CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. GIUSEPPE TESAURO

présentées le 19 septembre 1989 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Le gouvernement belge attaque la décision du 4 février 1987 par laquelle la Commission constate l'illégalité (pour violation des obligations visées à l'article 93, paragraphe 3, du traité CEE) ainsi que l'incompatibilité avec le marché commun au sens de l'article 92, en en ordonnant également la suppression par voie de récupération de l'important concours financier (plus de 12 milliards de francs belges) accordé sous des formes diverses (augmentation de capital et souscription d'obligations convertibles, conversion en capital de crédits garantis et autres versements) par ledit gouvernement à l'entreprise sidérurgique Tubemeuse au cours de la période 1984-1986.

La question préliminaire

2. Avant d'examiner le bien-fondé du recours, il y a cependant lieu d'analyser une question sur laquelle la Commission s'est étendue dans ses mémoires et à l'audience, et sur laquelle elle a demandé à la Cour de se prononcer explicitement.

En effet, la Commission excipe, à titre préliminaire, de l'irrecevabilité des moyens du recours relatifs à l'application de l'article 92, paragraphe 3, du traité CEE.

De fait, le gouvernement belge n'aurait pas contesté qu'il y a eu en l'espèce violation des obligations de caractère procédural résultant de l'article 93, paragraphe 3. Or cette violation impliquerait en soi l'illégalité de l'institution de l'aide en cause, indépendamment de l'examen de la compatibilité de celle-ci au regard des règles de fond de l'article 92, paragraphe 3. Il s'ensuivrait, selon la Commission, que les griefs formulés dans le recours et relatifs à l'application de ces dispositions devraient être considérés comme irrecevables.

3. Précisons d'abord que, du point de vue de sa portée et de ses implications, la question soulevée par la Commission ne paraît pas, en fait, pouvoir être qualifiée d'*exception d'irrecevabilité* au sens propre.

En premier lieu, en effet, la décision attaquée envisage les deux violations, tant celle de l'article 93, paragraphe 3, que celle de l'article 92 (article 1er: « Ces aides sont, en outre, incompatibles avec le marché commun en vertu de l'article 92 du traité CEE. »), la motivation étant développée par rapport à l'un et à l'autre aspect. Aussi le grief formulé par le gouvernement belge également sur la partie de la décision relative à l'application de l'article 92, paragraphe 3, est-il sans aucun doute « recevable ». En second lieu, la Commission, ainsi qu'elle l'a explicitement précisé également à l'audience, demande à la Cour d'appliquer plutôt un *critère d'économie de procédure*, c'est-à-dire, une fois qu'il est

* Langue originale: l'italien.

établi que la mesure nationale en cause est illégale au regard de l'article 93, paragraphe 3, il ne serait pas nécessaire d'aller au-delà et d'examiner si cette même mesure est conforme ou non à d'autres dispositions du traité et, notamment, si elle est compatible avec le marché commun au sens et aux fins visés à l'article 92, paragraphe 3.

En substance, la Commission demande que lui soit reconnu le pouvoir de constater l'incompatibilité avec le marché commun de toute intervention de l'État qui constitue une aide au sens de l'article 92, paragraphe 1, et qui a été mise à exécution en violation de l'article 93, paragraphe 3 (obligation de notification et effet suspensif), sans être tenue, dans ce cas, de vérifier si l'aide en question peut ou non bénéficier des dérogations prévues à l'article 92, paragraphe 3. La Commission demande, par ailleurs, à la Cour de ne pas procéder à cet examen (mémoire en défense, p. 6 et suiv.), dans la mesure où elle ne dispose pas de « pouvoir discrétionnaire » à l'égard de telles aides.

L'argumentation de la Commission est très claire: la violation de l'article 93, paragraphe 3, est un vice non susceptible d'être régularisé, dans la mesure où il s'agit d'une disposition d'ordre public et d'effet direct, et rend donc l'aide « per se » et définitivement illégale et incompatible avec le marché commun, sans que d'autres vérifications « de fond » ne s'imposent. Si la violation n'est pas contestée, comme le gouvernement belge s'abstient de le faire en l'espèce, les griefs sur le fond sont « irrecevables » en ce sens que la Cour ne devrait pas en connaître.

4. En demandant à la Cour de se prononcer sur la question que nous venons de mettre en évidence, la Commission en souligne la nouveauté et l'importance aux fins de l'efficacité du régime de contrôle des aides publiques [1]. Elle constate qu'on observe, depuis quelque temps, un accroissement progressif des aides mises en œuvre sans notification préalable [2]. Toujours plus fréquemment donc, les États, au lieu de communiquer les aides au stade du *projet* — comme le prescrit l'article 93, paragraphe 3 —, les exécutent directement. Ils se bornent à attendre que la Commission, soit motu proprio, soit à la suite d'une plainte de tiers, demande des explications sur les mesures adoptées. Alors, et seulement alors, l'État transmet les informations demandées, permettant ainsi, si nécessaire, l'ouverture de la procédure visée à l'article 93, paragraphe 2.

Par ailleurs, même lorsque la procédure aboutit à une décision qui déclare l'aide incompatible en ordonnant également sa suppression ex tunc par voie de récupération, une telle issue ne paraîtrait pas — de l'avis de la Commission — satisfaisante.

En premier lieu, la possibilité de récupération serait d'autant plus lointaine que la durée de la procédure de contrôle est plus longue: durée que, selon la Commission, les États tendraient artificiellement à prolonger par des comportements dilatoires.

En second lieu, dans la mesure où l'aide a été mise à exécution durant la procédure de contrôle, en violation de l'obligation de « standstill » prévue par l'article 93, para-

1 — Il faut préciser que la question des conséquences que comporte l'illégalité per se des aides octroyées en violation de l'article 93, paragraphe 3, a été soulevée par la Commission dans une série de recours actuellement pendants: voir, en particulier, les affaires République française/Commission, C-301/87 (Rec. 1990, p. I-307); Commission/République française, C-61/88 (Rec. 1990, p. I-307); Commission/République française, C-162/88 (Rec. 1990, p. I-307); Poclain SA et Tenneco Europe Ltd/Commission C-294/88 (Rec. 1990, p. I-307); République italienne/Commission, C-303/88.

2 — Selon les données fournies par la Commission, au cours de la période 1984-1988, plus de cent cas d'aides accordées en violation de l'article 93, paragraphe 3, ont été constatés.

graphe 3, dernière phrase, il se produirait une distorsion de concurrence continue, dont les effets préjudiciables — particulièrement dans les secteurs en crise — ne peuvent même pas être neutralisés par une récupération ultérieure, et en tout cas hypothétique, par l'État des avantages illégalement accordés (que l'on songe notamment aux concurrents des entreprises aidées qui se sont trouvés contraints de cesser leur activité) [3]

En définitive, le système de *contrôle préalable* institué par le traité risquerait d'être privé d'effet par une attitude, toujours plus répandue, consistant à placer la Commission devant le « fait accompli ». Il s'agit là d'un phénomène assurément illégal et auquel des mesures ex post ne seraient à même de remédier que partiellement. D'où la nécessité de déterminer une nouvelle forme d'intervention ex ante, une sorte de « dissuasion » qui conduise les États soit à communiquer en temps utile les projets d'aides, soit, s'agissant d'aides mises à exécution prématurément (durant le contrôle), à rétablir le status quo ante à la demande de la Commission. Celle-ci aurait donc la possibilité (au moins lorsqu'elle l'estime indispensable) de procéder au contrôle préalable de compatibilité uniquement en ce qui concerne des aides se trouvant encore à l'état de *projet* et, de ce fait même, exactement dans les conditions voulues par le traité.

5. Pour compléter ce qui vient d'être exposé, il y a lieu de préciser que deux aspects nouveaux se distinguent dans la thèse de la Commission. D'abord, comme on l'a dit, la Commission revendique une sorte de nouveau pouvoir de décision consistant dans la possibilité de vérifier et de faire valoir l'illégalité d'une aide pour violation de l'article 93, paragraphe 3. Il s'agirait donc, du moins prima facie, d'un pouvoir qui se situe en dehors du cadre procédural, tant de l'article 169 (dès lors que la Commission constate directement l'infraction commise) que de l'article 93, paragraphe 2 (dès lors que la décision en question fait abstraction de l'examen de la compatibilité).

Une analyse plus attentive fait cependant apparaître qu'il ne s'agit pas là du point essentiel de l'argumentation de la Commission. On peut observer que, indépendamment de la question de savoir par qui et comment la violation de l'article 93, paragraphe 3, est constatée, ce qui compte c'est la *conséquence* que l'on entend tirer d'une telle violation. L'effet dissuasif que l'on veut exercer à l'égard des États membres pour obtenir le respect de l'article 93, paragraphe 3, dépend en effet de la possibilité que l'illégalité de l'aide, quelle que soit la manière dont elle est constatée, dispense la Commission d'apprécier si celle-ci répond aux dérogations prévues par l'article 92, paragraphe 3, donc si elle est substantiellement compatible avec le marché commun.

C'est par conséquent sur ce second aspect que nous concentrerons par la suite notre analyse.

A titre préliminaire, nous notons que la question soulevée par la Commission pourrait également trouver une réponse dans les termes procéduraux mêmes dans lesquels elle a été régulièrement mais improprement formulée. A l'extrême rigueur, en effet, et en voulant respecter jusqu'au bout les limites qui s'imposent dans le cadre du procès à l'appréciation de la Cour, celle-ci

3 — Il faut ajouter à tout cela le risque que, en face de l'octroi d'aides publiques contre lesquelles il n'est pas efficacement lutté sur le plan communautaire, les autres États membres décident d'intervenir chacun pour son compte, en accordant des avantages analogues aux entreprises nationales.

pourrait bien se borner à statuer (en la rejetant, à notre avis) sur l'exception d'irrecevabilité et se pencher sur le sujet de la compatibilité des interventions d'État litigieuses au titre de l'article 92, comme la Commission l'a d'ailleurs fait dans la décision attaquée.

