DÉCISION DE LA COMMISSION

du 27 janvier 2010

concernant l'aide d'État C 27/08 (ex N 426/05), que l'Allemagne a accordée à Sovello AG (anciennement EverQ GmbH)

[notifiée sous le numéro C(2010) 172]

(Le texte en langue allemande est le seul faisant foi.)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

(2010/358/UE)

LA COMMISSION EUROPÉENNE,

vu le traité sur l'Union européenne et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le «TFUE»), et notamment son article 108, paragraphe 2, premier alinéa,

vu l'accord sur l'Espace économique européen, et notamment son article 62, paragraphe 1, point a),

après avoir invité les intéressés à présenter leurs observations conformément aux dispositions précitées [1],

considérant ce qui suit:

1. PROCÉDURE

(1) Par lettre du 29 août 2005, enregistrée le 1er septembre 2005, l'Allemagne avait notifié à la Commission son intention d'accorder à l'entreprise EverQ GmbH [ci-après dénommée «Sovello» [2] une aide d'État sous la forme d'une prime PME. Par lettres du 28 octobre 2005, du 24 janvier 2006 et du 4 avril 2006, respectivement enregistrées le même jour, l'Allemagne avait transmis des informations supplémentaires à la Commission.

(2) Par l'acte du 7 juin 2006, notifié sous le numéro C(2006) 2092 final, la Commission avait autorisé la prime PME en faveur de Sovello [aide d'État N 426/05 [3].

(3) Lors de l'examen d'une autre mesure d'aide notifiée en faveur de Sovello [aide d'État C 21/08 [4] - ex N 864/06], la Commission a relevé des indices suggérant que la décision concernant l'aide d'État N 426/05 reposait vraisemblablement sur des informations incomplètes ou incorrectes, présentées dans le cadre de la notification.

(4) Par lettre du 17 mars 2008, conformément à l'article 9 du règlement (CE) nº 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE [ci-après le «règlement (CE) nº 659/1999»] [5], la Commission a donné à l'Allemagne la possibilité de présenter ses observations sur l'introduction envisagée d'une procédure formelle d'examen avant toute révocation éventuelle de la décision du 7 juin 2006. L'Allemagne a transmis ses observations par lettre du 15 avril 2008, enregistrée les 15 et 16 avril 2008.

(5) Par lettre du 17 juin 2008 [C(2008) 2669 final], la Commission a informé l'Allemagne de sa décision d'ouvrir au sujet de la prime PME accordée à Sovello la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, du TFUE.

(6) La décision de la Commission d'ouvrir la procédure a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* [6]. La Commission a invité tous les intéressés à présenter leurs observations.

(7) L'Allemagne a transmis ses observations par lettre du 10 septembre 2008, enregistrée le même jour, ainsi que des commentaires supplémentaires par lettres du 20 mars, du 13 mai et du 16 novembre 2009, respectivement enregistrées le même jour. Le 2 avril et le 13 octobre 2009, des réunions ont eu lieu entre les représentants des services de la Commission et de l'Allemagne.

(8) La Commission n'a reçu aucune observation de tiers.

---

[1] JO C 253 du 4.10.2008, p. 23.

[2] Le 24 novembre 2008, l'entreprise EverQ GmbH a été transformée en société anonyme Sovello AG. Afin de garantir une meilleure lisibilité de la décision, nous utiliserons le nom actuel de l'entreprise, «Sovello AG», en toutes circonstances, y compris pour les périodes antérieures au changement de raison sociale.

[3] JO C 270 du 7.11.2006, p. 2.

[4] Décision 2009/697/CE de la Commission (JO L 237 du 9.9.2009, p. 15).

[5] JO L 83 du 27.3.1999, p. 1.

[6] Voir la note 1 de bas de page.

2. DESCRIPTION DÉTAILLÉE DE L'AIDE

2.1. Le projet

(9) Dans le cadre du projet subventionné à partir d'une aide régionale accordée sur la base du régime d'aides approuvé, et augmentée de la prime PME notifiée, l'entreprise entendait construire une nouvelle usine d'une capacité de 30 MWc (Sovello 1) pour la production de modules photovoltaïques (ProdCom-Code 32.10.52.37) au moyen de la technologie «String-Ribbon» ([7]). Cette nouvelle usine était la première unité de production de Sovello. Les travaux de construction ont démarré en décembre 2004. L'usine devait atteindre une capacité nominale de 30 megawatt-crête ([8]) et être mise en service avant le 31 décembre 2007. En réalité, cependant, Sovello 1 a démarré sa production dès le mois d'avril 2006.

2.2. Bénéficiaire de l'aide

(10) Le bénéficiaire de l'aide notifiée est Sovello. Sovello a été fondée en décembre 2004 par les sociétés Q-Cells SE ([9]) (ci-après dénommée «Q-Cells»; 24,9 % des parts) et Evergreen Solar Inc., établie aux États-Unis d'Amérique (ci-après dénommée «Evergreen»; 75,1 % des parts) en tant qu'entreprise commune. Ces faits ressortent de l'accord-cadre de coentreprise conclu entre Evergreen et Q-Cells ([10]) le 14 janvier 2005 (ci-après l'«accord-cadre n° 1»). Selon cet accord-cadre n° 1, Q-Cells avait auparavant fait l'acquisition de la société Topas 107 V.V. GmbH, une société «coquille», qui, sur l'initiative de Q-Cells, a ensuite été renommée Sovello (EverQ à l'époque,). La société «coquille» Topas 107 V.V. GmbH a été rebaptisée EverQ le 11 février 2005.

(11) Evergreen fabrique des modules photovoltaïques et détient un brevet pour la technologie dite «String-Ribbon-Technologie». Q-Cells, pour sa part, compte, à l'échelon mondial, parmi les plus grands fabricants de cellules photovoltaïques. L'entreprise commune Sovello devait permettre, tout d'abord, de tester sur le marché allemand la rentabilité de la technologie «String-Ribbon» d'Evergreen et la production de modules photovoltaïques en s'appuyant sur le savoir-faire et l'expérience de Q-Cells en la matière, dans le but de démarrer ensuite une production industrielle des modules «String-Ribbon».

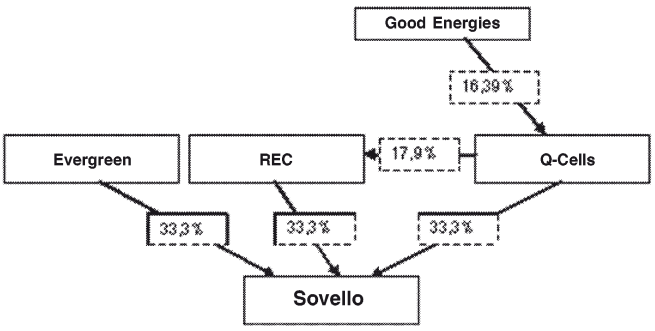
(12) En novembre 2005, la société Renewable Energy Corporation ASA (Norvège, ci-après dénommée «REC») est entrée dans Sovello sur la base d'un contrat de fourniture de silicium, en y acquérant une participation de 15 %, tandis qu'Evergreen et Q-Cells réduisaient respectivement leur part à 64 % et 21 %. Ces opérations ressortent du second accord-cadre de coentreprise conclu entre Evergreen, Q-Cells et REC le 25 novembre 2005 (ci-après l'«accord-cadre n° 2»). À l'échelon mondial, REC fait partie des plus grands producteurs de silicium pour l'industrie photovoltaïque.

(13) À la date de la notification de l'aide, Q-Cells et REC avaient un actionnaire commun, à savoir la société Venture-Capital-Gesellschaft Good Énergies Investment BV (ci-après dénommée «Good Énergies»), qui détenait 16 % des parts de Q-Cells et 39 % des parts de REC (au 7 mars 2006). Selon les informations de l'Allemagne, en dehors de leurs participations dans Sovello, Q-Cells, REC et Evergreen n'entretenaient aucune autre relation.

(14) Depuis le 19 décembre 2006, les partenaires Evergreen, Q-Cells et REC détiennent chacun une participation de 33,3 % dans le capital de Sovello (modifications apportées le 29 septembre 2006 à l'accord-cadre n° 2).

(15) Le 5 février 2007, Q-Cells avait fait part de son intention d'acquérir une part de 17,9 % dans REC, tandis que le même jour, Good Énergies annonçait dans un communiqué de presse qu'il allait (le 26 février 2007) vendre sa part dans REC à Q-Cells et Orkla ASA.

(16) Le schéma ci-dessous reflète l'actuelle structure actionnariale de Sovello (situation au troisième trimestre 2009):



([7]) La technologie «String Ribbon» est un procédé d'étirage en continu de longs rubans de silicium (ribbon) par passage dans un bain de silicium fondu de longs fils déroulés de bobines. Prélevés à intervalles réguliers, ces rubans sont ensuite découpés en unités plus petites [appelées «plaquettes solaires» (ou wafers)] qui, après nettoyage et différentes phases de traitement (diffusion de $POCl_3$, gravure par voie humide, revêtement SiN antireflets, métallisation et conditionnement), sont transformées en cellules photovoltaïques. La phase de production finale consiste à assembler les cellules en modules photovoltaïques (panneaux solaires).

([8]) Un mégawatt-crête (MWc) correspond à 1 000 000 de watts-crête (Wc ou Wp correspondant à l'anglais Wattpeak). En tant qu'unité de mesure de la puissance (puissance nominale) des cellules et modules photovoltaïques, le watt-crête est l'unité de référence généralement utilisée pour la comparaison des performances techniques des modules photovoltaïques. Il désigne la puissance nominale des modules dans des conditions de test standard.

([9]) Siège à Thalheim, Saxe-Anhalt, Allemagne, ex Q-Cells AG.

([10]) L'accord-cadre n° 1 peut être consulté sur l'internet à l'adresse suivante: http://www.secinfo.com/dsvRx.z7n.d.htm

(17) Différents documents et diverses décisions des associés illustrent le développement de Sovello. Le document intitulé «Project "Sovello": Heads of Agreement» (ci-après le «protocole d'accord»), qui avait été signé par les présidents des conseils d'administration d'Evergreen et de Q-Cells avant la conclusion de l'accord-cadre nº 1, brosse les grandes lignes d'une possible convention entre les deux sociétés ayant pour objet la création et la gestion d'une coentreprise dans le but de développer, de fabriquer et de commercialiser des produits photovoltaïques sur la base de la technologie «String-Ribbon». Le protocole d'accord mentionne par ailleurs que les partenaires étaient conscients de la nécessité de maintenir la participation de Q-Cells dans Sovello à un pourcentage inférieur à 25 % pour pouvoir solliciter l'octroi de certaines subventions étatiques en Allemagne. En outre, ce protocole prévoit non seulement que la participation des deux partenaires aux décisions commerciales importantes doit être garantie, mais également des dispositions signalant le rôle déterminant de Q-Cells du point de vue de l'opérationnabilité de la coentreprise.

(18) Des pouvoirs de codécision importants sont également accordés à Q-Cells dans les statuts de Sovello qui prévoient que deux représentants d'Evergreen et un mandataire désigné par Q-Cells doivent faire partie du conseil de surveillance, en précisant que les différentes décisions stratégiques doivent toutefois être approuvées par au moins l'un des représentants de chaque partenaire, faisant partie du conseil de surveillance.

(19) Dans l'accord-cadre nº 1, la participation d'Evergreen dans Sovello est fixée à 75,1 % et celle de Q-Cells à 24,9 %, mais cet accord-cadre prévoit également la possibilité pour Q-Cells de porter sa participation à 50 %, dans la mesure où une telle augmentation n'entraîne aucune diminution des aides à l'investissement. De plus, toujours selon cet accord-cadre, les partenaires ont également la possibilité de conclure des conventions supplémentaires dans les domaines suivants: prestations de service, technologie et marketing. Dans la pratique, les modules fabriqués par Sovello étaient (jusqu'au début de l'année 2009) commercialisés sous la marque Evergreen.

