30
CHAPITRE 2 – UNE DÉTERMINATION PARTIELLE <i>A POSTERIORI</i>	33
SECTION 1 – INTÉRÊTS ET PRINCIPES DIRECTEURS D'UNE DIVISION DE LA NOTION	33
§ I – Spécificité des sources en présence et méthode de traitement	34
§ II – Le choix d'une classification	36
A – Critique des classifications existantes	36
B – Proposition d'une classification alternative	37
SECTION 2 – L'INVESTISSEUR PRIVÉ (EXPOSÉ ET NON EXPOSÉ) ET LE CRÉANCIER PRIVÉ	39
§ I – L'investisseur privé non exposé	39
§ II – L'investisseur privé exposé et le créancier privé	44
SECTION 3 – L'OPÉRATEUR PRIVÉ AU SENS STRICT	46
§ I – Les comportements concernés	46
§ II – L'obligation d'effectuer la transaction au « prix du marché »	48
A – Principe de paiement au prix normal du marché et méthodes de détermination de ce prix	48
B – Les possibilités de s'écarter du prix normal du marché	49
§ III – Une transaction répondant à un besoin réel	51
DEUXIÈME PARTIE UNE INDÉTERMINATION BOULEVERSANT LE DROIT DES AIDES D'ÉTAT	53
CHAPITRE 1 – UNE INDÉTERMINATION AFFECTANT LA NOTION D'AIDE D'ÉTAT	53
SECTION 1 – UN CRITÈRE EMPLOYANT DES TECHNIQUES JURIDIQUES FAVORISANT LA MOBILISATION D'UN RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE	53
§ I – La notion de « comportement normal d'un opérateur privé en économie de marché », un standard juridique	54
A – Définition du standard juridique	54
B – L'application au « comportement normal de l'opérateur privé en économie de marché »	56
§ II – L'introduction d'un critère d'analyse substantiel de l'avantage	59
A – L'analyse substantielle	59
B – Application au critère de l'opérateur privé	61
SECTION 2 – LES EFFETS D'UNE DÉFINITION PLUS ÉCONOMIQUE SUR LES CARACTÈRES DE LA NOTION D'AIDE D'ÉTAT	61
§ I – Une approche plus économique qui sert la fonction économique du droit des aides	62
A – Un renforcement de l'approche fonctionnelle de la notion d'aide d'État par le critère de l'opérateur privé <sup>62</sup>	62
B – L'expression d'une démarche fonctionnelle inachevée	63
§ II – Une approche plus économique qui affaiblit l'objectivité de la notion d'aide	64
A – Une approche moins juridique de la notion d'aide ?	64
B – Une approche moins objective de la notion d'aide	66

CHAPITRE 2 – UNE INDÉTERMINATION MODIFIANT L'ÉQUILIBRE INSTITUTIONNEL DU CONTRÔLE DES AIDES D'ÉTAT	69
SECTION 1 – UNE MODIFICATION DE L'ÉQUILIBRE INSTITUTIONNEL DU CONTRÔLE DES AIDES	69
§ I – Une exception aux règles communes de la qualification d'aide d'État	69
A – La distinction de principe entre qualification d'aide et contrôle de compatibilité et l'équilibre institutionnel qu'elle fonde	69
B – Une distinction fondée sur les natures différentes des notions d'« aide d'État » et de « compatibilité au marché intérieur »	71
§ II – La confusion des pouvoirs interprétatifs des institutions participant au contrôle européen des aides d'État	74
A – Le gain d'un pouvoir de définition de la notion d'aide par la Commission	74
B – Le contrôle croissant du juge européen	76
C – L'État, perdant du changement institutionnel ?	77
SECTION 2 – ASSUMER, ACHEVER OU REVENIR SUR LA MODIFICATION DE L'ÉQUILIBRE ?	78
§ I – Revenir sur la modification : encadrer le pouvoir de la Commission	78
§ II – Assumer la modification : expliciter le pouvoir de la Commission	80
A – L'impossible définition neutre de la notion de « comportement normal d'un opérateur privé »	80
B – La solution : supprimer le critère	81
§ III – Achever la modification : le courant de l'analyse économique des aides d'État	82
CONCLUSION	85
BIBLIOGRAPHIE	86
Liste de la jurisprudence et des textes cités	89
TABLE DES MATIÈRES	93

**Directrice de publication** : Frédérique Ferrand, Professeur des universités, Agrégée de droit privé, Directrice de l'Équipe de Droit International, Européen et Comparé

**Responsable d'édition** : Véronique Gervasoni, Responsable administrative de l'EDIEC

**Université Jean Moulin Lyon 3 – Faculté de Droit**

**Équipe de droit international, européen et comparé – EDIEC, EA n° 4185**

15 quai Claude Bernard, BP 0638, 69239 Lyon Cedex 02

BP 0638 – 69239 Lyon Cedex 02 – **Tél.** : ++ 00 / 33 478 787 251

**Courriel** : [ediec@univ-lyon3.fr](mailto:ediec@univ-lyon3.fr) – **Web** : <http://ediec.univ-lyon3.fr>