Il nous paraît, cependant, utile d'analyser en tout cas la question que la Commission a soulevée quant à sa substance, dès lors qu'il n'échappe à personne qu'elle revêt une grande importance et mérite, au-delà du problème de procédure, une réflexion approfondie.

Nous relevons, toujours à titre préliminaire, que la thèse de la Commission procède d'une idée fondamentale: actuellement, la violation de l'article 93, paragraphe 3, serait en substance privée de conséquences suffisamment incisives. Les États n'auraient en définitive « rien à perdre » en enfreignant cette disposition, ce qui expliquerait l'augmentation des cas d'aides publiques illégalement mises à exécution.

Permettez-nous d'observer, à cet égard, que cette idée reflète une analyse peut-être un peu trop pessimiste. La violation de l'article 93, paragraphe 3, comporte, en effet, pour l'État défaillant des conséquences précises sur le plan à la fois interne et communautaire. Cette disposition paraît donc assortie de garanties réelles dans la même mesure, voire dans une mesure plus importante, que d'autres règles du traité.

Compte tenu de l'importance de cet aspect, il nous semble opportun, avant d'examiner le noyau principal de la thèse de la Commission, d'indiquer les caractères essentiels des obligations visées à l'article 93, paragraphe 3, et d'étudier quelles sont, à la lumière de la pratique administrative et de la jurisprudence, les conséquences possibles de leur inobservation.

6. Précisons que le régime de contrôle préalable des « nouvelles aides » (ou des modifications d'aides existantes) répond à l'objectif principal d'éviter que ces aides soient instituées et produisent donc des effets de distorsion, sans qu'en soit d'abord appréciée la compatibilité au niveau communautaire.

Le contrôle préalable implique, pour les États membres, une double obligation:

— informer en temps utile la Commission des projets visant à instituer ou à modifier des aides (communément définie comme obligation de notification, bien que la terminologie du traité soit, peut-être pas par hasard, moins précise);

— ne pas donner exécution aux mesures projetées avant que la procédure communautaire [4] ne soit achevée (obligation de « standstill » ou interdiction de mise à exécution).

4 — Cette procédure, comme on le sait, s'articule en deux phases. La première, à caractère préliminaire, consiste en un examen sommaire du projet d'aide notifié et vise à établir si celui-ci est, déjà prima facie, clairement compatible avec le marché commun ou si, à l'inverse, il existe ne fût-ce que des doutes raisonnables sur sa compatibilité. Dans ce cas, la Commission est tenue de passer à la phase suivante en ouvrant la procédure contradictoire visée à l'article 93, paragraphe 2. Il faut préciser que la phase préliminaire présuppose nécessairement la notification du projet. Dans un délai de deux mois à compter de la notification (conformément à la jurisprudence Lorenz, arrêt du 11 décembre 1973, 170/73, Rec. 1973, p. 1471), un mois s'il s'agit d'aides individuelles, la Commission doit établir s'il y a lieu d'engager la phase contradictoire. Au demeurant, lorsque la Commission estime l'examen préliminaire suffisant pour vérifier la compatibilité de l'aide, elle peut clore la procédure sans adopter aucune décision formelle. Rappelons enfin que, même s'il n'y a pas eu de procédure préliminaire (l'aide n'ayant pas été dûment notifiée), la procédure contradictoire peut également être engagée soit d'office, soit à l'initiative de tout intéressé qui a « dénoncé » à la Commission l'institution de l'aide.

La première de ces obligations, considérée — notons-le — isolément, n'a pas d'effets directs en ce sens que, conformément à ce que la Cour a affirmé dans l'affaire Costa/ENEL[5], elle « n'engendre pas (directement) de droits dans le chef des justiciables », mais constitue un lien, un engagement qui déploie ses effets exclusivement dans le rapport entre les États qui l'ont pris et la Communauté. Il est, en outre, incertain si le défaut de notification d'une aide instituée, mais non mise en œuvre, implique toujours une infraction au droit communautaire. Tel est certainement le cas si l'acte instituant l'aide en prévoit, ou seulement en permet, la mise en vigueur. Vice versa, on pourrait estimer que l'institution d'une aide, non notifiée, au moyen d'un acte qui en suspend en même temps l'exécution jusqu'à l'achèvement du contrôle communautaire, n'est pas en soi illégale, l'État se réservant simplement la possibilité de choisir entre l'alternative de notifier ultérieurement l'aide (en engageant la procédure de contrôle) ou de la révoquer tout à fait. Il s'agit là d'une hypothèse peut-être lointaine, mais pas impossible.

La violation de l'obligation de « standstill » paraît beaucoup plus importante, parce qu'elle est de nature à provoquer des distorsions de concurrence réelles. Comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt Heineken[6]:

« ... la dernière phrase du paragraphe 3 de l'article 93 constitue la sauvegarde du mécanisme de contrôle institué par cet article, lequel, à son tour, est essentiel pour garantir le fonctionnement du marché commun. L'interdiction de mise à exécution prévue par cet article vise à garantir que les effets du régime d'aides ne se produisent pas avant que la Commission n'ait eu un délai raisonnable pour examiner le projet en détail et, le cas échéant, entamer la procédure prévue au paragraphe 2 de ce même article » (point 20 des motifs de l'arrêt).

Dès l'arrêt Costa/ENEL, la Cour a en outre reconnu l'effet direct de l'interdiction de mise à exécution.

Elle en a également précisé la portée en indiquant que l'obligation de « standstill » produit ses effets non seulement durant la procédure de contrôle de l'article 93, paragraphe 2, mais également « pendant tout le cours de la phase préliminaire constituée par le premier examen du projet d'aide »[7].

L'interdiction de mise à exécution vaut a fortiori pour les aides non notifiées pour lesquelles, en conséquence, cette même phase préliminaire n'a même pas pu être ouverte.

7. Cela dit, quelles sont les conséquences d'une violation de l'article 93, paragraphe 3?

A cet égard, il y a d'abord lieu de distinguer entre les aspects purement internes et les aspects communautaires.

Sur le plan interne, comme on l'a relevé, après l'arrêt Costa/ENEL, la Cour a eu à plusieurs reprises l'occasion de se prononcer sur l'effet direct de l'interdiction de mise à exécution.

5 — Arrêt du 15 juillet 1964, Costa/ENEL, 6/64, Rec. 1964, p. 1141.

6 — Arrêt du 9 octobre 1984, Heineken Brouwerijen BV, 91/83 et 127/83, Rec. 1984, p. 3435.

7 — Ordonnance du 20 septembre 1983, Commission/République française, 171/83 R, Rec. 1983, p. 2621; voir également arrêt du 11 décembre 1973, Gebr. Lorenz GmbH, 120/73, Rec. 1973, p. 1471.

Dans l'arrêt Capolongo [8], il est insisté sur le fait que, en ce qui concerne les aides nouvelles,

« l'article 93, paragraphe 3, dernière phrase, institue des critères procéduraux que le juge national peut apprécier ».

Par la suite, dans les arrêts Lorenz, Markmann, Nordsee et Lohrey [9], après avoir affirmé que le caractère directement applicable de l'interdiction de mise à exécution s'étend à l'ensemble de la période pour laquelle elle s'applique, la Cour a précisé que cet effet

« ... s'étend à toute aide qui aurait été mise à exécution sans être notifiée et, en cas de notification, se produit pendant la phase préliminaire et, si la Commission engage la procédure contradictoire, jusqu'à la décision finale » (point 8);

avant de conclure que,

« si l'effet direct de l'interdiction en cause oblige les juridictions nationales à l'appliquer, sans que puissent lui être opposées des règles de droit national, quelles qu'elles soient, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de déterminer le procédé juridique aboutissant à ce résultat » (point 9).

Dans l'arrêt Steinike [10], partant de l'idée que,

« en ce qui concerne les aides nouvelles que les États membres auraient l'intention d'instituer, il est établi une procédure préalable sans laquelle aucune aide ne saurait être considérée comme régulièrement instaurée » (point 9),

la Cour a ajouté que:

« (les limites que les particuliers rencontrent en ce qui concerne la possibilité d'invoquer) l'article 92 n'impliquent cependant pas que les juridictions nationales ne puissent être saisies de litiges les obligeant à interpréter — le cas échéant, après recours à la procédure de l'article 177 du traité — et à appliquer les dispositions de l'article 92, sans pour autant être appelées à décider de l'incompatibilité éventuelle d'une aide d'État, en dehors du cas d'une aide établie en violation des prescriptions de l'article 93, paragraphe 3;

... ainsi une juridiction nationale peut être amenée à interpréter et à appliquer la notion d'aide, visée à l'article 92, en vue de déterminer si une mesure étatique instaurée sans tenir compte de la procédure de contrôle préalable de l'article 93, paragraphe 3, devait ou non y être soumise ».

Il résulte de cette jurisprudence que, sur le plan interne, l'accomplissement du contrôle communautaire constitue un élément essentiel, en l'absence duquel l'aide ne peut pas être considérée comme *régulièrement*

8 — Arrêt du 19 juin 1973, Capolongo, 77/72, Rec. 1973, p. 611.

9 — Arrêt du 11 décembre 1973, Gebr. Lorenz GmbH (précité note 7); arrêt du 11 décembre 1973, Markmann KG, 121/73, Rec. 1973, p. 1495; arrêt du 11 décembre 1973, Nordsee, Deutsche Hochseefischerei GmbH, 122/73, Rec. 1973, p. 1511; arrêt du 11 décembre 1973, Fritz Lohrey, 141/73, Rec. 1973, p. 1527.