(20) Du point de vue structure de l'actionnariat, l'accord-cadre nº 2 prévoit, quant à lui, ce qui suit: Evergreen 64 %, Q-Cells 21 % et REC 15 %. Cet accord-cadre nº 2 confirme que Q-Cells a la possibilité d'adapter sa participation à celle d'Evergreen, tandis que toute augmentation de la part de REC à 21 % ou 33,3 % reste fonction de nouveaux contrats de fourniture de silicium.

(21) Le tableau I ci-après fournit un aperçu chronologique du développement de Sovello avec indication des documents importants et décisions commerciales essentielles.

Tableau I

Développement de Sovello

Date	Document/événement	Structure de l'actionnariat
Été 2004	Heads of Agreement (protocole d'accord)	Evergreen 75,1 %, Q-Cells 24,9 %
27.12.2004	Demande d'aide d'État	
13.1.2005	Statuts de Sovello	
14.1.2005	Premier accord-cadre de coentreprise (accord-cadre nº 1)	
21.4.2005	Octroi de l'aide	
1.9.2005	Notification de la prime PME (N 426/05)	
25.11.2005	Deuxième accord-cadre de coentreprise (accord-cadre nº 2)	REC 15 %, Evergreen 64 %, Q-Cells 21 %
7.6.2006	Autorisation de la prime PME par la Commission (N 426/05)	
29.9.2006 (avec effet au 19.12.2006)	Modification de l'accord-cadre nº 2	Evergreen 33,3 %, Q-Cells 33,3 % et REC 33,3 %

2.3. **Coût de l'investissement et financement du projet**

(22) Le coût de l'investissement du projet s'élevait à un montant (nominal) total de 65 699 302 EUR, dont 60 873 300 EUR étaient éligibles dans le cadre d'une aide régionale. Le tableau II fournit le détail du coût total d'investissement pour le projet notifié.

Tableau II

Ventilation du coût du projet (montants nominaux)

(en EUR)

Catégorie d'investissements	Montant
Terrain	[…] (*)
Bâtiments	[…]
Machines/équipement	[…]
Coût total de l'investissement	65 699 302
Total des coûts éligibles	60 873 300

(*) Couvert par le secret professionnel.

(23) À côté de la mise en œuvre des fonds en provenance de l'aide sollicitée, le financement du projet a été assuré par des fonds propres et un emprunt bancaire. Le tableau III offre un aperçu du financement du projet notifié.

Tableau III

Financement du projet (montants nominaux)

(en EUR)

Fonds	Montant
Fonds propres	[…]
Aide régionale (tâche d'intérêt commun)	14 142 000
Prime conformément à la loi de sur les primes à l'investissement (InvZulG)	14 329 100
Emprunt bancaire (non couvert par une garantie d'État)	8 000 000
Emprunt aux sociétés mères	[…]
Total	65 699 302

2.4. **Plafonds d'intensité applicables aux aides régionales**

(24) Le site de l'investissement se trouve à Thalheim, région de Bitterfeld, en Saxe-Anhalt (Allemagne), une région admissible aux bénéfices d'aides, en vertu de l'article 107, paragraphe 3, point a), du TFUE; avec un plafond d'intensité fixé à 35 % exprimé en équivalent-subvention brut (ESB), en vertu des lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale (ci-après les «lignes directrices de 1998») ([11]) et conformément à la carte en vigueur jusqu'à la fin 2006 des aides à finalité régionale en Allemagne ([12]).

2.5. **Montant et intensité de l'aide d'État**

(25) Conformément à la décision d'autorisation adoptée en application de l'article 4, paragraphe 3, point b), du règlement (CE) nº 70/2001 de la Commission du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État en faveur des petites et moyennes entreprises ([13]) (ci-après le «règlement d'exemption par catégorie»), l'aide d'État en cause est une prime PME de 15 %, notifiée sous le numéro N 426/05, qui, en supplément à une aide déjà octroyée, devait être accordée à la Sovello, d'une part sur le fondement du régime d'aide régionale prévu par la loi allemande relative à la «tâche d'intérêt commun - Amélioration de la structure économique régionale» [Gemeinschaftsaufgabe – Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur (GA-Regelung)], – ci-après le «régime de la tâche d'intérêt commun» – (aide d'État N 642/02) ([14]), et, d'autre part, sur la base de la loi sur les primes à l'investissement de 2005 [«Investitionszulagengesetz 2005 – ci-après l'InvZulG»], [aide d'État N 142a/04 ([15]). La prime PME en cause correspond à une aide d'État de 9 130 995 EUR.

2.6. **Examen de la qualité de PME de Sovello dans la décision de la Commission N 426/2005**

(26) En vertu des lignes directrices régionales de 1998, les PME peuvent, en supplément à une aide régionale à l'investissement, bénéficier d'une prime ([16]). La prime PME en faveur de Sovello avait été autorisée en supplément à l'aide régionale octroyée sur le fondement du régime allemand de la tâche d'intérêt commun.

(27) L'examen de la qualité de PME d'une entreprise est effectué sur la base de la recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition de micro, petite et moyenne entreprise ([17]) (ci-après la «recommandation PME»). À cet égard, la Commission examine en particulier si l'entreprise concernée dépasse certains seuils précis (effectif, chiffre d'affaires, bilan). Dans le cadre de cet examen, les données des entreprises liées (qui exercent une influence dominante principalement parce qu'elles détiennent la majorité des parts ou des droits de vote) sont entièrement prises en compte, tandis que celles des entreprises partenaires (qui détiennent au moins 25 % des parts ou des droits de vote) ne le sont que proportionnellement.

(28) Dans sa décision N 426/05 (voir le chapitre 2, ci-dessus), la Commission a intégré dans ses calculs les données pertinentes de Sovello et d'Evergreen, mais elle n'a pas tenu compte de celles de Q-Cells et de REC, étant donné qu'à la date de la notification de l'aide et au cours de toute la période antérieure à l'adoption de la décision d'autorisation par la Commission, le pourcentage des parts ou des droits de vote détenu respectivement par ces deux entreprises était inférieur à 25 %. Dans ces conditions, la Commission était parvenue à la conclusion que Sovello était une PME et, partant, elle avait autorisé l'aide notifiée.

([11]) JO C 74 du 10.3.1998, p. 9.
([12]) Aide d'État N 641/02 – Allemagne – carte des aides à finalité régionale en Allemagne (2004-2006).
([13]) JO L 10 du 13.1.2001, p. 33.
([14]) Décision de la Commission du 1er octobre 2003 (JO C 284 du 27.11.2003, p. 5).
([15]) Décision de la Commission du 19 janvier 2005 (JO C 235 du 23.9.2005, p. 4).
([16]) La prime dont peuvent bénéficier les PME est de 10 % dans les régions éligibles en vertu de l'article 107, paragraphe 3, point c), du TFUE, et de 15 % dans celles relevant du paragraphe 3, point a), de ce même article.
([17]) JO L 124 du 20.5.2003, p. 36.

3. MOTIFS DE L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE FORMELLE D'EXAMEN

3.1. Les nouvelles informations

(29) Au cours de l'appréciation d'une autre aide d'État notifiée en faveur de Sovello, la Commission a découvert au sujet de l'accord-cadre n° 1 relatif à la création de Sovello par Evergreen et Q-Cells des informations qui ne lui avaient pas été transmises lors de l'examen préliminaire de l'aide N 426/05. Ces informations suggéraient que, dans le but d'obtenir une aide d'état (y compris une prime PME) plus élevée, les partenaires de l'entreprise commune avaient maintenu artificiellement en deçà de 25 % (tout d'abord à 24,9 %) la participation de Q-Cells qui, pourtant, au sein de la direction de la coentreprise composée de trois membres, était représentée par un gérant dont l'accord était nécessaire pour toute décision essentielle. Pour ce motif et conformément à l'article 9 du règlement (CE) n° 659/1999, la Commission a invité l'Allemagne à lui présenter ses observations avant toute révocation éventuelle de la décision du 7 juin 2006 (voir le chapitre 2, ci-dessus).

(30) Par lettre du 15 avril 2008, l'Allemagne a transmis les statuts de Sovello, le protocole d'accord, ainsi que des copies certifiées conformes des accords-cadres n° 1 et 2 et de la version modifiée de l'accord-cadre n° 2. Dans cette lettre, l'Allemagne estimait qu'au moment de la notification de l'aide, Sovello satisfaisait aux critères formels prévus pour les seuils fixés dans la recommandation PME, et qu'au demeurant, ladite recommandation ne comporte aucun autre critère clairement défini et applicable dans la pratique. Or, selon l'Allemagne, pour garantir la sécurité juridique et la prévisibilité de la politique de contrôle de la Commission en matière d'aides d'État, il est indispensable que ce soient ces critères formels qui soient déterminants pour l'appréciation de la qualité de PME. Si la Commission juge qu'ils ne sont plus appropriés, elle n'a pas le droit de modifier leur interprétation lors de l'examen de cas particuliers, mais doit envisager une modification des dispositions en vigueur.

(31) L'Allemagne a en outre souligné qu'à la date de la notification de l'aide, aucune information n'avait été consciemment passée sous silence ou dissimulée et que la distribution initiale des parts (75,1 % pour Evergreen et 24,9 % pour Q-Cells) s'expliquait pour des raisons économiques. Enfin, l'Allemagne a fait valoir que la participation de Q-Cells dans l'entreprise commune initiale n'a pas empêché Sovello d'être confrontée aux handicaps typiques d'une PME nouvellement fondée.

3.2. Impact possible des nouvelles informations sur l'appréciation

(32) La Commission a toutefois considéré qu'elle disposait à présent d'éléments prouvant que Sovello avait uniquement satisfait aux critères formels de la définition des PME parce que la participation de Q-Cells avait été maintenue artificiellement inférieure à 25 %, dans le but d'obtenir une prime PME, alors que l'influence de Q-Cells dans Sovello était en réalité beaucoup plus importante. La Commission en a donc conclu qu'il convenait d'envisager que la structure de l'actionnariat du bénéficiaire de l'aide avait éventuellement été manipulée dans le but de contourner la définition des PME.

(33) Les nouvelles informations ont amené la Commission à se demander si Sovello était réellement une PME au sens de la recommandation précitée. Dans la négative, la prime PME notifiée et autorisée par la Commission ne serait pas compatible avec le TFUE.

(34) Pour pouvoir, le cas échéant, révoquer sa décision initiale du 7 juin 2006 qui reposait vraisemblablement sur des informations incomplètes ou inexactes et adopter la présente décision, la Commission a donc ouvert une procédure formelle d'examen en vertu de l'article 9 du règlement (CE) n° 659/1999, où l'on peut lire: «La Commission peut révoquer une décision […] après avoir donné à l'État membre concerné la possibilité de présenter ses observations, dans le cas où cette décision reposait sur des informations inexactes transmises au cours de la procédure et d'une importance déterminante pour la décision. Avant de révoquer une décision et de prendre une nouvelle décision, la Commission ouvre la procédure formelle d'examen conformément à l'article 4, paragraphe 4. […].»

4. OBSERVATIONS DES PARTIES INTÉRESSÉES

(35) La Commission n'a reçu aucune observation de la part des parties intéressées.

5. ARGUMENTS DE L'ALLEMAGNE

5.1. Base juridique

5.1.1. *Inapplicabilité de l'article 9 du règlement (CE) n° 659/1999*

(36) L'Allemagne estime que les conditions nécessaires à la révocation de la décision N 426/05, sur le fondement de prétendues nouvelles informations, ne sont pas réunies. Elle invoque que les informations transmises à la Commission dans le contexte de la notification de l'aide N 426/05 n'étaient ni incomplètes ni inexactes de sorte que l'article 9 du règlement (CE) n° 659/1999 ne trouve pas à s'appliquer. En arguant que la Commission savait que Sovello, en qualité de coentreprise d'Evergreen et de Q-Cells, était une entreprise nouvellement constituée au sein de la branche focalisée dans la technologie photovoltaïque, qu'elle ne dépassait pas les seuils fixés par la définition des PME et qu'elle était confrontée aux handicaps typiques d'une PME, l'Allemagne ajoute que ni l'accord-cadre n° 1 ni le protocole d'accord ne contenaient de faits nouveaux justifiant une révocation de la décision N 426/05.