10 — Arrêt du 22 mars 1977, Steinike et Weinlig, 78/76, Rec. 1977, p. 595.

instaurée et est, par conséquent, inapte à produire un *effet quelconque*.

On peut donc considérer que la procédure (législative ou administrative) par laquelle une aide est adoptée n'est pas parachevée tant que n'a pas été effectué par la Commission, et ce avec un résultat positif, le contrôle « préventif » de la compatibilité de l'aide. Ce contrôle constitue donc une condition légale d'efficacité, de nature constitutive, dont le caractère essentiel se justifie aussi au regard de la circonstance que le contrôle a trait à la *substance* de l'intervention de l'État en impliquant, comme la Cour l'a également souligné, des appréciations d'ordre politique et économique dans une large mesure discrétionnaires.

Il s'ensuit que, devant le juge national, toute personne justifiant d'un intérêt peut invoquer l'incompatibilité avec le droit communautaire de l'*acte instituant* l'aide, lorsqu'il en prévoit la mise en œuvre indépendamment du contrôle communautaire, ainsi qu'en tout cas l'illégalité des *actes d'exécution* adoptés à cet égard.

En outre, ces actes, lorsqu'ils ont une nature administrative, sont révocables dans les conditions propres à la révocation d'actes administratifs illégaux, révocation qui répond à un motif d'intérêt public particulièrement important, dès lors que les actes en question sont susceptibles de mettre en jeu la responsabilité internationale de l'État.

La violation de l'interdiction d'exécution peut, par ailleurs, donner lieu, sur le plan national, à l'exercice d'*actions conservatoires* (en particulier suspension de l'exécution de l'aide dont la compatibilité avec le marché commun n'est pas examinée) puis d'*actions en indemnité* contre l'administration publique (on peut envisager tant l'action des concurrents lésés par la mise à exécution illégale d'une aide que l'action du bénéficiaire de l'aide dont la mise à exécution a été suspendue ou annulée en raison de la violation des règles de procédure) [11].

8. Il y a cependant lieu d'observer également que la possibilité de remédier sur le plan interne aux violations de l'article 93, paragraphe 3, paraît concrètement limitée par l'incidence d'une série de facteurs. Rappelons parmi ceux-ci:

a) le manque de transparence en ce qui concerne les interventions mises en œuvre par les États et les éventuelles mesures adoptées par la Commission au cours de la phase du contrôle préliminaire: à ce jour, il n'existe pas de système de publicité des notifications des aides nouvelles ainsi que de l'éventuelle décision de la Commission de ne pas ouvrir la procédure visée à l'article 93, paragraphe 2, pour ce qui est des aides notifiées, ce qui prive les intéressés d'éléments indispensables pour exercer en temps utile d'éventuels recours [12];

b) les disparités entre les divers ordres juridiques quant aux conditions et à l'étendue de la protection juridictionnelle reconnue (que l'on songe, par exemple, aux limites des procédures conservatoires devant le juge administratif);

11 — Ces aspects ont été analysés dans le détail dans le cadre du douzième congrès de la FIDE (Paris, 1986), aux rapports duquel nous renvoyons pour des éléments plus précis.

12 — Voir les rapports du congrès FIDE (précité note 11), p. 205 et 296, ainsi que E. H. Pinacker Hordijk: « Judicial protection of private interests under the EEC competition rules relating to State aids », dans *Legal Issues of European Integration*, 1985/1, p. 67 (en particulier p. 74 à 78).

c) les difficultés spécifiques dans le cadre de l'exercice de certains types d'action (par exemple, dans les actions en indemnité, il y a lieu de rappeler les incertitudes — spécialement dans un marché non oligopolistique — quant à la détermination d'un lien de causalité entre l'aide accordée et le préjudice allégué [13]);

d) une certaine réticence de la part des concurrents des entreprises bénéficiaires des aides à s'engager dans la voie juridictionnelle — même lorsque cela ne présente pas de difficultés significatives — dans la mesure où il se révèle parfois préférable, pour différentes raisons, d'inciter les autorités publiques à accorder auxdits concurrents des avantages analogues ou équivalents [14];

e) les résistances, que manifestent surtout certaines juridictions, à la reconnaissance et à l'application cohérente du principe de « l'effet direct », tant en général qu'en particulier par rapport aux dispositions en question, résistances qui, dans la mesure où elles en augmentent le caractère aléatoire, peuvent contribuer à décourager de l'exercice des voies de recours internes [15].

9. En dépit de ces difficultés, il n'y a cependant pas lieu de considérer que le système de protection interne est tout à fait inopérant.

On peut, à cet égard, rappeler deux arrêts rendus par la corte costituzionale italienne [16], par lesquels ont été déclarées inconstitutionnelles des lois régionales instaurant des aides et qui avaient été approuvées par l'assemblée régionale avant l'achèvement de la procédure de contrôle communautaire [17].

Plus intéressant, parce que plus clairement fondé sur « l'effet direct » de l'article 93, paragraphe 3, est un arrêt de la Court of Appeal de Londres du 24 février 1986 (R./Attorney-General ex p. Imperial Chemical Industries) où l'on reconnaît que l'autorité publique est tenue « not to implement the aid or plan unless and until the Commission (has) approved it » [18].

En outre, les indices récents d'un développement du contentieux national en matière d'aides ne manquent pas [19], signe d'une plus grande attention pour l'importance des aspects en question, de même que s'estompent progressivement et inévitablement les résistances à la pleine application de l'effet direct.

La Commission elle-même pourrait d'ailleurs contribuer à résoudre certaines des difficultés précitées, notamment par l'institution souhaitable d'un régime de publicité pour les notifications des projets d'aides.

13 — Voir rapports FIDE (précité note 11), p. 79 et 299.

14 — Voir rapports FIDE (précité note 11), p. 78.

15 — Voir rapports FIDE (précité note 11), p. 183; voir également l'arrêt du 24 janvier 1989 du Consiglio di Stato italien, qui écarte explicitement l'effet direct d'une décision de la Commission au titre de l'article 93, paragraphe 2.

16 — Corte costituzionale, 9 avril 1963, n° 49, Foro italiano, 1963, I, 859, et 8 juillet 1969, n° 120, ibid., 1969, I, 2069.

17 — La corte costituzionale a estimé que les organes de délibération régionaux avaient outrepassé les limites du pouvoir législatif qui leur est reconnu en méconnaissant les prescriptions procédurales résultant de l'article 93, paragraphe 3, du traité, telles qu'elles ont été légalement précisées par les organes compétents de l'État.

18 — Voir J. Flynn: « Can misapplication of a fiscal measure constitue State aid? », dans *Eur. Law Rev.*, 1986, p. 232.

19 — On peut citer, par exemple, le contentieux administratif italien concernant certaines dispositions de la loi n° 64 du 1er mars 1986 (réglementation organique de l'intervention extraordinaire dans le Mezzogiorno), qui a donné lieu à divers renvois préjudiciels, actuellement pendants, devant la Cour de justice; voir également, de manière significative, Lazio Tar, Sez. III, 22 janvier 1985, dans *Foro amministrativo* 1985, p. 941.

A la lumière de ces observations, nous estimons que le « contrôle diffus » opéré par les juridictions nationales sur le respect par les États membres de l'interdiction de mise à exécution visée à l'article 93, paragraphe 3, constitue et, plus encore, peut constituer à l'avenir un important instrument de garantie. Il serait donc opportun qu'en cette occasion la Cour, en confirmant l'effet direct de l'obligation de « standstill », souligne que cet effet permet à toute personne qui y a intérêt d'invoquer l'illégalité des aides prématurément exécutées dans le cadre de *toutes les voies de recours juridictionnelles* prévues par l'ordre juridique interne.

10. Quant aux conséquences que la violation de l'article 93, paragraphe 3, produit sur le plan communautaire, il y a lieu de relever que le problème a déjà fait l'objet, à plusieurs reprises, d'un examen de la part tant de la Cour que de la Commission elle-même.

Un premier point doit être clairement souligné: le caractère essentiel du système de contrôle préalable et, en particulier, de la « clause de sauvegarde » représentée par l'obligation de « standstill » implique que la mise à exécution d'une aide en violation des critères procéduraux visés à l'article 93, paragraphe 3, est illégale. Il se pose donc d'abord la question de savoir selon quelle procédure cette illégalité peut être constatée.

Dans l'affaire Italie/Commission [20], la Cour a clairement précisé que, en cas de violation par l'État des obligations visées à l'article 93, paragraphe 3, la Commission dispose de deux moyens d'action *concurrents*: la procédure de l'article 169 et la procédure de l'article 93, paragraphe 2 [21]. En d'autres termes, la violation de la légalité communautaire peut être constatée (lorsqu'il s'agit de l'inobservation de l'obligation de notification ou de l'obligation de « standstill ») soit d'une manière autonome, au moyen de la procédure générale, soit dans le cadre de l'appréciation de la compatibilité au fond de l'aide. Rien n'exclut d'ailleurs que les deux procédures soient engagées conjointement si la Commission le juge indispensable [22].

A cet égard, les exemples ne manquent pas. Ainsi, dans l'affaire Commission/République française, 171/83, la Commission a agi *au titre de l'article 169* contre la France, qui avait mis à exécution un projet d'aide (notifié) en dépit de l'ouverture de la procédure contradictoire prévue par l'article 93, paragraphe 2. Dans ce cas, la Commission a, en même temps qu'elle introduisait le recours, présenté également une demande de mesures provisoires au titre de l'article 186 du traité, visant à obtenir la cessation immédiate de l'intervention litigieuse [23].

Les hypothèses dans lesquelles la Commission a jugé utile, en ce qui concerne des aides mises à exécution en violation de l'article 93, paragraphe 3, d'ouvrir immédiatement la procédure visée à l'*article 93, paragraphe 2*, sont également diverses. Des exemples en ce sens peuvent être tirés non seulement de l'affaire Italie/Commission, précitée, mais également de l'affaire Belgique/Commission, de l'ordonnance Deufil et de l'affaire Commission/Répu-

20 — Arrêt du 2 juillet 1974, Italie/Commission, 173/73, Rec. 1974, p. 709.

21 — La Cour a notamment observé que « les moyens d'action de la Commission ne sauraient être limités au recours à la procédure plus complexe prévue à l'article 169 ».

22 — Voir A. Dashwood: « Control of State aids in the EEC: prevention and cure under article 93 », *C. M. L. R.*, volume 12, 1975.

23 — Cette demande a été accueillie par la Cour par l'ordonnance précitée du 20 septembre 1983 (la Commission a pu ensuite renoncer à l'instance principale).

blique fédérale d'Allemagne[24]. Dans ces deux derniers cas — comme d'ailleurs dans l'espèce présente —, la Commission a adopté, à l'issue de la procédure de l'article 93, paragraphe 2, une décision par laquelle elle relève simultanément l'illégalité de l'aide (pour violation des obligations procédurales) et l'incompatibilité substantielle de celle-ci avec le marché commun.

11. La Commission elle-même a insisté à plusieurs reprises en termes généraux sur la possibilité d'utiliser ces procédures aux fins de poursuivre les violations de l'article 93, paragraphe 3. Dans la communication du 30 septembre 1980 (JO C 252, p. 2), la Commission, après avoir précisé qu'aucun paiement ne peut être effectué en violation des dispositions de l'article 93, paragraphe 3, ajoute:

« En conséquence, tout signe d'une tendance à violer systématiquement ou de manière flagrante les obligations des États membres sera systématiquement poursuivi *en vertu de l'article 169 du traité ou d'autres mesures envisagées par celui-ci.* »

La Commission est ensuite revenue sur le sujet par la communication du 24 novembre 1983 (JO C 318, p. 3)[25]. En outre, dans le *Quinzième Rapport sur la politique de concurrence*, elle souligne avoir donné instruction à ses services d'ouvrir automatiquement la procédure de l'article 93, paragraphe 2, lorsqu'un État ne répond pas à une demande de notification dans le délai qui lui est imparti.

12. Telles sont donc les voies procédurales disponibles sur le plan communautaire. Ce qui doit être souligné ici c'est que ces procédures n'aboutissent pas seulement à la simple constatation de l'existence d'une infraction. En effet, l'établissement du fait qu'une aide a été mise à exécution en violation des obligations de l'article 93, paragraphe 3, comporte une importante conséquence d'ordre *matériel*: c'est-à-dire la possibilité que soit demandée aux États la *restitution de l'aide illégalement accordée*[26].

La faculté dont dispose la Commission d'enjoindre aux États de procéder à une telle restitution dans le cadre de la décision même (au titre de l'article 93, paragraphe 2), qui statue sur la compatibilité de l'aide, a été reconnue par la Cour dès l'arrêt qu'elle a rendu le 12 juillet 1973 dans l'affaire 70/72[27].

Il y a lieu d'observer que la restitution, parce qu'elle répond à l'objectif de *rétablir la légalité communautaire* enfreinte par l'institution illégale de l'aide, peut être ordonnée indépendamment de la circonstance que l'aide en question est déclarée compatible ou incompatible quant au fond. C'est ce qui résulte de l'affaire Italie/

24 — Arrêt du 10 juillet 1986, Belgique/Commission, 234/84, Rec. 1986, p. 2263; ordonnance du 6 février 1986, Deufil GmbH & Co. KG, 310/85 R, Rec. 1986, p. 537; arrêt du 2 février 1989, Commission/République fédérale d'Allemagne, 94/87, Rec. 1989, p. 175.

25 — Dans ces deux communications, la Commission a spécialement rappelé la jurisprudence Capolongo, relative à l'effet direct de l'article 93, paragraphe 3.

26 — Voir la communication du 24 novembre 1983, précitée, aux termes de laquelle « la Commission informe, en conséquence, les bénéficiaires potentiels d'aides d'État du caractère précaire des aides qui leur seraient octroyées illégalement, en ce sens que tout bénéficiaire d'une aide octroyée illégalement, c'est-à-dire sans que la Commission ait abouti à une décision définitive sur sa compatibilité, peut être amené à restituer l'aide. Dès qu'elle aura connaissance de l'adoption de mesures d'aides par un État membre, sans que les obligations de l'article 93, paragraphe 3, aient été respectées, la Commission publiera, au Journal officiel, un avertissement spécifique mettant en garde les bénéficiaires potentiels de l'aide de la précarité de celle-ci ». Il y a lieu de préciser (voir la réponse de la Commission à la question écrite n° 181/88, JO C 151 du 19.6.1989, p. 9) que le montant total des aides octroyées illégalement dont la Commission a demandé la récupération a été de l'ordre de 5 millions d'écus en 1985, de 11 millions d'écus en 1986 et 747 millions d'écus en 1987 (ce dernier chiffre comprend la restitution de 210 millions d'écus demandés à l'entreprise Tubemeuse).

27 — Arrêt du 12 juillet 1973, Commission/République fédérale d'Allemagne, 70/72, Rec. 1973, p. 813.

Commission, précitée, où la Cour relève que:

« ... l'esprit et l'économie de l'article 93 impliquent que la Commission, lorsqu'elle constate qu'une aide a été instituée ou modifiée en méconnaissance du paragraphe 3, doit pouvoir, *notamment quand elle estime que cette aide n'est pas compatible avec le marché commun aux termes de l'article 92*, décider que l'État intéressé doit la supprimer ou la modifier, sans être tenue d'impartir un délai et quitte à saisir la Cour si l'État en cause ne se conforme pas avec toute la diligence voulue » (point 16).

Par conséquent, quelle que soit l'appréciation sur le fond, l'aide mise à exécution avant l'achèvement du contrôle est et reste illégale. Comme le juge national, dans le cadre des voies de droit offertes par l'ordre juridique interne, la Commission peut, elle aussi, relever cette illégalité dans le cadre de la décision qui se prononce — même dans un sens positif — sur la compatibilité, en en tirant les conséquences qui s'imposent quant à la restitution.

Il n'apparaît cependant pas que la Commission ait jamais demandé la récupération d'une aide déclarée, ex nunc, compatible. Il s'agit peut-être d'une prudence excessive, dès lors qu'une attitude plus énergique rendrait plus évidente la précarité des aides accordées en violation de l'effet suspensif de l'article 93, paragraphe 3. Il y a lieu de penser que, dans ces circonstances, les États seraient incités à notifier et à ne pas mettre à exécution prématurément au moins ceux des projets d'aides virtuellement aptes — fût-ce avec quelques ajustements opérés d'un commun accord — à bénéficier d'une des dérogations visées à l'article 92, paragraphe 3.

13. Il résulte de ces observations que la violation de l'article 93, paragraphe 3, est susceptible d'être poursuivie sur le plan communautaire et peut entraîner, par voie de conséquence, la récupération de l'aide illégalement octroyée. La Commission relève cependant que l'efficacité pratique de cette « sanction » se trouve sensiblement réduite par le fait que la décision au titre de l'article 93, paragraphe 2, qui impose éventuellement la restitution de l'aide, intervient longtemps après que l'intervention de l'État a eu lieu. En conséquence, la récupération de ce qui a été indûment versé peut se révéler difficilement réalisable.

Il ne fait pas de doute que la durée excessive de la procédure de contrôle constitue un problème réel non seulement parce qu'elle rend improbable, comme nous venons de l'exposer, le rétablissement complet du status quo ante, mais surtout parce que l'exécution illégale d'une aide déclarée par la suite incompatible provoque, en tout cas, des distorsions de concurrence auxquelles il n'est pas possible de remédier [28].

Il faut cependant préciser que, d'une manière générale, il relève de la responsabilité de la Commission de contrôler le déroulement de cette procédure également en ce qui concerne sa *durée*. En outre, même sur cet aspect spécifique, la Commission ne paraît pas tout à fait « désarmée ».

En premier lieu, d'éventuels comportements dilatoires de la part des États, qui se traduisent concrètement par la tendance à ne pas fournir en temps utile les informations requises, ne sont pas dénués de consé-

28 — Voir, à cet égard, les rapports du congrès FIDE (précité note 11), p. 359, où l'on observe que « the longer the gap between grant and recovery, the less effective recovery is », en ajoutant cependant que « the gap is further lengthened by the Commission's delatoriness in enforcing recovery orders when Member States refuse to comply with them ».

quences défavorables pour ces mêmes États. Il leur incombe en effet un devoir de coopération, en vertu duquel ils sont tenus de participer loyalement à l'instruction de la procédure de contrôle, et il est même évident qu'un État membre ne pourrait pas tirer avantage d'une carence de l'examen d'une aide due à sa réticence à produire les données qui lui sont demandées [29].

Ainsi la Cour a-t-elle reconnu, dans l'affaire 234/84 [30], que la légalité de la décision de la Commission (au titre de l'article 93, paragraphe 2), par laquelle était constatée, entre autres, la nature d'aide d'un apport en capital effectué par l'État belge,

« doit être appréciée en fonction des éléments d'information dont la Commission pouvait disposer au moment où elle l'a arrêtée » (point 16 des motifs de l'arrêt) [31].

Dans le même arrêt, la Cour a reconnu que la motivation de la décision litigieuse pouvait être considérée comme suffisante

« malgré son caractère succinct, dû pour partie au manque de coopération de la part du gouvernement belge » (point 22 des motifs de l'arrêt).

Il s'ensuit que la Commission n'est pas complètement privée de la possibilité d'imprimer à la procédure administrative le « rythme » qu'elle juge approprié à l'urgence du cas. Elle pourra fixer des délais raisonnablement brefs en en soulignant le caractère impératif, étant entendu que l'éventuel défaut de coopération de l'État qui a octroyé l'aide se répercute exclusivement au détriment de celui-ci.