(37) L'Allemagne fait valoir que sur la demande de la Commission (lettre du 30 décembre 2005, D/57570), elle a transmis, dans le cadre de la notification de l'aide en cause, le modèle de déclaration joint à la communication de la Commission «Exemple de déclaration portant sur des renseignements relatifs à la qualité de PME d'une entreprise» ([18]) (ci-après la «communication relative à l'exemple de déclaration») en y indiquant qu'Evergreen était une entreprise liée, tandis que Sovello et Q-Cells étaient indépendantes l'une de l'autre. Par ailleurs, elle souligne avoir également transmis une déclaration sous serment de Q-Cells confirmant qu'elle n'était ni une entreprise partenaire de Sovello ni une entreprise liée à cette dernière.

(38) L'Allemagne invoque en outre que ni le règlement d'exemption par catégorie ni la communication relative à l'exemple de déclaration, ni les demandes d'informations de la Commission ne permettaient aux autorités allemandes ou à Sovello de reconnaître la nécessité de transmettre à la Commission le contrat de coentreprise dans le cadre de la notification de l'aide. Par conséquent, l'Allemagne considère que les informations qu'elle a transmises à l'époque étaient complètes.

5.1.2. *L'application de critères d'examen supplémentaires n'est pas permise*

(39) L'Allemagne avance que dans la précédente recommandation PME datant de 1996 ([19]), la définition des PME reposait tant sur des seuils que sur un critère dit d'indépendance, alors que la définition actuelle distingue uniquement entre entreprises autonomes, partenaires et liées. Dans ce contexte, elle fait valoir que la Commission est tenue de respecter le règlement d'exemption par catégorie en association avec la définition des PME, et qu'elle ne peut certainement pas les restreindre en appliquant des critères supplémentaires non écrits que ni la Cour ni le Tribunal de première instance n'ont utilisés pour fonder leurs arrêts dans des affaires reposant sur la définition des PME.

(40) L'Allemagne conteste que les critères d'indépendance que la Cour a énumérés, en s'appuyant sur la recommandation PME de 1996, dans son arrêt relatif à l'affaire C 91/01, République italienne contre Commission des Communautés européennes ([20]) (ci-après l'affaire «Solar Tech»), soient également applicables aux affaires à examiner sur la base de la nouvelle définition des PME. Selon l'Allemagne, une appréciation reposant sur des critères non écrits n'est pas compatible avec l'objectif poursuivi par la révision de la définition des PME qui, conformément au considérant 8 du règlement d'exemption par catégorie, consiste à «[…] éliminer toute différence susceptible d'entraîner des distorsions de concurrence, […] faciliter la coordination entre les différentes initiatives communautaires et nationales concernant les petites et moyennes entreprises et pour des raisons de clarté administrative et de sécurité juridique, […]».

([18]) JO C 118 du 20.5.2003, p. 5.
([19]) Recommandation 96/280/CE de la Commission (JO L 107 du 30.4.1996, p. 4).
([20]) Arrêt de la Cour du 29 avril 2004 dans l'affaire C-91/01, Rec. 2004, p I-4355.

(41) L'Allemagne avance que pour des raisons de sécurité juridique et d'égalité de traitement, la Commission devrait tout d'abord publier toute adaptation des critères existants (ou introduction de nouveaux critères supplémentaires) avant de les appliquer en cas d'espèce. En outre, selon l'Allemagne, si le législateur européen avait voulu appliquer le critère des «handicaps typiques des PME», il l'aurait inséré dans sa nouvelle définition. La question de savoir si une entreprise souffre ou non des handicaps typiques des PME doit donc être examinée uniquement au regard des critères formels de la définition des PME. En outre, toujours selon l'Allemagne, il serait superfétatoire de fixer un seuil de 25 % pour les entreprises partenaires, s'il n'en est pas tenu compte dans la pratique, en tant qu'indicateur.

(42) L'Allemagne fait valoir que l'objectif poursuivi à travers la nouvelle définition des PME était de permettre une assistance uniforme en faveur de ces entreprises ainsi que leur contrôle par les services publics et judiciaires sur la base de notions clairement définies, ne laissant place à aucune ambiguïté. Sur la base de cet argument, elle conclut que la nouvelle définition des PME ne laisse aucune marge de liberté à une appréciation discrétionnaire ou à l'application de conditions non écrites.

5.1.3. *Les affaires Solar Tech et Pollmeier ne sont pas comparables à celle de Sovello*

(43) L'Allemagne invoque en outre que ni la structure de l'actionnariat ni les conditions-cadres économiques qui caractérisaient les entreprises Solar Tech et Pollmeier Malchow GmbH & Co. KG, et auxquelles il était fait référence dans les affaires qui les opposaient à la Commission ([21]) (arrêts rendus sur le fondement de l'ancienne recommandation PME de 1996), ne sont comparables à celles de Sovello.

(44) Dans l'affaire Solar Tech, seuls 24 % des parts du bénéficiaire de l'aide étaient détenus par le groupe Permasteelisa (une grande entreprise), mais le fondateur dudit groupe, qui, parallèlement, était son actionnaire majoritaire et également directeur général de Solar Tech., détenait 46 % du capital de cette dernière. De plus, le président du groupe et l'un des membres de la direction de Permasteelisa détenaient chacun 15 % du capital de Solar Tech. Compte tenu de ces liens de dépendance financière, de l'influence possible des actionnaires de Permasteelisa et des relations économiques et structurelles unissant Solar Techn à Permasteelisa, la Commission avait conclu que Solar Tech ne souffrait pas des handicaps typiques auxquels sont confrontées les PME et, partant, qu'elle ne satisfaisait pas au critère de l'indépendance. Dans ce contexte, l'Allemagne souligne que les actionnaires de l'entreprise commune Sovello étaient, par contre, indépendants l'un de l'autre et que l'influence de l'actionnaire minoritaire Q-Cells dans Sovello n'était pas supérieure à celle d'un actionnaire détenant 24,9 % du capital (voir la section 5.3).

([21]) Arrêt du Tribunal de première instance du 14 octobre 2004 dans l'affaire T-137/02, Rec. 2004, p. II-3541.

(45) Dans l'affaire Pollmeier, la totalité du capital du bénéficiaire de l'aide, Pollmeier, était détenue par une personne physique, à travers une société intermédiaire. Toutes les autres entreprises contrôlées par cette personne physique exerçaient des activités dans les mêmes secteurs économiques ou dans des secteurs parallèles. La Commission avait considéré que les entreprises détenues par cette personne physique constituaient une seule et même unité économique, et elle avait cumulé les données financières et les effectifs qui, partant, dépassaient les seuils fixés pour les PME. À cet égard, l'Allemagne relève qu'à la date de la fondation de Sovello, ses deux actionnaires étaient indépendants l'un de l'autre et qu'ils poursuivaient des objectifs économiques différents (recherches et développement dans le domaine de la technologie solaire pour Evergreen, et production de cellules photovoltaïques dans le cas de Q-Cells). Sovello ne pouvait donc pas compenser les handicaps typiques d'une PME dont elle souffrait par une appartenance à un groupe de grandes entreprises.

5.1.4. *Absence de tout traitement d'exception en ce qui concerne les entreprises communes*

(46) Selon l'Allemagne, la Commission aurait, dans la décision d'ouverture de la procédure formelle du 17 juin 2008 (voir le chapitre 5), commis un abus de pouvoir en ce sens qu'elle serait manifestement partie du principe que toute entreprise bénéficiaire d'une aide et ses associés partenaires doivent être automatiquement traités comme une seule et même unité économique et, partant, que pour le calcul des seuils des PME, les données financières et les effectifs de tous les associés d'une coentreprise doivent toujours être cumulés.

(47) L'Allemagne déclare que la Commission s'arroge ainsi le droit d'exclure de l'application de la définition des PME, qui est juridiquement contraignante, toute une catégorie d'entreprises, à savoir les entreprises communes auxquelles elle applique des critères de PME spéciaux. Selon l'Allemagne, ni la jurisprudence des juridictions européennes fondée sur la recommandation PME de 1996 ni la pratique antérieure de la Commission ne permettent d'inférer un tel droit.

5.2. **Handicaps typiques des PME rencontrés par Sovello**

(48) L'Allemagne affirme qu'au moment de la notification de l'aide, Sovello se heurtait à des handicaps typiques des PME, en raison de la faiblesse de ses effectifs et des ressources financières limitées dont elle disposait pour financer le projet d'investissement, commercialiser la production et organiser les affaires et processus d'exploitation. L'Allemagne reconnaît certes les effets de synergie résultant de la coopération avec Evergreen et Q-Cells, mais elle conteste que ces effets aient été en mesure d'amortir les handicaps typiques des PME rencontrés par Sovello.

5.2.1. *Difficultés typiques d'une PME dans le cadre du financement*

(49) Selon l'Allemagne, sans l'aide publique, Sovello n'aurait pas pu se procurer le financement externe nécessaire à son projet d'investissement à Thalheim. La part des investissements externes dans le projet de Sovello (8 millions d'EUR, soit 13 % de la totalité des investissements) serait typique d'une PME. En outre, seules […] des […] banques sollicitées auraient manifesté un intérêt à participer au financement du projet et l'une d'entre elles entendait même limiter la mise à disposition de fonds à un capital d'exploitation de […] d'EUR et à un capital d'amorçage de 50 % au maximum de l'aide publique. Une telle situation serait typique d'une PME, et non d'une grande entreprise.

(50) L'Allemagne avance que le contrat d'emprunt permettant un financement externe n'avait été conclu que le […] novembre 2005, et qu'en raison de […] de la notation de Sovello en matière de crédit et de la participation financière […] de ses associés (compte tenu en outre de la situation […] de Sovello sur le plan financier), la négociation de conditions de crédit avantageuses s'était avérée impossible. Sovello se heurtait à la difficulté de ne pas pouvoir présenter une garantie suffisante pour l'emprunt envisagé (étant donné qu'elle n'était pas encore propriétaire du terrain, que les machines et installations n'étaient pas encore livrées, que les bâtiments étaient encore en construction et qu'elle ne disposait encore d'aucun stock). Ses associés étaient également dans l'impossibilité d'offrir des garanties […].

(51) L'Allemagne argue que les associés ne pouvaient apporter qu'une somme très limitée en capitaux propres. Jusqu'en 2006, Evergreen aurait été le seul à fournir des ressources financières dépassant sa participation dans le capital et les réserves. Q-Cells en était […], parce que les ressources […] dont elle disposait étaient déjà […] engagées dans son propre projet d'investissement.

(52) L'Allemagne fait valoir que le projet d'investissement n'aurait pas pu être réalisé sans l'aide d'État augmentée de la prime PME.

5.2.2. *Difficultés typiques d'une PME dans le cadre de la commercialisation*

(53) L'Allemagne affirme que Sovello était confrontée à des risques commerciaux considérables parce que l'entreprise devait tout d'abord prouver que la technologie «String-Ribbon» permettait de fabriquer des produits commercialisables. Le fait que Sovello avait conclu un «contrat d'enlèvement de la production» ne réduisait pas vraiment ce risque parce qu'Evergreen était, elle aussi, une PME et qu'elle ne connaissait pas le marché allemand. L'autre associé, Q-Cells, n'avait, quant à lui, aucune expérience dans le domaine de la commercialisation des modules photovoltaïques, car sa production était uniquement focalisée sur les cellules solaires. En outre, Q-Cells étant, elle aussi, une PME ([22]) devait concentrer ses efforts sur la commercialisation de ses propres produits.

5.2.3. *Difficultés typiques d'une PME dans le cadre de l'organisation des affaires et des processus d'exploitation*

(54) L'Allemagne invoque que les coûts que Sovello devait supporter en liaison avec l'organisation de ses affaires et des processus d'exploitation étaient plus élevés que ceux d'une grande entreprise. Elle devait, par exemple, […].

([22]) Par sa décision du 2 mars 2005 dans l'affaire N 457/05, la Commission, constatant que Q-Cells était une PME, avait autorisé l'octroi d'une prime PME en sa faveur (JO C 131 du 28.5.2005, p. 11).