L'aspect que nous venons de mettre en évidence nous paraît particulièrement important au regard des problèmes réels auxquels la Commission est appelée à faire face. Et les occasions ne manquent pas à la Cour de sanctionner et de consolider avec davantage de force ce « devoir de coopération » des États et d'en préciser les conséquences également en ce qui concerne l'obligation de motivation imposée à la Commission. Pour être précis, nous estimons qu'une véritable charge de la preuve incombe aux États quant aux informations et aux données qui doivent être fournies à la Commission en fonction de l'application requise de l'article 92, paragraphe 3, disposition qui, ne l'oublions pas, prévoit des dérogations à l'interdiction générale des aides que sanctionne l'article 92, paragraphe 1. Il appartient donc aux États de fournir à la Commission, dès l'acte de la notification ou au plus tard dans le délai de mise en demeure, tous les éléments de nature à justifier une dérogation à l'interdiction. Il s'ensuit évidemment que l'ampleur de la motivation demandée à la Commission ne peut être que proportionnelle aux renseignements obtenus des États membres.

14. En second lieu, et cet aspect nous paraît revêtir une importance particulière, il existe un remède spécifique pour s'opposer en temps utile à la mise à exécution illégale d'une aide, indépendamment de la durée de la procédure de contrôle sur le fond.

29 — L'existence d'un devoir spécifique de coopération à cet égard, qui représente une manifestation concrète du devoir général énoncé à l'article 5 du traité, est soulignée par Smit & Herzog: *The Law of the EEC*, 1982, volume 3, p. 414 et suiv., où l'on observe: « Article 93 (1) obligates the Member States to co-operate with the Commission in its investigation and to supply it with all necessary data. This obligation receives further support from article 5, paragraph 1. »

30 — Arrêt du 10 juillet 1986, Royaume de Belgique/Commission, 234/84, Rec. 1986, p. 2263.

31 — Sur la portée que revêt le devoir de coopération dans la procédure au titre de l'article 93, paragraphe 2, voir, de manière significative, Smit & Herzog (précité note 29), p. 415, où l'on note: « Although the Member State wishing to grant an aid does not have the burden of proof in the technical sense, it must supply the Commission with those facts and data which the Commission cannot conveniently obtain itself. »

Comme on a déjà eu l'occasion de l'indiquer, la Commission dispose en effet de la possibilité d'agir, au titre de l'article 169, contre l'État qui n'a pas respecté l'interdiction de mise à exécution, en demandant en même temps à la Cour (au titre de l'article 186) d'ordonner les mesures provisoires nécessaires. Il faut souligner ici que, dans l'hypothèse précitée de l'affaire 171/83, l'ordonnance de la Cour qui accordait les mesures provisoires sollicitées a été rendue trois mois seulement après la date de la lettre de mise en demeure envoyée par la Commission. Il s'agit donc là, nous semble-t-il, d'un instrument efficace (compte tenu également de l'importance qu'une ordonnance de la Cour peut revêtir dans le cadre d'une éventuelle procédure nationale portant sur le même objet) et surtout opportun, puisqu'il peut être adopté dans un délai raisonnablement bref à partir de la première information que la Commission a reçue de l'exécution de l'aide.

Mais il y a plus. La Commission dispose en effet du pouvoir qu'elle n'a jamais exercé, mais que la Cour lui a néanmoins expressément reconnu, de prendre elle-même des *mesures provisoires et d'urgence.* Dans son arrêt 70/72, précité, la Cour, tout en se prononçant in ob iter dictum, a observé que ce que l'article 93, paragraphe 3, dispose

« implique pour la Commission le pouvoir de prendre, en cas de besoin, des mesures immédiates et provisoires ».

Il nous semble que ces mesures, si elles étaient adoptées, pourraient résoudre une grande partie des difficultés dénoncées par la Commission. Celle-ci aurait, en effet, la possibilité de contraindre par sa propre décision — fût-elle à caractère provisoire — les États à se conformer aux obligations découlant de l'article 93, paragraphe 3. En outre, cette décision, en ce qu'elle est directement applicable, pourrait être invoquée devant les juridictions nationales. Enfin, il y a lieu de relever que ces mesures pourraient être adoptées en l'espace de quelques jours après la nouvelle de l'exécution d'une aide, puisqu'il s'agit simplement de vérifier si un État a ou non mis en œuvre une intervention au profit d'une entreprise en l'absence du contrôle nécessaire. Le caractère immédiat de cette forme de réponse permettrait donc de réduire au minimum — voire d'éliminer tout à fait — le risque de voir l'aide versée créer soit des situations consolidées et, partant, irréversibles, soit des distorsions de concurrence qu'il n'est plus possible de neutraliser.

Les mesures provisoires, indépendamment de la circonstance qu'elles soient adoptées par la Cour ou par la Commission, se présentent comme un remède particulièrement approprié en raison également de la flexibilité de leur contenu. Elles pourront être utilisées soit pour empêcher l'intervention de l'État, soit pour en suspendre l'exécution, soit, enfin, pour ordonner la récupération de ce qui a déjà été versé. Elles apparaissent donc comme étant le remède le plus adapté pour permettre un rétablissement immédiat du status quo ante chaque fois que cela s'impose, pour éviter que la mise à exécution de l'aide prive en substance d'effet la décision définitive ultérieure.

15. Sur la base de l'analyse qui précède, il est possible d'examiner d'une manière spécifique la thèse soutenue par la Commission dans la présente procédure.

Comme nous l'avons indiqué précédemment, la Commission demande à la Cour de lui reconnaître un pouvoir de décision qui se distingue quant à sa nature, à son contenu et à ses effets de ceux que nous avons eu l'occasion d'examiner jusqu'à présent.

Il s'agirait en effet d'une décision par laquelle:

— il est constaté qu'une certaine intervention de l'État constitue une aide au sens de l'article 92, paragraphe 1, et qu'elle est illégale, parce que mise à exécution en violation de l'article 93, paragraphe 3;

— il est demandé à l'État de mettre fin à cette violation en récupérant l'aide (notifiée ou non) octroyée prématurément et, partant, illégalement.

En second lieu, et il s'agit là de l'aspect principal, l'examen — dans le cadre de la procédure au titre de l'article 93, paragraphe 2 — de la possibilité d'appliquer les dérogations prévues par l'article 92, paragraphe 3, serait subordonné à une telle notification et/ou récupération.

Il s'ensuit que cette décision se trouverait être tout à fait indépendante de la procédure au titre de l'article 93, paragraphe 2, dès lors qu'elle fait abstraction et rend même inutile l'examen de la compatibilité au titre de l'article 92, paragraphe 3. Elle aurait en outre, à la différence des décisions conservatoires examinées en premier lieu, un caractère *définitif*, en dispensant la Commission, selon les cas, d'ouvrir ou de poursuivre la procédure au titre de l'article 93, paragraphe 2.

16. L'argumentation de la Commission ne manque certes pas de rigueur logique. Il n'est d'ailleurs pas douteux que cette thèse comporte une extension sensible de la marge de manœuvre de la Commission: celle-ci serait amenée à acquérir la position de « dominus » de la procédure de contrôle en ayant la possibilité d'en commander le déroulement avec un large pouvoir discrétionnaire et, surtout, en ayant la possibilité, dans des hypothèses d'aides illégalement mises à exécution, de décider de l'opportunité et de la manière de parvenir à l'appréciation de ces aides au titre de l'article 92, paragraphe 3 [32].

Néanmoins, tout en partageant en grande partie les prémisses et les motifs qui l'inspirent, nous ne pouvons pas ne pas exprimer quelques doutes sur les implications les plus innovatrices et avancées que cette thèse comporte. A cet égard, certaines considérations tant d'ordre systématique que d'opportunité revêtent de l'importance.

En premier lieu, un doute pourrait surgir quant au fondement du pouvoir de décision revendiqué par la Commission. Comme on l'a observé, la violation des obligations visées à l'article 93, paragraphe 3, peut être constatée soit, d'une manière générale, par la Cour dans le cadre du recours au titre de l'article 169, soit, exceptionnelement, par la Commission dans le cadre d'une décision — au titre de l'article 93, paragraphe 2 —, qui a d'ailleurs essentiellement pour objet de vérifier la *compatibilité* d'une aide. Vice versa, le pouvoir d'adopter des décisions *définitives* sur l'*illégalité* d'une aide qui font abstraction de l'examen de la compatibilité et de la *procédure correspondante* se situe à l'évidence en dehors des deux schémas procéduraux précités.

32 — Il y a lieu d'observer, au demeurant, que si l'on entendait souscrire entièrement à la thèse de la Commission, force serait de conclure que l'illégalité pour violation de l'article 93, paragraphe 3, exclut tout à fait l'examen de la compatibilité au titre de l'article 92, paragraphe 3, puisqu'on ne peut en déduire — déjà sur le plan d'une interprétation juridique correcte — aucun pouvoir discrétionnaire de la Commission (ni de la Cour, comme la Commission le précise d'ailleurs elle-même dans son mémoire).

Mais cette observation n'est pas en soi insurmontable. La constatation de l'illégalité d'une aide est en fait la condition préalable à la décision constitutive par laquelle est ordonnée la récupération de l'aide prévue par l'article 93, paragraphe 2. Le pouvoir expressément[33] reconnu à cet égard comprend donc implicitement le pouvoir de constater la violation de l'interdiction d'exécution et de l'obligation de notification.

Or, il est vrai que la Commission ordonne normalement la récupération d'une aide illégalement mise à exécution dans le cadre de la décision même, qui statue sur la compatibilité. Il s'agit pourtant de deux aspects indépendants, tant il est vrai que, comme la Cour l'a relevé, la récupération ab initio d'une aide déclarée en même temps compatible, mais uniquement avec un effet ex nunc, peut être demandée. Rien n'exclut, par conséquent, que la Commission puisse, avant même de se prononcer sur la compatibilité, constater la mise à exécution illégale de l'intervention de l'État et en exiger la révocation.