5.3. **Influence de Q-Cells sur Sovello**

(55) L'Allemagne conteste qu'au moment de la notification de l'aide, Q-Cells ait disposé de possibilités lui permettant d'exercer une influence sur Sovello dépassant celles dont aurait normalement disposé un actionnaire détenant 24,9 % du capital de l'entreprise. À son avis, il conviendrait au contraire de tenir compte que dans le cadre de projets comparables réalisés par des entreprises en décollement dans les branches de haute technologie, une telle participation dans le capital n'est pas inhabituelle.

(56) L'Allemagne explique que c'est Evergreen qui avait pris l'initiative de démarrer le projet. Pendant toute une décade, Evergreen avait en effet investi plus de […] millions de dollars des États-Unis (dollars US) dans le développement de la technologie «String-Ribbon», sans réussir à assurer sa rentabilité. La valeur des actions Evergreen, qui était de 20 dollars US en l'an 2000, était tombée à 2,00 dollars US environ au cours des années 2003 à 2004. C'est dans le but de garantir à ses actionnaires un rendement aussi élevé que possible en cas de succès du projet qu'Evergreen devait conserver un contrôle aussi large que possible sur ce dernier. La participation financière d'un partenaire lui était toutefois indispensable pour disposer des capitaux nécessaires. Dans ce contexte, Q-Cells était un candidat approprié, car au-delà d'un apport de fonds, elle pouvait également apporter son expérience en matière de construction d'ateliers de production dans le secteur photovoltaïque ainsi que ses connaissances technologiques dans le domaine de la production de cellules photovoltaïques. Selon l'Allemagne, c'est pour cette raison qu'Evergreen avait choisi Q-Cells comme associé en écartant la société […] qui, financièrement, était certes un partenaire plus puissant, mais qui désirait également disposer de possibilités d'influence plus importantes.

(57) À l'époque de la conclusion de l'accord-cadre n° 1 avec Evergreen, Q-Cells avait déjà investi dans un grand projet de production de cellules solaires conventionnelles. Elle ne pouvait donc investir dans un autre projet que de manière limitée. Selon l'Allemagne, à travers sa participation dans Sovello, Q-Cells entendait, d'une part, acquérir un savoir-faire dans le domaine des nouvelles technologies de production de plaquettes, cellules et modules solaires, et d'autre part, utiliser l'expérience dont elle disposait en matière de développement d'ateliers de production de cellules photovoltaïques.

(58) L'Allemagne déclare que c'est pour ces motifs que Q-Cells avait accepté une participation minoritaire de 24,9 %, et elle ajoute que c'est également ce qui expliquerait la participation minoritaire comparable de Q-Cells (21,9 %) dans l'entreprise CSG Solar AG ([23]) qui fabrique des modules solaires à partir de la technologie des films minces. Le volume d'une participation ne repose en effet pas seulement sur la part financière possible, mais également sur les apports technologiques.

([23]) Par sa décision du 3 mai 2005 dans l'affaire N 122/05, la Commission, constatant que CSG-Solar AG était une PME, avait autorisé l'octroi d'une prime PME en sa faveur (JO C 235 du 23.9.2005, p. 3). Par décision du 19 juillet 2006 dans l'affaire N 335/06, la Commission, constatant que CSG-Solar AG continuait à présenter le statut d'une PME, avait autorisé l'octroi d'une seconde prime PME en sa faveur (JO C 232 du 27.9.2006, p. 2).

(59) L'Allemagne souligne que les parts d'Evergreen et de Q-Cells dans le capital de Sovello reflètent exactement les intentions et l'influence réelles des deux associés et que les droits de vote étaient répartis en conséquence. Cela avait en fait conduit à la circonstance qu'Evergreen, à l'inverse de Q-Cells, pouvait prendre seule des décisions commerciales importantes.

(60) L'Allemagne avance qu'une augmentation future éventuelle de la participation de Q-Cells avait certes été convenue, mais qu'elle était subordonnée à des conditions précises et à la mise à disposition de ressources financières correspondantes; l'une de ces conditions indiquées dans l'accord-cadre n° 1 étant qu'une telle augmentation ne devait pas menacer l'aide d'État en faveur de Sovello. L'Allemagne souligne à cet égard que, l'octroi de l'aide avait été déterminant pour la réalisation du projet d'investissement en Allemagne et non aux États-Unis, mais que cela ne constituait pas une infraction aux dispositions relatives aux aides d'État. Par ailleurs, elle ajoute que Q-cells n'avait exercé aucune influence sur cette décision et que le fait que les associés se soient efforcés de garantir le financement de Sovello ne constituerait ni une violation ni un contournement de la législation en matière d'aides d'État.

(61) L'Allemagne estime qu'il convient de distinguer entre l'influence qui existait à un moment précis et une influence future possible reposant sur une augmentation éventuelle de la participation de Q-Cells. Dans ce contexte, elle relève qu'il n'était absolument pas certain que la participation soit augmentée, et que, de plus, les deux associés savaient qu'une telle augmentation n'était pas directement imminente et qu'elle n'aurait certainement pas lieu tant que la nouvelle technologie n'aurait pas fait ses preuves. Au demeurant, ajoute-t-elle, l'augmentation maximale à 50 % qui était prévue dans l'accord-cadre n° 1, n'a en réalité jamais eu lieu. Au contraire, puisque la participation de Q-Cells a même été abaissée à 21 %, sur la base du deuxième accord conclu (accord-cadre n° 2). Selon l'Allemagne, cela montre clairement qu'il n'existait aucun processus automatique qui justifierait la conclusion, selon laquelle il était dès le départ convenu que Q-Cells disposerait d'une part supérieure à 24,9 % dans le capital de Sovello.

(62) L'Allemagne fait en outre valoir que la nomination par Q-Cells d'un cadre dirigeant au sein de Sovello n'était qu'une disposition transitoire (de décembre 2004 à avril 2005) qui n'avait nullement restreint les possibilités d'influence d'Evergreen qui, elle aussi, avait nommé un directeur, dès la phase de démarrage de la coentreprise. En outre, en raison de sa majorité au sein du conseil de surveillance de la coentreprise, Evergreen était habilitée tant à nommer qu'à révoquer tout directeur de Sovello.

(63) L'Allemagne conteste que la formulation du protocole d'accord, selon lequel la participation de Q-Cells dans Sovello devait être inférieure à 25 % pour que la coentreprise puisse être prise en considération dans le cadre de mesures d'aide nationale, ait conduit à donner à Q-Cells la possibilité d'exercer une influence dépassant celle qui lui revenait réellement en raison de sa part de 24,9 %. À ce propos, l'Allemagne argue que cette formulation traduit au contraire uniquement ce qui a été transposé plus tard dans l'accord-cadre n° 1, à savoir: la volonté des deux associés de ne pas violer les conditions régissant les

mesures d'aide. L'Allemagne renvoie en outre à une autre clause du protocole d'accord, selon laquelle il était à court terme nécessaire qu'Evergreen détienne une part majoritaire dans le capital de Sovello étant donné que cette dernière mobiliserait une partie importante de la capacité de production d'Evergreen. Pour finir, l'Allemagne conclut que le protocole d'accord ne constituait qu'un document de travail pour les deux associés, sans aucune valeur obligatoire.

(64) L'Allemagne conteste qu'une influence de Q-Cells allant au-delà de sa participation de 24,9 % puisse être inférée des accords avec Sovello. Selon elle, toutes les conventions avaient été conclues aux conditions du marché et il n'existait entre Q-Cells et Sovello aucun autre rapport de nature économique, financière, organisationnelle ou autre.

(65) Enfin, l'Allemagne fait valoir que les modifications des participations qui ont été opérées après la fondation de Sovello ne reposaient pas sur l'accord-cadre n° 1 initial, mais qu'elles étaient liées à l'entrée dans l'entreprise commune de REC qui, en contrepartie d'une part de 15 % dans la coentreprise, avait promis de lui fournir de plus grandes quantités de silicium (comme convenu dans l'accord-cadre n° 2). À la suite de l'entrée de REC dans Sovello, Evergreen avait cédé 11,1 % de ses parts et Q-Cells 3,9 %. Selon l'Allemagne, cela prouverait bien l'intention de Q-Cells de rester un actionnaire minoritaire. Ce n'est que plus tard, après avoir reçu de REC la promesse qu'elle livrerait des quantités de silicium encore plus importantes, et à la suite de la confirmation du succès technologique de Sovello 1, que les participations des trois associés ont été respectivement portées à 33,3 % (modification du 29 septembre 2006 de l'accord-cadre n° 2, entrée en vigueur le 19 décembre 2006).

5.4. **Participation de Q-Cells sur le fondement du droit allemand relatif aux sociétés**

(66) L'Allemagne fait valoir que les pouvoirs de décision octroyés à Q-Cells au sein de l'entreprise commune ne sont pas inhabituels au sein de jeunes coentreprises technologiques, comme Sovello, et qu'ils correspondent à ceux qui sont accordés aux investisseurs de capital-risque détenant des participations minoritaires. À son avis, l'influence de Q-Cells ne dépasse pas celle exercée par un actionnaire minoritaire. L'entreprise ayant, à côté d'un apport en capital de 24,9 %, également apporté à Sovello son savoir-faire en matière de fabrication de cellules photovoltaïques, elle a sollicité la possibilité d'exercer une certaine influence sur les décisions prises dans le cadre des contrats de coopération avec cette dernière. L'Allemagne argue que ce droit d'influencer certaines décisions commerciales était nécessaire pour protéger Q-Cells, car, sinon, il était impossible d'exclure qu'Evergreen exerce, à son propre avantage, une influence dominante sur la direction de Sovello. En outre, il serait en général d'usage d'accorder aux actionnaires minoritaires le droit de nommer un membre du conseil de surveillance.

(67) À l'appui de son argument, selon lequel ce n'était pas dans l'intention d'obtenir une prime PME que la participation de Q-Cells avait été fixée à 24,9 %, l'Allemagne renvoie également à la législation allemande relative aux sociétés, en arguant que premièrement l'influence de Q-Cells correspond aux dispositions visant à protéger les actionnaires minoritaires. À ce sujet, elle fait référence aux articles 50, 61 et 66 de la loi relative aux sociétés à responsabilité limitée (ci-après la «GmbH-Gesetz») qui accordent aux associés détenant une part de 10 % dans une GmbH, des droits dits de minorité, comme, par exemple, le droit de convoquer l'assemblée des associés et de prendre part aux décisions en son sein ainsi que le droit de demander la dissolution d'une société etc. Selon l'Allemagne, l'influence de Q-Cells n'excède pas celle qu'un associé minoritaire qui détient au moins 10 % du capital social est habilité à exercer. Puis, en tant qu'autre raison expliquant les vastes pouvoirs de codécision de Q-Cells, l'Allemagne ajoute qu'avec une participation de seulement 24,9 %, l'entreprise ne disposait pas de la minorité de blocage légale de plus de 25 %. Aussi, pour compenser l'absence de protection légale de Q-Cells, des pouvoirs de codécision correspondants lui avaient été accordés par conventions.

5.5. **Synthèse**

(68) L'Allemagne émet des objections quant aux motifs juridiques sur lesquels la Commission a fondé l'ouverture de la procédure d'examen. Dans ce contexte, elle fait valoir qu'elle a transmis des informations complètes et exactes au moment de la notification de l'aide, et que, partant, l'article 9 du règlement (CE) n° 659/1999 n'est pas applicable. L'Allemagne argue en outre que la Commission ne peut apprécier la qualité de PME d'une entreprise qu'en s'appuyant sur les critères formels (effectif et seuils financiers) qui sont fixés par la définition des PME et qu'elle n'a pas le droit de recourir à des critères supplémentaires «non écrits» pour constater si une entreprise souffre ou non des handicaps typiques des PME. L'Allemagne conteste que la prime PME ait été accordée à Sovello en violation des dispositions régissant les aides d'État.

(69) À son avis, à la date de la notification de l'aide, Sovello satisfaisait aux critères de la définition des PME: Q-Cells ne détenait qu'une participation minoritaire de 24,9 % dans Sovello et elle n'était ni une entreprise partenaire ni une entreprise liée à cette dernière au sens de la définition des PME. Par conséquent, les données de Q-Cells ne devaient pas être prises en compte dans le calcul des seuils fixés pour les PME. L'Allemagne se refuse de reconnaître qu'au moment de la notification de l'aide, Q-Cells exerçait sur Sovello une influence plus importante que celle qu'aurait exercée un investisseur détenant 24,9 % du capital de cette entreprise. En outre, l'Allemagne estime que Sovello se heurtait réellement à des difficultés typiques d'une PME et que le projet d'investissement n'aurait pas pu être réalisé sans l'aide d'État, prime PME comprise.

6. APPRÉCIATION AU REGARD DE LA LÉGISLATION RELATIVE AUX AIDES D'ÉTAT

6.1. Remarques préliminaires

(70) Le 7 juin 2006, la Commission avait autorisé l'octroi d'une prime PME de 15 % ESB en faveur de Sovello (en plus d'une aide régionale qui lui avait été accordée). Par la suite, la Commission a découvert des éléments suggérant que cette première décision reposait éventuellement sur des informations inexactes transmises dans le cadre de la notification initiale de l'aide. Comme ces nouveaux éléments étaient, le cas échéant, décisifs pour les conclusions de l'examen, la Commission a décidé, le 17 juin 2008, au sujet de l'aide d'État en cause d'ouvrir la procédure prévue par l'article 108, paragraphe 2, du TFUE, afin de révoquer sa décision N 426/05 et d'en adopter une nouvelle. (Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1er décembre 2009, les nouveaux actes adoptés par la Commission doivent, dans leur version allemande, porter l'appellation de «Beschluss», au lieu de «Entscheidung».)

6.2. Obligation de notification, base juridique et droit applicable

(71) L'Allemagne avait notifié la prime PME en faveur de Sovello par lettre du 29 août 2005, enregistrée le 1er septembre 2005.

(72) Sous réserve de l'autorisation de la Commission, la prime PME avait été accordée à Sovello en supplément à l'aide régionale qui lui avait été légalement octroyée sur la base du régime allemand de la «tâche d'intérêt commun». Ce régime prévoit une disposition explicite [24], selon laquelle l'Allemagne doit notifier toute prime PME qui dépasse le seuil que fixe le règlement d'exemption par catégorie en matière d'obligation de notification des aides individuelles. En vertu du règlement d'exemption par catégorie en vigueur à la date de la notification, les aides à l'investissement en faveur de PME sont autorisées sur tout le territoire de l'Union européenne lorsque l'intensité de l'aide ne dépasse pas un plafond fixé à 7,5 % de l'équivalent-subvention net (ESN) pour les entreprises de taille moyenne et à 15 % ESN pour les petites entreprises. Conformément au règlement précité, si le bénéficiaire de l'aide est établi dans une région assistée, l'aide est également exemptée de l'obligation de notification tant qu'elle n'excède pas le plafond d'aide régionale fixé dans les lignes directrices régionales de 1998, augmenté de la prime PME supplémentaire. Le règlement d'exemption par catégorie ne prévoit cependant aucune exemption pour les projets dont les coûts éligibles sont supérieurs à 25 millions d'EUR et/ou pour les projets en faveur desquels l'aide accordée dépasse respectivement un montant brut de 15 millions d'EUR. Des aides d'État de ce genre sont soumises à notification individuelle.

(73) Pour l'appréciation de la qualité de PME d'une entreprise, la Commission applique la recommandation PME.

[24] «Les obligations de notification individuelle pour PME au sens de la définition communautaire, telles qu'elles découlent de l'article 6 du règlement (CE) nº 70/2001, sont maintenues ainsi que les obligations d'enregistrement et de rapport à la Commission que prévoit l'article 9 dudit règlement».

6.3. Examen de la qualité de PME de Sovello

6.3.1. *Applicabilité de l'article 9 du règlement (CE) nº 659/1999*

(74) L'article 9 du règlement (CE) nº 659/1999 dispose: «La Commission peut révoquer une décision […] après avoir donné à l'État membre concerné la possibilité de présenter ses observations, dans le cas où cette décision reposait sur des informations inexactes transmises au cours de la procédure et d'une importance déterminante pour la décision. Avant de révoquer une décision et de prendre une nouvelle décision, la Commission ouvre la procédure formelle d'examen conformément à l'article 4, paragraphe 4. […]».

(75) L'Allemagne conteste avoir, à un moment quelconque au cours de l'enquête préliminaire, transmis des informations inexactes ou incomplètes, d'une part, parce qu'elle a présenté toutes les informations requises en vertu de la communication de la Commission relative à l'exemple de déclaration et, d'autre part, parce que la transmission d'informations supplémentaires sur l'organisation structurelle d'une coentreprise et/ou sur les statuts d'une entreprise n'était exigée par aucune des vérifications et dispositions pertinentes prévues dans la recommandation de la Commission.

(76) À ce sujet, il convient de relever qu'aux termes de la communication précitée, l'utilisation du modèle de déclaration n'est pas obligatoire, ce document étant au contraire uniquement conçu à titre d'exemple, et que de telles déclarations sont sans préjudice des contrôles ou vérifications prévues par les réglementations nationales ou communautaires. Au cours de l'enquête préliminaire, la Commission avait invité l'Allemagne à lui transmettre une déclaration sous serment de Q-Cells confirmant qu'aucun des critères prévus à l'article 3, paragraphe 3, points a) à d), de l'annexe de la recommandation PME [25] ne s'appliquait à cet associé, ou, si cela n'était pas possible, une copie des statuts de Sovello. Le 28 octobre 2005, l'Allemagne lui avait envoyé une déclaration sous serment de Q-Cells. En outre, comme, au cours de l'enquête préliminaire relative à l'aide notifiée, la structure de l'actionnariat de Sovello avait subi des modifications à la suite de l'entrée dans l'entreprise commune d'un troisième membre (REC), l'Allemagne lui avait également transmis (le 4 avril 2006) une déclaration sous serment de ce nouvel associé. La décision N 426/05 a été adoptée à l'issue de la procédure préliminaire d'examen sur la base de ces informations transmises par l'Allemagne.

[25] L'article 3, paragraphe 3, points a) à d), de l'annexe à la recommandation PME est libellé comme suit:
Sont des "entreprises liées" les entreprises qui entretiennent entre elles l'une ou l'autre des relations suivantes:
a) une entreprise a la majorité des droits de vote des actionnaires ou associés d'une autre entreprise;
b) une entreprise a le droit de nommer ou de révoquer la majorité des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise;
c) une entreprise a le droit d'exercer une influence dominante sur une autre entreprise en vertu d'un contrat conclu avec celle-ci ou en vertu d'une clause des statuts de celle-ci;
d) une entreprise actionnaire ou associée d'une autre entreprise contrôle seule, en vertu d'un accord conclu avec d'autres actionnaires ou associés de cette autre entreprise, la majorité des droits de vote des actionnaires ou associés de celle-ci.

(77) La Commission devait examiner si le bénéficiaire de l'aide était une PME. Or, s'il existe, au moment de l'examen préliminaire, des documents qui établissent explicitement par écrit que la structure de l'actionnariat d'une coentreprise a été conçue de manière à ce que les critères de la définition des PME soient satisfaits, ou qui reflètent l'intention claire de modifier la structure de l'entreprise dès que l'octroi d'une prime PME sera garanti, il est impossible d'arguer que ces informations n'avaient pas au moins une certaine pertinence pour l'examen de la qualité de PME, voire qu'elles ne constituaient aucun facteur décisif pour la décision.

(78) Comme ces documents (protocole d'accord, statuts, accords-cadres 1 et 2) n'avaient pas été transmis à la Commission, celle-ci n'avait qu'une image lacunaire de la situation exacte à cette époque, de sorte que sa décision positive initiale au sujet de la prime PME en faveur de Sovello reposait sur des informations incomplètes et, partant, inexactes.

(79) La Commission considère que l'Allemagne était tenue de lui transmettre toutes les informations disponibles à l'époque qui étaient pertinentes pour la décision N 426/05. Dans ces conditions, elle conclut que les données fournies par l'Allemagne étaient incomplètes et, par conséquent, inexactes. L'article 9 du règlement (CE) nº 659/1999 qui prévoit une procédure objective permettant à la Commission de révoquer toute décision erronée est donc applicable.

(80) En vertu de la législation allemande, les autorités nationales étaient tenues d'examiner s'il existait ou non un contournement de la définition des PME. Même lorsque les critères formels de la définition des PME sont réunis, la réglementation allemande ([26]), sur laquelle se fondait l'octroi de la prime PME, exclue expressément de la catégorie des PME toute entreprise qui de facto est contrôlée par une grande entreprise, ainsi que les entités qui, économiquement parlant, ne sauraient être considérées comme des PME.

6.3.2. *Admissibilité de «critères supplémentaires» pour l'appréciation de la qualité de PME*

(81) L'Allemagne fait valoir qu'il n'existe aucun autre critère clairement défini dans la recommandation PME en dehors des critères formels de seuils et que, par conséquent, pour garantir la sécurité juridique et la prévisibilité de la politique de contrôle de la Commission en matière d'aides d'État, ce sont ces critères formels qui doivent être déterminants lors de l'examen de la qualité de PME. L'Allemagne argue en outre que l'introduction de critères supplémentaires serait subordonnée à une adaptation de la définition des PME et ne saurait être possible dans le contexte de cas particuliers.

(82) S'agissant de la définition des entreprises partenaires, il est vrai que la recommandation précitée ne prévoit aucun autre critère en dehors du seuil de 25 % en ce qui concerne la part dans le capital ou les droits de vote. Elle ne contient également aucune interdiction spécifique en matière de contournement. Toutefois dans le cadre des contrôles relatifs aux aides d'État, la Commission jouit d'une certaine marge d'appréciation pour pouvoir protéger le marché intérieur de distorsions de concurrence injustifiables.

(83) La Commission reconnaît que la sécurité juridique et la transparence s'imposent lors de l'application des dispositions en matière d'aides d'État. et que les examens au-delà de l'application des critères formels doivent par conséquent être limités aux seuls rares cas exceptionnels qui, clairement, laissent présumer qu'un contournement existe.

(84) La Commission n'applique, au demeurant, aucun «critère supplémentaire» en dehors de la définition des PME, mais pousse seulement son analyse au-delà des limites purement formelles. Or cette possibilité doit lui être ouverte lorsqu'il lui faut apprécier une aide individuelle sur le fondement de l'article 6 du règlement d'exemption par catégorie. La Commission garantit ainsi que seules les véritables PME, qui, en raison de leur taille sont réellement exposées à des difficultés, peuvent bénéficier d'une prime PME, en excluant de ce bénéfice les sociétés qui, par le biais d'entreprises liées et/ou partenaires, ont accès à des ressources financières et/ou à une assistance inaccessibles à des concurrents de même taille. Afin de garantir que seules les véritables PME entrent en ligne de compte, il faut prévoir un moyen d'exclure les constructions juridiques qui permettent de contourner la définition des PME. Cette approche est conforme à la jurisprudence relative aux affaires Solar Tech et Pollmeier (voir les notes de bas de page 20 et 21, ci-dessus), dans le cadre desquelles les juridictions de l'Union européenne ont précisé que c'est à bon droit que la Commission refuse l'autorisation d'une prime PME lorsqu'un contournement existe. La définition des PME prévoit ainsi implicitement qu'elle ne trouve pas à s'appliquer lorsqu'il existe un risque de ce genre et que les critères ne sont respectés que de manière purement formelle.