Mais, dans la pratique, des motifs d'opportunité peuvent suggérer l'adoption — à l'issue de la procédure de l'article 93, paragraphe 2 — d'une décision unique statuant simultanément sur les deux aspects. D'abord pour des raisons de simplicité, dès lors qu'il est possible de régler complètement par un acte unique la validité et l'effet dans le temps de l'aide en question, en fixant son sort pour le passé (eu égard à une éventuelle exécution illégale) et pour le futur (eu égard à sa compatibilité substantielle). Mais également pour une raison de fond. L'injonction de récupération n'est pas une conséquence automatique de l'exécution illégale. C'est la Commission qui décide si elle doit ou non l'adopter sur la base d'appréciations largement discrétionnaires. Il pourrait, par conséquent, être préférable que la décision définitive sur la récupération soit prise à l'issue de la procédure de l'article 93, paragraphe 2, c'est-à-dire lorsque la Commission — après avoir entendu, entre autres, tous les intéressés — dispose de l'ensemble des données nécessaires pour apprécier l'incidence sur le marché de l'aide en question et donc pour pouvoir exercer au mieux ses pouvoirs discrétionnaires.

Cela n'a naturellement rien à voir avec la possibilité dont dispose la Commission, au cours de la procédure au titre de l'article 93, paragraphe 2, ou même avant que cette procédure ne soit ouverte, d'adopter des mesures provisoires et d'urgence contre les aides illégalement exécutées: les décisions correspondantes revêtent dans ce cas un caractère provisoire et non définitif.

17. En tout cas, comme nous l'avons déjà maintes fois souligné, ce n'est pas l'aspect déterminant. L'élément le plus innovateur dans la thèse de la Commission consiste dans la possibilité que l'illégalité de l'institution de l'aide — quelle que soit la manière dont elle est constatée — puisse dispenser la Commission de mettre en œuvre ou de poursuivre le contrôle de compatibilité.

C'est sur ce point que se concentrent les doutes majeurs.

33 — Le fondement du pouvoir de constater l'illégalité d'une aide pourrait, à première vue, être discerné également dans les dispositions de l'article 93, paragraphe 2, sur la base desquelles la Commission peut décider la suppression d'une aide, même lorsqu'elle est « *appliquée de façon abusive* ». Or il semble préférable de considérer que cette expression se réfère non pas aux aides accordées en violation de l'article 93, paragraphe 3, mais à celles qui ne se révèlent incompatibles avec le marché commun que dans la phase d'*exécution*. Dans ces cas, donc, la Commission adoptera une décision sur la *compatibilité* substantielle de l'aide et non pas une décision sur l'illégalité.

A cet égard, il n'est pas douteux que l'absence de notification et, surtout, la mise à exécution prématurée de l'aide sont illégales. Ces comportements constituent une violation manifeste des obligations visées à l'article 93, paragraphe 3.

Il est tout aussi évident que cette violation altère les conditions dans lesquelles le contrôle de compatibilité devrait être effectué. Ce dernier, en effet, en n'étant plus exercé par rapport à des *projets d'aides notifiés*, se trouve effectué dans un *contexte pathologique*, c'est-à-dire radicalement différent de celui que le traité a prévu.

18. Mais ces considérations suffisent-elles pour conclure — comme la Commission l'a soutenu — que le contrôle de compatibilité *peut ne pas* avoir lieu?

Nous estimons qu'il est préférable de donner une réponse négative à cette question.

En premier lieu, il faut relever que les obligations visées à l'article 93, paragraphe 3, ont une nature procédurale. En définissant les conditions en présence desquelles le contrôle doit s'effectuer, elles revêtent un caractère *accessoire* par rapport à ce dernier.

Compte tenu de leur objet et de leur nature, ces obligations n'entrent en ligne de compte que dans la phase de contrôle; si elles sont violées, elles entraînent — comme nous l'avons dit — l'illégalité de l'acte qui a institué l'aide et des actes d'exécution réalisés durant le contrôle. Mais une fois qu'une décision sur la compatibilité — positive ou négative — a été quand même adoptée, et à partir de ce moment, la violation précédente des obligations de procédure n'a plus aucune importance. Dès lors que la décision sur la compatibilité intervient, c'est elle seule qui détermine ex nunc le régime de l'aide en question, l'éventuelle illégalité — il est utile de le répéter — des actes d'exécution antérieurs demeurant évidemment inchangée.

En ce sens, le rapport qui existe entre l'article 93 et l'article 92 ne peut pas être assimilé à celui qui existe entre l'article 92 et toute autre disposition substantielle du traité, comme l'article 30 ou l'article 95.

Dans l'hypothèse de dispositions substantielles concurrentes (qui ne sont pas reliées par un rapport de règle à exception), le fait qu'une mesure nationale soit contraire à l'une de ces dispositions peut effectivement rendre son appréciation superflue par rapport à l'autre: en effet, la mesure doit en tout cas être considérée comme incompatible avec le marché commun, fût-ce pour des raisons autres que celles inhérentes à la réglementation spécifique des aides, visée à l'article 92 et à l'article 93.

Vice versa, la violation des critères procéduraux visés à l'article 93, paragraphe 3, si elle implique l'illégalité de l'exécution prématurée de l'aide, n'affecte pas du tout l'appréciation de la *compatibilité* au sens et aux fins de l'article 92.

Celle-ci pourra donc en soi toujours être effectuée, à moins qu'il n'apparaisse que le législateur a voulu concevoir le respect des conditions procédurales comme une *condition préliminaire* du contrôle de compatibilité.

Cela est cependant démenti surtout par la *pratique constante* de la Commission, qui

jusqu'à présent n'a jamais considéré la violation de l'article 93, paragraphe 3, comme une circonstance de nature à exclure l'examen de la compatibilité de l'aide.

Bien au contraire — ainsi que cela résulte également de la décision attaquée —, la violation de l'article 93, paragraphe 3, se voit attribuer l'importance qui lui est propre, c'est-à-dire qu'elle constitue le fondement de la récupération de l'aide illégalement octroyée, sans empêcher d'ailleurs que les aspects matériels de celle-ci soient de toute façon examinés. Au demeurant, même dans les cas dans lesquels la Commission a saisi la Cour pour faire constater la violation de l'article 93, paragraphe 3, cette action n'a pas suspendu ni empêché le déroulement parallèle de la procédure de contrôle [34].

Le fait que le respect des obligations procédurales ne constitue pas une condition préliminaire du contrôle de compatibilité résulte également de l'arrêt 173/73, précité, où l'on reconnaît que la récupération de l'aide peut être demandée quelle que soit l'issue de la procédure de contrôle.

Cela veut dire, sous réserve encore une fois des effets caractéristiques de la violation de l'article 93, paragraphe 3, que celle-ci n'est cependant pas de nature à empêcher qu'il soit statué sur la validité substantielle de l'aide avec effet ex nunc.

19. Mais il est ensuite une autre considération qui nous paraît importante.

Il ne faut pas oublier que le contrôle de compatibilité est effectué non pas dans l'intérêt de l'État octroyant l'aide, mais dans l'*intérêt général de la Communauté.*

A cette fin, la procédure prévue par l'article 93, paragraphe 2, vise à fournir à la Commission tous les éléments pertinents permettant d'établir, dans le délai le plus bref possible, si une certaine intervention de l'État satisfait ou non aux exigences du marché commun. Dans les deux cas, une *exigence générale de sécurité* doit être garantie [35].

Si l'aide se révèle incompatible (outre qu'illégale), il peut être inutile, dans certains cas, de « morceler » la procédure de contrôle en statuant sur la violation de l'article 93, paragraphe 3. Il est au contraire préférable que soit établi définitivement et sans délai que l'intervention étatique en question, outre qu'elle manque aux obligations procédurales, est contraire aux intérêts de la Communauté.

34 — Voir en particulier les arrêts 171/83, 173/73, 234/84 et 94/87, précités.

35 — En effet, la jurisprudence de la Cour nous paraît confirmer que l'ouverture et le déroulement de la procédure visée à l'article 93, paragraphe 2, a un caractère impératif chaque fois qu'il existe ne fût-ce que des doutes quant à la compatibilité d'une aide. Cette orientation est illustrée par l'arrêt du 20 mars 1984, République fédérale d'Allemagne/Commission (84/82, Rec. 1984, p. 1451), dans lequel la Cour a accueilli le recours de la République fédérale visant à faire constater que la Commission avait manqué aux obligations découlant de l'article 93, paragraphe 2, en omettant d'engager la procédure correspondante de contrôle de compatibilité. La Cour a notamment précisé qu'« un des traits principaux qui différencie la phase d'examen de l'article 93, paragraphe 2, de la phase préliminaire de l'article 93, paragraphe 3, réside dans l'absence, lors de cette phase initiale, de toute obligation pour la Commission de mettre en demeure les intéressés de présenter leurs observations avant de prendre sa décision. Une telle procédure, qui donne aux autres États membres et aux milieux concernés la garantie de pouvoir se faire entendre et qui permet à la Commission d'être complètement éclairée sur l'ensemble des données de l'affaire avant de prendre sa décision, revêt cependant un caractère *indispensable* dès que la Commission éprouve des difficultés sérieuses pour apprécier si un projet d'aide est compatible avec le marché commun » (point 13 des motifs de l'arrêt). Bien qu'il s'agit dans ce cas d'un projet d'aide régulièrement notifiée, nous estimons que les observations de la Cour sur la nature et les finalités du contrôle de compatibilité ont une portée générale et qu'en conséquence l'ouverture de la procédure correspondante s'impose également lorsque la Commission a connaissance d'aides illégalement accordées.