(85) L'argument de l'Allemagne, selon lequel la situation dans l'affaire Sovello se distinguerait de celle qui caractérisait

([26]) Trente-troisième plan-cadre de la tâche d'intérêt commun «Amélioration de la structure économique régionale»: «La détermination des seuils applicables pour les entreprises autonomes, partenaires et/ou liées s'effectue conformément aux méthodes de calculs exposées dans la recommandation PME de la Commission européenne. Les critères d'appréciation y afférents ne doivent pas être contournés par les entreprises qui formellement satisfont certes aux conditions conférant la qualité de petites et moyennes entreprises, mais qui, en réalité, sont contrôlées par une ou plusieurs entreprises de taille plus importante. Il convient d'exclure toutes les constructions juridiques qui forment un groupe dont la puissance économique dépasse en fait celle d'une petite et moyenne entreprise.»

les affaires Solar Tech et Pollmeier et que, par ailleurs, la jurisprudence fondée sur la recommandation PME de 1996 ne peut pas être transposée à la définition actuelle des PME, est dénué de pertinence. S'agissant des entreprises partenaires, la recommandation PME 2003/361/CE n'a fait que préciser, en les reprenant, les critères essentiels de la recommandation antérieure de 1996 (participation dans le capital et/ou droits de votes de 25 % ou plus). Toutefois, comme, en dépit de leur définition plus exhaustive et plus précise, le risque d'un contournement de ces critères subsiste, il doit en tout état de cause être possible de lutter contre toute tentative visant à contourner la définition des PME en vigueur. C'est en ce sens que les juridictions ont d'ailleurs confirmé un principe tout à fait général, à savoir la proscription de tout contournement.

6.3.3. *Documents de l'entreprise et situation*

(86) Les documents de l'entreprise (protocole d'accord, statuts de Sovello du 13 janvier 2005 et accord-cadre n° 1) contiennent des éléments indiquant clairement que la structure initiale de l'entreprise a été intentionnellement conçue dans la perspective d'obtenir une prime PME. Dans ce contexte, le point 5 du protocole d'accord prévoit de manière tout à fait explicite ce qui suit:

«The Parties understand that, in order to qualify for maximum grants, it is in the interest of JVCo that Q restricts its equity portion of JVCo until such time that either E or JVCo are no longer categorised as "small or medium enterprises" under the rules for investment grants etc., or that this restriction becomes null and void. As such, Q's ownership of JVCo must be less than 25 % in order to qualify for certain German government subsidies.» [Dans le but de bénéficier d'une aide aussi large que possible, les parties conviennent que Q limite sa participation dans JVCo, dans l'intérêt de cette dernière, tant que E ou JVCo continueront à faire partie des petites ou moyennes entreprises conformément aux règles relatives aux aides à l'investissement ou jusqu'à cette limitation devienne nulle et non avenue. Cela signifie que pour pouvoir solliciter certaines aides d'État en Allemagne, la part de Q dans JVCo doit être inférieure à 25 %.] ([27]) (*Soulignement ajouté*).

(87) Cette intention claire est corroborée par l'article 2.5, point c), de l'accord-cadre n° 1, où l'on peut lire:

«The Parties shall use reasonable best efforts to obtain the Government Investment Grant Approval as soon as reasonably practicable following the Closing Date, including, but not limited to, making changes to the overall structure of the joint venture, this Agreement, the shareholdings in VentureCo, the Articles of Association and the Concurrent Agreements in order to ensure that the maximum amount of Government Investment Grants available for small and medium size enterprises will be secured by VentureCo; and to obtain the funds necessary to fund to VentureCo the amounts specified in Section 2.4 (b) and 2.4 (c) when due.» [Les parties s'emploieront à obtenir l'autorisation de bénéficier d'aides d'État à l'investissement, dans les délais les plus rapides après la signature du présent accord (date de clôture), en prenant tous moyens raisonnables, ce qui inclut entre autres: toutes modifications nécessaires à l'ensemble de la structure de la coentreprise, au présent accord, aux participations dans la VentureCo, aux statuts et à toutes autres conventions pertinentes, afin d'assurer à la VentureCo le bénéfice du montant maximal possible des aides d'État à l'investissement en faveur des petites et moyennes entreprises, ainsi que la mise à disposition à échéance des ressources nécessaires au financement de la coentreprise, telles que spécifiées à l'article 2.4, points b et c.] *(Soulignement ajouté)*.

(88) Plusieurs éléments indiquent qu'Evergreen et Q-Cells envisageaient dès le départ, que les deux associés de Sovello disposent des mêmes droits, dès que l'octroi de la prime PME aurait été assuré:

— l'article 3, paragraphe 6, de l'accord-cadre n° 1 prévoit que dans le cas où, dans les conditions applicables en matière d'aides, Q-Cells pourrait augmenter sa participation dans EverQ à 50 %, sans que cela conduise à un rejet de la part des autorités compétentes d'une demande d'aide d'État à l'investissement […], on lui proposerait un pourcentage de participation équivalent à celui d'Evergreen, en appliquant dans ce contexte un prix préférentiel,

— l'article 3, paragraphe 6, dudit accord-cadre prévoit même un plan d'urgence, selon lequel Q-Cells pourrait, si besoin, augmenter ses droits de propriété d'une autre manière que par l'achat de parts.

«If at the time of an Additional Financing request the Grant Impunity Notice cannot be obtained, the Parties shall enter into discussions as to whether Q can participate in the Additional Financing to the extent necessary to enable it to increase its ownership in VentureCo to 50 %, as provided herein, in a manner other than by share subscription.» [En cas de demande de capitaux supplémentaires, s'il n'est pas possible d'obtenir un certificat de non-opposition, les parties se consulteront afin d'examiner dans quelle mesure Q peut participer au financement additionnel nécessaire, en augmentant à 50 %, conformément aux dispositions du présent accord, ses droits de propriété dans la VentureCo d'une autre manière que par souscription de parts sociales.] ([28]) *(Soulignement ajouté)*.

([27]) «JVCo» désigne EverQ (Sovello); «Q» Q-Cells; et «E» Evergreen.

([28]) «VentureCo» désigne EverQ; «Q» correspond à Q-Cells. Un certificat de non-opposition est la confirmation écrite des autorités allemandes qu'en vertu des dispositions en vigueur en matière d'aides d'État, une augmentation de la part dans le capital est possible sans que cela entraîne une diminution ou un remboursement de l'aide accordée.

(89) La Commission considère que les dispositions des statuts, le protocole d'accord et l'accord-cadre n° 1 confèrent à Q-Cells des possibilités d'influencer les décisions commerciales de Sovello au-delà de celles qu'un actionnaire minoritaire détenant 24,9 % du capital d'une entreprise peut exercer en vertu des droits traditionnels que lui confère la législation relative aux sociétés (ce qui, il est vrai, n'est pas nécessairement inhabituel dans un contrat de coentreprise). Le protocole d'accord prévoit:

«The Governance of JVCo will generally be structured and balanced to take into account each Party's relative economic interest in JVCo and the fact that E needs initially to have a higher degree of control of JVCo as a result of the materiality of the operations of JVCo relative to E's operations on a consolidated basis. At the same time, the JVCo governance structure will include provisions that ensure that both E and Q have a shared voice in major actions of JVCo.» [La direction de la JVCo sera dans son ensemble structurée et équilibrée de manière à tenir compte, d'une part, des intérêts économiques de ses différents associés et, d'autre part, de la nécessité pour E de disposer au départ d'un niveau de contrôle plus élevé, en raison de l'importance décisive, considérée sur une base consolidée, des activités de la JVCo pour les opérations de E. Parallèlement la structure de la direction de la JVCo sera subordonnée à la condition garantissant que E et Q participent au même titre aux décisions commerciales importantes de l'entreprise.] *(Soulignement ajouté).*

(90) Dans le protocole d'accord, on peut également lire que les associés conviennent d'établir de manière unanime que certaines décisions commerciales importantes requièrent le consentement des deux parties.

(91) La version initiale des statuts de Sovello prévoit ce qui suit:

— le conseil de surveillance compte trois membres (deux d'entre eux sont nommés par Evergreen, dont le président, sous réserve de son acceptation par Q-Cells). Le troisième membre (qui est parallèlement vice-président) est nommé et révoqué par Q-Cells,

— différentes décisions commerciales importantes (approbation du budget annuel et du bilan; décisions stratégiques relatives au calendrier des activités et au volume de la production, extensions de capacités, vente de plaquettes/cellules en supplément aux modules, définition des marques et des noms de marque; conventions dans le cadre de la propriété intellectuelle etc.) requièrent le consentement respectif d'au moins l'un des membres nommés respectivement par Evergreen et par Q-Cells au sein de la direction.

(92) Comme Q-Cells disposait ainsi de pouvoirs de décision essentiels, on ne saurait retenir l'argument de l'Allemagne selon lequel Evergreen avait besoin d'une part de plus de 75 % dans le capital de Sovello pour protéger ses propres intérêts, (et que la participation de Q-Cells de 24,9 % s'expliquerait par de toutes autres raisons sans rapport avec une volonté de contourner les dispositions). La Commission note qu'initialement Evergreen désirait effectivement une participation majoritaire dans Sovello (voir le point 5 du protocole d'accord: «E will be required to own a majority interest in the equity of JVCo in the near term» [À court terme, E doit détenir la majorité du capital de l'entreprise commune]), mais cette majorité aurait tout aussi bien pu se traduire par un autre pourcentage (entre 51 et 75 %).

(93) Le rapport annuel établit par Evergreen pour l'exercice 2004 confirme également que Q-Cells pouvait exercer une influence sur les décisions stratégiques. Dans ce document, on peut lire par exemple:

«the strategic partnership is highly dependent on Q-Cells's expertise» [le partenariat stratégique dépend fortement du savoir-faire de Q-Cells], *(Soulignement ajouté).*

et

«although initially a minority shareholder in the strategic partnership, Q-Cells will have the ability to influence the strategic direction of the strategic partnership and other material decisions of the strategic partnership; as a result, we may be unable to take certain actions that we believe would be in our best interests, which, given the expected materiality of the strategic partnership to our combined operations, could significantly harm our business; further, we may be liable to third parties for the material decisions and actions of Q-Cells in the strategic partnership, which actions may harm the strategic partnership and our business.» [nonobstant sa position initiale d'actionnaire minoritaire au sein du partenariat stratégique, Q-Cells pourra exercer une influence sur les objectifs stratégiques et sur différentes décisions déterminantes de ce partenariat, de sorte que, le cas échéant, nous ne pourrons pas prendre certaines décisions que nous considérons être de notre propre intérêt. Compte tenu de l'importance que ce partenariat stratégique prendra probablement dans le cadre de nos opérations conjointes, cela pourrait fortement compromettre nos propres affaires; qui plus est, hormis le fait que certaines actions de Q-Cells peuvent porter préjudice au partenariat et à nos activités commerciales, nous pourrions avoir à répondre à l'égard de tiers des décisions et mesures déterminantes de Q-Cells au sein du partenariat stratégique.] *(Soulignement ajouté).*

(94) Les extraits suivants tirés du protocole d'accord montrent que le rôle de Q-Cells au sein de Sovello était déterminant pour l'opérationnabilité de l'entreprise commune:

«It is anticipated that because the facility will be located in Germany near Q's current operations, that Q will be a major source of transferred and seconded employees for JVCo. In addition, initially Q will take primary responsibility for recruiting new employees for the facility.» [Il est parti du principe qu'en raison de la situation de l'usine en Allemagne, à proximité des établissements actuels de Q, cette dernière constituera pour JVCo une source importante de ressources humaines par transfert et affectation de personnel. En outre, Q sera, au départ, responsable au premier chef du recrutement de personnel pour les ateliers de production.]

«JVCo may outsource to a Party on a permanent or temporary basis, certain services (Infrastructure, management, operational and technology support and development, etc.) that can be provided by a party to JVCo on a more cost effective basis than if JVCo were to provide such services itself. In particular for the early phases of JVCo, both Parties commit to enter into agreements to supply necessary services to JVCo for a period of at least 2 years, until JVCo is in a position to function cost effectively without this support from its owner entities.» [JVCo pourra confier durablement ou provisoirement certains services (travaux d'infrastructure, gestion, assistance à l'exploitation, support technologique et développement etc.) à l'un des associés, lorsque ces services peuvent être réalisés à des coûts inférieurs à ceux qui seraient encourus si JVCo les réalisait elle-même. Les deux associés s'engagent à conclure, en particulier au cours de la phase de démarrage de JVCo, des accords permettant la fourniture des services requis par cette dernière pour une période d'au moins deux ans, jusqu'à ce qu'elle soit en mesure de fonctionner rentablement sans l'assistance de ses propriétaires.]