Si l'aide se révèle, du moins sous certaines conditions, compatible, il est alors plus important encore que cette compatibilité soit établie erga omnes et que cette même aide puisse donc être rapidement et légalement versée.

Cela vaut en particulier en ce qui concerne les dérogations visées à l'article 92, paragraphe 3. En effet, il est clair que celles-ci sont prévues et doivent être appliquées « dans l'intérêt commun ». Il n'y a donc pas de raison d'en exclure l'application uniquement parce que l'État qui octroie l'aide a violé l'article 93, paragraphe 3. Autrement, on courrait le risque de ne pas autoriser la mise à exécution d'aides qui répondent à des objectifs importants et conformes aux intérêts de la Communauté.

A cela s'ajoute que si l'on entendait tirer toutes les conséquences de la thèse de la Commission, même une aide qui relève de la disposition de l'article 92, paragraphe 2 — qui est donc légale en soi — serait incompatible avec le marché commun si elle a été instituée en violation des obligations énoncées à l'article 93, paragraphe 3.

En effet, la possibilité de poursuivre d'une manière autonome cette violation restant acquise, nous estimons que la Commission est, en tout état de cause, tenue de procéder à l'examen de l'aide au regard des dérogations visées à l'article 92, paragraphe 3, et ne peut pas se limiter à l'appréciation au titre de l'article 92, paragraphe 1. De fait, s'il est vrai que cette appréciation a un caractère discrétionnaire, il est également vrai que son *objet* est délimité par le traité et correspond au contenu des trois paragraphes de l'article 92. Or, de même qu'elle ne pourrait pas aller au-delà de ce contenu, de même nous estimons que la Commission est tenue d'exercer le contrôle de compatibilité d'une manière complète, et ce par rapport à tous les critères énoncés par l'article 92, y compris ceux qui figurent au paragraphe 3 [36].

20. Enfin, il y a lieu d'observer que, dans le cadre de la procédure de l'article 93, paragraphe 2, *tous les intéressés*, États membres et particuliers, doivent être mis en mesure de « présenter leurs observations » (ce qui est d'ailleurs conforme à l'objectif principal d'assurer une vérification matérielle aussi complète et claire que possible).

En outre, le droit communautaire protège la position de celui qui a « dénoncé » à la Commission l'existence d'une aide en lui assurant la possibilité de former un recours tant contre la décision de la Commission, qui déclare l'aide compatible, que contre une carence éventuelle de l'institution, qui, à la suite de la plainte, n'adopte aucune mesure, ni positive ni négative, au titre de l'article 93, paragraphe 2.

Or, il est évident que tout mécanisme qui a pour conséquence d'empêcher, voire de retarder, le déroulement complet de la procédure de l'article 93, paragraphe 2, entraîne nécessairement un préjudice pour les *garanties procédurales et matérielles* dont les tiers (États et particuliers) jouissent en vertu du traité.

Nous estimons, par conséquent, que, chaque fois que lui parvient la « notitia criminis » de l'existence d'une aide, *la Commission est*

36 — Sur le caractère *unitaire* et *obligatoire* du contrôle de compatibilité, voir, de manière significative, Smit & Herzog (précité note 29), p. 415: « When investigating the incompatibility of an aid with the common market, the Commission *should also examine on its own motion* whether any of the exceptions of article 92(2) or 92(3) are applicable, in particular if the facts and the arguments advanced indicate that an exception may be applicable. »

tenue de suivre, jusqu'à la décision finale sur la compatibilité, la procédure de l'article 93, paragraphe 2.

21. Naturellement, s'il se révélait véritablement indispensable, pour assurer l'efficacité du système de contrôle préalable, de subordonner l'application de l'article 92, paragraphe 3, à l'observation des obligations énoncées à l'article 93, paragraphe 3, le législateur communautaire pourrait intervenir sur la base de l'article 94. Mais, tant que cette intervention n'a pas eu lieu, force est, nous semble-t-il, de reconnaître que les obligations de procédure de l'article 93, paragraphe 3, et le contrôle de compatibilité se situent sur des plans différents, et qu'en conséquence la violation des premières n'est pas de nature à compromettre le déroulement obligatoire et en temps utile du second.

Cette conclusion nous paraît d'ailleurs corroborée par le fait que — comme nous l'avons dit — l'illégalité due à la violation de l'article 93, paragraphe 3, peut être efficacement poursuivie, tant sur le plan interne que sur le plan communautaire, et que, surtout, pour éviter que la prolongation de la procédure de contrôle ne puisse priver de sa signification une éventuelle injonction de récupération, la Commission a la possibilité de demander à la Cour, ou même d'adopter motu proprio, les mesures provisoires qui s'imposent. Mais — et c'est le point qu'il faut souligner — ces mesures, même si elles sont décidées directement par la Commission, *n'excluent* pas mais, au contraire, *annoncent* la décision finale de compatibilité (sur laquelle la Cour peut pleinement exercer son contrôle), en évitant simplement que se produisent ou persistent medio tempore des situations de fait faussant la *concurrence* auxquelles il est par la suite impossible ou très difficile de remédier.

22. En résumé, nous estimons que les conclusions suivantes se dégagent de l'analyse que nous venons d'effectuer:

— il conviendrait de reformuler la question de recevabilité soulevée par la Commission dans le sens précité;

— le contenu et la finalité des obligations visées à l'article 93, paragraphe 3, impliquent que toute aide mise en vigueur en violation de celles-ci est illégale;

— cette illégalité comporte des conséquences précises et peut être poursuivie sur le plan tant interne que communautaire;

— en particulier, la Commission peut ordonner la récupération de l'aide illégalment mise en vigueur, même lorsque cette aide a ensuite été déclarée compatible avec le marché commun;

— en outre, des mesures provisoires peuvent être adoptées, pour éviter que les effets de la décision définitive de la Commission soient compromis par la mise en vigueur illégale de l'aide;

— la violation des obligations visées à l'article 93, paragraphe 3, n'est cependant pas de nature à dispenser la Commission d'examiner la compatibilité de l'aide également à la lumière des dispositions de l'article 92, paragraphe 3.

Sur le fond

A — L'application de l'article 92, paragraphe 1

La nature du concours en capital apporté par le gouvernement belge

23. Le gouvernement belge conteste que les interventions financières réalisées dans la société Tubemeuse constituent des aides au sens de l'article 92, paragraphe 1. Ces concours représenteraient, au contraire, un apport en capital tout à fait normal selon la pratique courante de l'actionnariat dans une économie de marché. En particulier, le gouvernement belge se serait comporté comme n'importe quel actionnaire qui, ayant déjà réalisé un investissement important, se voit amené, devant les difficultés surgies, à effectuer de nouveaux apports pour assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise et, partant, une perspective de rendement même limité.

A l'appui de cette thèse, l'État requérant relève notamment que son comportement comme actionnaire a été en substance analogue à celui d'autres actionnaires d'entreprises concurrentes. Il observe également que les investissements de Tubemeuse ont été en partie financés par un consortium international de banques, ce qui démontrerait que, fût-ce à moyen terme, des perspectives de reprise économique devaient exister. L'État belge précise, enfin, que les apports financiers auraient été réalisés sur la base des indications fournies par une société internationale réputée de consultants d'entreprises.

24. Rappelons à cet égard que, selon une jurisprudence désormais constante, la participation d'un État au capital d'entreprises peut être qualifiée comme « aide publique » lorsque les conditions visées à l'article 92 sont remplies [37].

En outre, comme la Cour l'a relevé dans l'arrêt Intermills, précité:

« ... l'octroi d'aides, spécialement sous forme de prises de participation de la part de l'État ou de collectivités publiques, ne saurait être considéré comme étant automatiquement contraire aux dispositions du traité. Quelle que soit donc la forme sous laquelle des aides sont accordées, que ce soit sous forme de prêts ou sous forme de participations, il appartient à la Commission d'examiner si de telles aides se trouvent en conflit avec l'article 92, premier alinéa, et, dans l'affirmative, d'apprécier si elles peuvent éventuellement être exemptées en vertu du troisième alinéa du même article, en motivant sa décision en conséquence » (point 32 des motifs de l'arrêt).

Dans l'arrêt 234/84, précité, la Cour a également précisé que, pour vérifier si la participation financière d'un État dans une entreprise présente le caractère d'une aide,

« ... il est pertinent d'appliquer le critère ... qui est basé sur les possibilités pour l'entreprise d'obtenir les sommes en cause sur les marchés privés des capitaux. Dans le cas d'une entreprise dont le capital social est détenu par les autorités publiques, il convient notamment d'apprécier si, dans des circonstances similaires, un associé privé se basant sur les possibilités de rentabilité

37 — Voir, en particulier, les arrêts du 14 novembre 1984, Intermills, 323/82, Rec. 1984, p. 2809, du 13 mars 1985, Leeuwarder Papierwarenfabriek, 296/82 et 318/82, Rec. 1985, p. 809, et du 10 juillet 1986, Belgique/Commission, 234/84, Rec. 1986, p. 2281.

prévisibles, abstraction faite de toute considération de caractère social ou de politique régionale ou sectorielle, aurait procédé à un tel apport en capital » (point 14 des motifs de l'arrêt).

25. Dans la décision attaquée, la Commission a exclu que la société Tubemeuse ait eu la possibilité d'obtenir le financement en question sur le marché privé des capitaux à la lumière de plusieurs facteurs. Il est notamment relevé, de manière circonstanciée, que le secteur intéressé était caractérisé par un important excédent structurel de capacité productive; que la demande provenant des activités de prospection pétrolière, qui représente la composante la plus importante de la demande de tubes non soudés, était en recul progressif; que la situation financière de Tubemeuse était depuis longtemps caractérisée par des pertes substantielles (en 1984, le passif était supérieur à 14 % du chiffre d'affaires, les frais financiers représentant 8,4 %), qui avaient entraîné un désengagement progressif des actionnaires privés.