[…«For example, it is anticipated that because of the proximity of the JVCo facility to Q, that Q will be in a position to effectively provide JVCo with infrastructure services until such time as JVCo is able to provide such services independently.» [Il est par exemple parti du principe qu'en raison de la situation géographique des ateliers de JVCo à proximité des établissements de Q, celle-ci pourra lui fournir les services d'infrastructure dont elle a besoin tant qu'elle n'est pas capable de les assumer elle-même.]

(95) L'accord-cadre n° 1 contient également toute une liste de services pouvant être fournis à Sovello (par les deux associés, Q-Cells et Evergreen), par exemple: conseils généraux en matière de gestion, support dans le cadre de la demande de l'aide d'État à l'investissement et des demandes d'autorisation en Allemagne, assistance dans le cadre de la sélection et du recrutement de gestionnaires allemands et en matière fiscale, conseils dans le cadre des questions relatives à la structure des affaires et de l'exploitation de l'entreprise, conseils et soutien dans le cadre la mobilisation de capitaux, mise à disposition de fournisseurs des associés, conseils en liaison avec le transfert des technologies des associés, assistance technique, support dans le contexte de l'acquisition d'infrastructures locales, du recrutement de ressources humaines et de l'embauchage de personnel (article 9.9 de l'accord-cadre n° 1). Tous ces documents établissent, il est vrai, que les services en question seront fournis aux prix du marché ou au prix de revient plus majoration, mais il n'en demeure pas moins qu'ils témoignent tous d'une relation étroite entre Sovello et Q-Cells.

(96) Dans un communiqué à la presse du 24 janvier 2005, les associés déclaraient: «l'usine prévue sera probablement construite sur un terrain à proximité des ateliers de fabrication de cellules photovoltaïques de Q-Cells; elle pourra ainsi bénéficier de synergies considérables en liaison avec les activités de cette dernière.»

(97) De plus, le personnel dirigeant de la société «coquille» dont Q-Cells avait fait l'acquisition pour créer Sovello, était représenté par le président du directoire et le directeur financier de Q-Cells, dont le gérant avait en outre délégation de signature.

(98) Q-Cells nommait un cadre-dirigeant de Sovello et bien que l'Allemagne argue cela n'était que transitoire et que, du reste, Evergreen nommait aussi un directeur, cette nomination n'en reste pas moins une preuve supplémentaire que les rapports entre Q-Cells et Sovello étaient très étroits, pour le moins au cours de la phase de démarrage de la coentreprise.

(99) L'Allemagne fait valoir qu'Evergreen avait tenu des négociations avec d'autres partenaires potentiels sur la base d'une participation de plus de 75 %, mais dans ce contexte elle n'a transmis aucune preuve écrite. Au sujet des réflexions qui avaient conduit à la participation de 24,9 %, l'Allemagne avait certes proposé dans quelques lettres de présenter des déclarations sous serment des représentants d'Evergreen et de Q-Cells, mais elle ne l'a jamais fait.

(100) Pour ces motifs, la Commission ne saurait retenir l'argument selon lequel, loin de refléter l'intention d'obtenir une prime PME, la fixation à 24,9 % de la part de Q-Cells serait la conséquence obligatoire de l'application du droit allemand relatif aux sociétés.

(101) L'Allemagne ne parvient pas à convaincre la Commission lorsqu'elle avance que la possibilité prévue dans l'accord-cadre n° 1 d'une augmentation ultérieure à 50 % de la part de Q-Cells n'était pas uniquement liée à l'objectif de conserver le bénéfice de l'aide d'État, mais également à une décision des deux associés visant à une extension de la capacité de production en fonction du succès économique de l'unité Sovello 1. L'article 3, paragraphe 6, point c), dudit accord-cadre dispose en effet:

«Capitaux supplémentaires. En cas de demande écrite, adressée à E et à Q par l'entreprise commune, visant à obtenir des capitaux (supplémentaires) au-delà de l'"aggregate equity funding" (adéquation globale des fonds propres) et de l'"alternative funding" (autre dotation en capital), que ce soit dans la perspective d'une extension de ses capacités ou pour une autre raison, on appliquera ce qui suit, sous réserve d'une acceptation par les associés d'une augmentation correspondante du capital dans le respect des dispositions des statuts ("Demande de capitaux supplémentaires"):

i) Si les dispositions en vigueur en matière d'aide permettent que Q porte sa part dans la VentureCo à 50 %, - et sous réserve d'une confirmation écrite correspondante par les autorités d'autorisation compétentes ("certificat de non-opposition") -, sans risque de rejet total ou partiel d'une demande d'octroi à des aides d'État à l'investissement ou d'un remboursement de tout ou partie de subventions à l'investissement déjà perçues, il sera proposé à Q de mettre des capitaux supplémentaires à disposition jusqu'à concurrence d'un pourcentage lui permettant de détenir dans le capital de la VentureCo. […] une part équivalente (mais non supérieure) à celle de E […]» *(Soulignement ajouté).*

(102) Après examen approfondi des différents documents de l'entreprise, la Commission est parvenue à la conclusion qu'au moment de la notification de l'aide, la structure formelle de propriété et décisionnelle de Sovello, y compris la part de Q-Cells d'un montant de 24,9 % et l'influence considérable de cette dernière sur les décisions prises par Sovello, était en réalité volontairement et foncièrement fixée dans le but de permettre à Sovello d'obtenir la prime PME, tandis que les deux associés stratégiques entendaient dès le départ créer un partenariat sur pied d'égalité, une fois que la prime PME aurait été obtenue.

(103) L'Allemagne invoque en outre que la participation de Q-Cells repose sur la législation allemande relative aux sociétés. Elle avance notamment que le développement positif de la coentreprise Sovello était d'une telle importance pour la réussite économique d'Evergreen que celle-ci désirait conserver un maximum de pouvoirs de décision et d'influence sur Sovello et que c'est pour cette raison qu'au cours de la première phase du développement de la coentreprise, elle avait refusé de détenir seulement 75 % au maximum du capital et des droits de vote. La seule interprétation possible de cet argument est qu'Evergreen n'était pas disposée à céder à Q-Cells une part égale ou supérieure à 25 % des actions et des droits de vote.

(104) Pour comprendre cette thèse et apprécier sa crédibilité, la Commission a analysé les dispositions de la GmbH-Gesetz et, partant, le droit national en vigueur, parce que la Sovello AG portait à l'époque la raison sociale EverQ GmbH et relevait par conséquent de ladite loi.

(105) La GmbH-Gesetz, et notamment ses articles 50, 61, 66 et 53, reconnaissent certains droits légaux aux actionnaires minoritaires. Les articles 50, 61 et 66 sont sans pertinence pour la présente appréciation, car ils concernent les droits des associés qui détiennent, comme Q-Cells, plus de 10 % des droits de vote. Seul l'article 53 prévoit un droit de la minorité que Q-Cells n'est légalement pas habilitée à exercer compte tenu de sa participation de 24,9 %. Selon cet article, en effet, pour pouvoir bloquer une modification des statuts d'une GmbH, les actionnaires minoritaires doivent détenir plus de 25 % des droits de vote. Il s'ensuit que c'est légalement à Evergreen, en qualité d'associé majoritaire disposant de plus de 75 % des droits de vote, qu'il revenait de prendre toutes les décisions commerciales importantes, y compris celles relatives à la modification des statuts de la société. Par conséquent, si les statuts de Sovello et l'accord-cadre ne prévoyaient dans leurs dispositions relatives aux pouvoirs de décision d'accorder des pouvoirs supplémentaires à Q-Cells, l'argument avancé par l'Allemagne, à savoir qu'Evergreen avait besoin d'une part supérieure à 75 %, serait pertinent, et la participation de Q-Cells s'élevant à 24,9 % pourrait se justifier comme conséquence de l'application rigoureuse des droits consacrés par la loi, de sorte qu'il n'y aurait plus lieu de présumer qu'elle reflète une structure artificiellement voulue pour contourner la définition des PME.

(106) En vertu du droit allemand relatif aux sociétés et sans préjudice du respect des dispositions légales, les actionnaires jouissent de la liberté contractuelle et les statuts des entreprises contiennent, le cas échéant, des dispositions de protection qui dépassent celles prévues par la loi.

(107) C'est précisément ce qui s'est produit pour Sovello dont les statuts établissent que l'accord des deux associés est requis pour toutes les décisions importantes, et notamment pour une modification des statuts. Toutefois si, comme en l'espèce, les associés ont convenu que l'unanimité est requise, la règle précitée ne s'applique pas, étant donné qu'elle protègerait seulement les droits d'un actionnaire minoritaire, sans les restreindre. D'un autre côté, il aurait été naturellement tout à fait loisible aux associés d'insérer ladite clause dans les statuts si, au lieu de fixer la part de Q-cells à 24,9 %, ils avaient eu convenu d'un tout autre pourcentage. Par conséquent, l'argument relatif aux droits de veto des actionnaires minoritaires est sans pertinence en l'espèce. Les arguments avancés par l'Allemagne sont donc contradictoires; les droits légaux dont dispose un actionnaire majoritaire détenant une majorité de plus de 75 % ne jouent plus aucun rôle dès lors que les pouvoirs de décision déterminants, dont il jouit au titre de sa majorité, sont restreints par convention. Compte tenu de ce qui précède, la Commission conclut qu'il n'existe aucune raison fondée sur le droit allemand des sociétés de fixer une participation à 24,9 %. Cette conclusion n'est en rien affectée par le fait qu'à la suite de l'entrée de REC dans la coentreprise, la participation de Q-Cells a été provisoirement réduite, et ce du reste, seulement pendant trois mois après l'autorisation initiale de la prime PME par la Commission.

(108) L'Allemagne a invoqué qu'en novembre 2005 (à la suite de l'entrée de REC dans Sovello moyennant l'acquisition de 15 % des actions) et, partant, avant l'adoption de la décision N 426/05 relative à la prime PME, le contrat-cadre n° 1 avait été annulé et remplacé par le contrat-cadre n° 2 et que, d'autre part, la participation de Q-Cells avait été réduite à 21 %.

(109) En règle générale, la Commission apprécie une affaire sur la base des faits au moment de la notification de l'aide, dans la mesure où l'État membre ne modifie pas expressément la notification. Dans les cas où au moment de la première notification, une entreprise n'a pas la qualité de PME (même si les seuils fixés en la matière sont formellement respectés), la Commission accorde toutefois, en raison notamment du risque d'un contournement de la définition des PME, une attention toute particulière à toutes les modifications ultérieures qui parviennent à sa connaissance après la notification initiale. En l'espèce, les modifications apportées à la structure de la société, dont la Commission a été informée après la notification initiale, n'entament en rien l'appréciation juridique. En effet, les modifications ultérieures apportées à la structure de l'entreprise (avant l'adoption de la décision N 426/05 relative à la prime PME) n'ont rien changé à l'intention présumée de maintenir la part de Q-Cells artificiellement inférieure à 25 % et l'accord-cadre n° 2 n'a pas modifié l'influence importante de Q-Cells sur Sovello.

(110) En outre, l'influence que l'accord initial octroyait à Q-Cells au-delà de sa part de 24,9 %, est également confirmée par l'accord-cadre n° 2 qui prévoit que dans le cas où une partie de l'aide devrait être remboursée, les trois associés accorderaient à Sovello un prêt équivalent au montant à restituer; le pourcentage de REC dans ce prêt étant proportionnel à sa part dans le capital, tandis que le pourcentage restant serait réparti à part égale entre Evergreen et Q-Cells.

(111) Les modalités applicables après l'entrée de REC sont fixées dans l'accord-cadre n° 2 qui prévoit que sur demande de capitaux supplémentaires, dans la perspective d'une extension des capacités ou pour toute autre raison, Q-Cells pourra augmenter sa participation jusqu'à concurrence de la part d'Evergreen (article 3.5, point c). Par ailleurs, cet accord établit que sous réserve de la conclusion d'un nouveau contrat de fourniture de silicium avant le […], REC pourra porter sa participation à 21 % en reprenant 6 % de la part d'Evergreen (article 3.4). En cas de demande de capitaux supplémentaires et également sous réserve d'un nouveau contrat de fourniture de Silicium, l'article 3.5, point d), dispose que REC pourra augmenter sa part à 33,3 %, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la participation respective d'Evergreen et de Q-Cells. La décision d'élargir les capacités de production a été prise en interne fin juin 2006. La ventilation à part égale des droits des trois associés dans Sovello, par augmentation des parts de Q-Cells et de REC à un pourcentage respectif de 33,3 %, a été convenue environ trois mois après la décision initiale de la Commission d'autoriser la prime PME (voir accord-cadre n° 2).

(112) Les dispositions relatives à la nomination des directeurs et à la procédure décisionnelle au sein du conseil de surveillance ont été conservées pour l'essentiel. En vertu de l'accord-cadre n° 2, Q-Cells comme REC sont habilitées à nommer un directeur (deux, dès que leur participation dépassera 30 %) et les décisions doivent être prises à la majorité des directeurs, l'accord d'au moins deux des trois entreprises propriétaires étant requis. Cette disposition étend, elle aussi, les pouvoirs de décision au-delà de ceux qu'un actionnaire minoritaire est en droit d'attendre ordinairement au sein d'une entreprise (même si cela est moins rare dans le cas d'une coentreprise).

(113) En outre, c'est Q-Cells qui a introduit REC dans Sovello. Des relations étroites client/fournisseur liaient Q-Cells avec REC et ses filiales ScanModule AB, Glava, Suède (ci-après «ScanModule»), ScanCell AS, Narvik, Norvège (ci-après «ScanCell») et ScanWafer ASA, Høvik, Glomfjord, Porsgrunn, Norvège. REC approvisionnait Q-Cells en silicium et était son fournisseur de plaquettes le plus important. Par ailleurs, Q-Cells vendait une fraction considérable de sa production de cellules photovoltaïques à ScanModule. Les cellules fabriquées par ScanCell étaient commercialisées par Q-Cells. De plus, Q-Cells et REC avaient en 2004 oralement convenu que Q-Cells fournisse des services d'assistance en Norvège en matière de commercialisation et de marketing. Des liens clairs existent en outre entre les deux sociétés, à travers la personne de M. Brenninkmeijer, qui était membre du conseil de surveillance tant de Q-Cells que de REC, et qui occupait le poste de directeur commercial au sein de Good Énergies, dont 16 % du capital étaient détenus par Q-Cells et 39 % par REC (voir la section 2.2). Une structure similaire avait été créée pour l'entreprise CSG Solar au sein de laquelle Q-Cells comme REC étaient actionnaires minoritaires et dans laquelle le président du directoire de Q-Cells et M. Brenninkmeijer étaient membres du conseil de surveillance.

(114) Compte tenu des considérations précédentes, la Commission estime que la structure formelle de propriété et décisionnelle de Sovello était tant au moment de la notification de l'aide qu'à la date de l'adoption de la décision N 426/05 intentionnellement conçue de manière à ce que Sovello puisse obtenir la prime PME (en maintenant la participation de Q-Cells en deçà de 25 %), tandis que les deux et, plus-tard, les trois associés stratégiques (avec REC assurant l'approvisionnement en silicium) poursuivaient parallèlement toujours le même objectif, à savoir d'établir du partenariat sur une structure à parts égales, dès que la prime PME aurait été obtenue. Cet objectif a d'ailleurs été concrétisé par une modification de l'accord-cadre n° 2 égalisant la hauteur des participations des trois associés à respectivement 33,3 %, trois mois après l'autorisation de la prime PME par la Commission.

6.3.4. *Calcul du seuil PME compte tenu d'une participation de Q-Cells de 25 %*

(115) En vertu de l'article 2 de l'annexe à la recommandation PME, la catégorie des petites et moyennes entreprises regroupent les entreprises

— qui occupent moins de 250 personnes, et

— dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'EUR, ou

— dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'EUR.

(116) La méthode appliquée pour calculer ces seuils dépend de la structure de l'entreprise concernée (entreprise autonome ou entreprise partenaire/liée au sens de l'article 3 de l'annexe de la recommandation PME). En vertu de l'article 4 de l'annexe précitée, les données retenues pour le calcul de l'effectif et des seuils financiers dans le cadre de l'examen de la qualité de PME du bénéficiaire d'une aide d'État sont celles afférentes au dernier exercice comptable clôturé et sont calculées sur une base annuelle. Conformément à l'article 6 de ladite annexe, les données des entreprises liées et/ou partenaires de l'entreprise considérée doivent être ajoutées lors des calculs des seuils PME (à 100 % en ce qui concerne les entreprises liées et, proportionnellement pour ce qui est des entreprises partenaires, c'est-à-dire disposant d'une participation au moins égale à 25 %).

(117) Au vu de ce qui précède, la Commission considère que si toutes les informations pertinentes lui avaient été présentées à l'époque, Q-Cells aurait dû être classée comme entreprise partenaire dans la décision initiale (c'est-à-dire comme si elle avait détenu une participation de 25 % dans Sovello). Pour ce motif, la Commission a recalculé pour Sovello les seuils définis dans la recommandation PME.

(118) En raison de sa participation majoritaire, Evergreen était une entreprise liée à Sovello. Par conséquent, ses données devaient être incorporées à 100 % dans le calcul des seuils PME. Les données prises pour base pour Evergreen se rapportent à l'année 2004 (215 salariés, chiffre d'affaires annuel 18,9 millions d'EUR et somme au bilan 36,5 millions d'EUR). Pour la même année, Sovello n'avait ni effectif ni chiffre d'affaires, mais un bilan total de 0,025 million d'EUR. Fin 2004, Q-Cells présentait un effectif de 350 personnes, un chiffre d'affaires de 128,7 millions d'EUR et un total au bilan de 105,6 millions d'EUR.

(119) Pour recalculer les seuils PME applicables à Sovello, la Commission a pris en compte à 100 % l'effectif, le chiffre d'affaires et le total au bilan de cette entreprise (sur la base des informations transmises avec la notification de l'aide), et c'est également à 100 % qu'elle a tenu compte des données d'Evergreen (entreprise liée, état au moment de la notification selon les données transmises pour 2004) tandis que celles de Q-Cells l'étaient à 25 %. Sur la base de ces calculs tous les seuils PME sont dépassés, de sorte que la qualité de PME ne saurait être reconnue à Sovello. Il s'ensuit que cette entreprise ne saurait entrer en ligne de compte dans le cadre d'une prime PME.

(120) L'Allemagne fait valoir que la Commission part manifestement du principe qu'une coentreprise doit être automatiquement traitée comme constituant avec ses partenaires une seule et unique unité économique et qu'elle a ainsi créé et appliqué des critères PME spécifiques aux coentreprises. À ce sujet, la Commission se permet de relever que l'appréciation du cas d'espèce montre que cet argument est dénué de pertinence. Conformément à l'article 6 de la recommandation PME, dans ses calculs, la Commission n'a tenu compte des données de Q-Cells que proportionnellement (25 %), étant donné qu'elle présumait que la participation de cette entreprise avait été maintenue artificiellement inférieure à ce seuil.

6.4. **Absence de nécessité d'une prime PME**

(121) Comme les seuils PME sont dépassés, il n'y a plus lieu d'examiner plus avant si Sovello souffrait effectivement des handicaps typiques auxquels sont confrontées les PME et si, pour cette raison, l'octroi de la prime PME était nécessaire. L'Allemagne a néanmoins énuméré différents «handicaps typiques des PME» auxquels Sovello était prétendument confrontée (voir la section 5.2). S'agissant de l'accès limité de Sovello à des ressources financières et de l'argument avancé par l'Allemagne selon lequel le projet d'investissement n'aurait pas été réalisé sans la prime PME, la Commission se permet de relever que des possibilités de financement optionnelles («alternative funding») étaient prévues dans l'accord-cadre n° 1, pour le cas où une aide d'État ne serait pas versée. Par ailleurs, l'accord-cadre n° 2 prévoit que les obligations de remboursement pourront être compensées par les trois associés de Sovello (par un prêt à cette dernière, voir le considérant 110). La Commission n'est donc pas convaincue que l'investissement n'aurait pas été effectué sans la prime PME. La Commission considère que le risque commercial encouru a été amorti par le fait que Sovello pouvait s'appuyer sur l'expérience de ses trois associés, c'est-à-dire sur Evergreen (ventes et commercialisation), Q-Cells (présence sur le marché allemand) et REC (activités sur le marché des modules photovoltaïques à travers ses filiales) (voir le considérant 113). La Commission rejette l'argument de l'Allemagne selon lequel Sovello devait supporter des coûts d'exploitation et des frais d'administration plus élevés qu'une grande entreprise, étant donné que Sovello, comme exposé aux considérants 94 et 95, disposait d'un soutien important de la part de Q-Cells et que son approvisionnement en silicium était assuré par REC (une pénurie sérieuse d'approvisionnement avait caractérisé le secteur de l'énergie solaire en 2005).

(122) La Commission estime que son appréciation sur la base des nouvelles informations montre qu'à travers ses associés exerçant des activités dans la même branche qu'elle, Sovello avait potentiellement accès à des capitaux et à des aides qui n'étaient pas disponibles à des concurrents de même taille ne bénéficiant d'aucune assistance par des entreprises liées ou partenaires. Par conséquent, contrairement à la thèse avancée par l'Allemagne, la Commission est parvenue à la conclusion que la prime PME accordée à Sovello n'était pas nécessaire pour assurer le financement du projet d'investissement.

6.5. **Conclusion**

(123) Pour ces motifs, la Commission estime que la prime PME de 15 % n'aurait pas dû être accordée à Sovello et que l'octroi de cette prime n'est pas compatible avec le marché commun.

(124) En vertu de l'article 14, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 659/1999, la Commission est en principe tenue d'ordonner que les aides déclarées incompatibles soient récupérées auprès de leurs bénéficiaires.

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

La décision adoptée le 7 juin 2006 dans l'affaire N 426/2005 est révoquée.

Article 2

L'aide d'État d'un montant de 9 130 995 d'EUR aux prix de 2007 que l'Allemagne a accordée illégalement à Sovello en violation de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE est incompatible avec le marché commun.

Article 3

(1) L'Allemagne récupère l'aide mentionnée à l'article 2 auprès du bénéficiaire.

(2) Le montant de l'aide récupérée comprend les intérêts, depuis le moment où l'aide a été mise à disposition du bénéficiaire jusqu'à son remboursement effectif.

(3) Les intérêts sont calculés sur une base composée conformément au chapitre V du règlement (CE) n° 794/2004 de la Commission ([29]).

(4) L'Allemagne annule tous les paiements en suspens de l'aide visée à l'article 2 à compter de la date de notification de la présente décision.

Article 4

(1) La récupération de l'aide visée à l'article 2 est immédiate et effective.

(2) L'Allemagne veille à ce que la présente décision soit exécutée dans un délai de quatre mois à compter de sa notification.

Article 5

(1) Dans un délai de deux mois après la publication de la présente décision, l'Allemagne communiquera les informations suivantes à la Commission:

a) le montant total (créance principale et intérêts) à récupérer auprès du bénéficiaire;

b) la description détaillée des mesures prises ou prévues en vue de se conformer à la présente décision;

c) les documents démontrant que le bénéficiaire a été mis en demeure de rembourser l'aide.

(2) L'Allemagne informera la Commission de l'avancement des mesures nationales prises pour exécuter la présente décision jusqu'à la récupération complète de l'aide visée à l'article 2. À la demande de la Commission, l'Allemagne présentera sans délai des informations sur les mesures déjà prises ou prévues pour se conformer à la présente décision. En outre, l'Allemagne transmettra des informations détaillées sur les montants de l'aide et des intérêts que le bénéficiaire a déjà remboursés.

Article 6

La République fédérale d'Allemagne est destinataire de la présente décision.

Bruxelles, le 27 janvier 2010.

Par la Commission

Neelie KROES

Membre de la Commission

([29]) JO L 140 du 30.4.2004, p. 1.