En présence de ces circonstances, non contestées dans leur matérialité, il y a lieu de considérer que la Commission a correctement appliqué l'article 92, paragraphe 1, en estimant que les interventions financières en question constituaient une aide étatique destinée à permettre la survie d'une entreprise qui, autrement, n'aurait pas pu obtenir sur le marché des capitaux les liquidités nécessaires à la poursuite de son activité.

26. La Commission a, en outre, répondu d'une manière convaincante aux arguments que le gouvernement belge a avancés en l'espèce aux fins de démontrer que les apports financiers litigieux ne pourraient pas être considérés comme une « aide de sauvetage ».

En particulier, en ce qui concerne le comportement des actionnaires d'entreprises concurrentes, il faut observer qu'aucune analogie ne peut être discernée avec le comportement du gouvernement belge en tant que partenaire financier de Tubemeuse, dès lors que ces entreprises, outre qu'elles ont réalisé des mesures efficaces d'assainissement, présentaient en général une situation de bilan et des perspectives économiques en substance positives.

Quant aux financements bancaires obtenus par Tubemeuse, nous considérerons comme déterminante la circonstance que ces investissements étaient en réalité couverts par une garantie de l'État belge, qui assumait ainsi les risques correspondant à ces opérations.

Quant, enfin, à la circonstance selon laquelle le gouvernement belge se serait conformé aux indications d'une société internationale de consultants d'entreprises, il y a lieu de rappeler d'abord que, comme la Commission l'a relevé, le rapport établi en 1986 par la société précitée a en lui-même déjà mis en lumière que la situation globale de l'entreprise était extrêmement précaire depuis 1983 sous divers aspects (résultats d'exploitation, diversification insuffisante, charges financières et situation de trésorerie). En outre, la Commission a produit un document rédigé en 1985 par le « Comité national belge de planification et de contrôle de la sidérurgie », où l'on précisait que, même si l'entreprise était parvenue, par une restructuration financière, à réduire les charges correspondantes, les prix de revient auraient toujours été supérieurs de 3,9 % aux prix de vente. Dans ce même rapport, on note que, face aux difficultés financières structurelles qui sont apparues depuis 1979, la société Tubemeuse s'était adressée aux autorités publiques (locales et régionales) pour chercher à y remédier.

Il y a donc lieu de retenir que la Commission a estimé, à juste titre, que la société belge n'aurait vraisemblablement pas pu obtenir sur le marché financier les liquidités dont elle avait besoin, et qu'en conséquence l'intervention de l'État doit être considérée comme une aide publique au sens de l'article 92, paragraphe 1.

L'incidence sur les échanges intracommunautaires

A cet égard, le gouvernement belge fait d'abord observer que, au moment où les aides ont été accordées, la société Tubemeuse exportait 90 % et, partant, la quasi-totalité de sa production, en dehors de la Communauté et, précisément, vers l'Union soviétique.

Le gouvernement belge déduit, d'abord, de cette circonstance que l'intervention en question pourrait tout au plus être considérée comme une aide à l'exportation vers les pays tiers et, partant, comme une mesure autorisée sur la base des dispositions de l'article 112 du traité.

En second lieu, compte tenu de l'importance des exportations vers les pays tiers, il conviendrait, en tout cas, de considérer que l'aide en question n'est pas en mesure d'affecter les échanges intracommunautaires. En tout état de cause, la décision de la Commission ne serait pas suffisamment motivée sur cet aspect.

27. En ce qui concerne l'article 112, il faut préciser qu'on ne peut pas exclure a priori qu'une aide aux exportations vers les pays tiers puisse, au moins dans certaines circonstances, affecter le commerce intracommunautaire en causant également des distorsions de concurrence. Il pourrait, par exemple, se produire qu'un régime d'aide à l'exportation vers des pays non communautaires permette en définitive à l'entreprise aidée de pratiquer sur le marché communautaire des prix sensiblement inférieurs à ceux qu'il aurait autrement été possible de fixer. Dans cette hypothèse, nous ne pensons pas que l'article 112, qui se borne à prescrire l'harmonisation progressive des régimes d'aides aux exportations extracommunautaires, soit de nature à soustraire l'intervention publique aux dispositions de l'article 92.

En effet, compte tenu de sa portée, de sa finalité et du contexte normatif dans lequel il s'inscrit, l'article 112 ne peut pas être interprété comme une règle qui permet de déroger aux autres dispositions du traité, comme précisément celles qui ont trait aux aides publiques. Aussi s'agira-t-il plutôt d'établir, cas par cas, si une certaine aide aux exportations vers des pays tiers est ou non susceptible d'affecter les échanges et de fausser la concurrence intracommunautaire [38].

D'une manière générale, l'interprétation de l'article 112, invoquée par le gouvernement belge, ne paraît donc pas devoir être accueillie. Mais cela dit, il y a lieu de souligner qu'en l'espèce l'aide accordée à la société Tubemeuse ne pourrait pas, de toute façon, être considérée comme une aide aux exportations extracommunautaires. En effet, il ne s'agit pas d'un avantage accordé au regard d'*opérations commerciales* avec les pays tiers. Il s'agit, au contraire, d'une intervention destinée à soutenir l'*activité productrice* de l'entreprise et qui, en tant que telle, se situe en dehors du champ d'application de l'article 112.

38 — Voir en ce sens Smit & Herzog (précité note 29), p. 397.

28. Ce qu'il s'agit d'établir c'est donc simplement si l'aide à la production octroyée par le gouvernement belge au moyen des apports financiers en question est de nature à affecter le commerce à l'intérieur de la Communauté.

Il y a lieu de préciser que la condition relative aux effets sur le commerce entre les États membres répond à l'objectif de délimiter le champ d'application de la réglementation communautaire en matière de règles de concurrence. En vertu de ce critère, restent exclus de l'application des règles communautaires les actes ou comportements dont les effets sont exclusivement limités au territoire d'un État membre et qui, par conséquent, ne sont pas de nature à avoir une incidence, même indirecte, sur la liberté du commerce intracommunautaire, dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique, comme cela pourrait se produire notamment dans le cas où ces actes ou comportements modifient d'une manière sensible la structure ou le jeu de la concurrence dans le marché commun [39].

On relèvera, d'abord, que les produits *de quo* font l'objet d'échanges intracommunautaires. En particulier, comme cela résulte de la décision attaquée, environ 50 % du total de la production communautaire sont absorbés par la demande interne de la CEE. En outre, près de 25 % des exportations des producteurs communautaires sont réalisées à l'intérieur de la Communauté (situation en 1984). A la même époque, la production de Tubemeuse constituait 17 % de l'output communautaire et, comme nous l'avons dit, était destinée à concurrence de 90 % aux exportations vers l'Union soviétique.

29. Il convient d'observer, ensuite, que la position d'une entreprise qui représente 17 % de la production communautaire ne peut certainement pas être considérée comme marginale et que, par conséquent, le soutien massif qui lui a été accordé est de nature à affecter le jeu normal de la concurrence et donc à se répercuter sur le flux des courants commerciaux. En outre, la circonstance que, au moment de l'octroi de l'aide, l'entreprise exportait la majeure partie de sa production vers un pays tiers ne paraît pas déterminante. Ce qui importe, en effet, c'est que le produit en question fait l'objet d'échanges intracommunautaires et qu'en particulier la société Tubemeuse était en mesure de participer à ces échanges dans une position significative. D'ailleurs, la Cour a déjà eu l'occasion d'affirmer que le fait qu'une entreprise essaie d'orienter ses exportations vers des pays tiers ne saurait exclure qu'une aide qui lui a été accordée puisse être considérée comme susceptible d'affecter les échanges entre les États membres [40].

Cette dernière observation répond d'ailleurs à la nécessité d'apprécier, dans une perspective *dynamique* [41], l'existence de la condition de l'altération des échanges (comme celle, d'ailleurs, de la distorsion de la concurrence). Or, en l'espèce, la Commission a, à juste titre, tenu compte de l'évolution prévisible des courants commerciaux pour apprécier l'incidence de l'aide en question sur les échanges. Dans la décision attaquée, la Commission a notamment relevé que, dans un contexte général caractérisé par une

39 — Ces principes que la Cour a énoncés dans le cadre de l'interprétation des articles 85 et 86 (voir, en particulier, l'arrêt du 31 mai 1979, Hugin, 22/78, Rec. 1979, p. 1869) concernent également l'article 92, la condition de l'incidence sur le commerce communautaire ayant évidemment la même fonction dans le cadre de ces trois dispositions, qui font toutes partie du chapitre du traité consacré aux « règles de concurrence ».

40 — Voir arrêt du 10 juillet 1986, Belgique/Commission, point 23 (précité note 24).

41 — Voir en ce sens J. Megret: *Le droit de la Communauté économique européenne*, volume 4, p. 384.

forte intégration des marchés mondiaux et par un déséquilibre croissant entre la demande et l'offre mondiale (dû à la capacité productive accrue des pays en voie de développement et à commerce d'État, et à la contraction de la demande des États-Unis — en raison de l'entrée en vigueur de restrictions à l'importation — et de la demande du secteur pétrolier), une *réorientation* de l'activité de Tubemeuse vers le marché intérieur CEE était raisonnablement prévisible. Il convient de noter que le bienfondé de ces prévisions s'est trouvé confirmé par l'évolution postérieure à 1984. Il ressort, en effet, des données fournies à l'audience par le représentant de la Commission qu'en 1987 Tubemeuse a exporté dans le marché commun 23 % de sa production, chiffre passé à 33,3 % dans le premier semestre de 1988.

Il y a donc lieu de retenir qu'en l'espèce la Commission a, à juste titre, conclu à l'existence d'une incidence sur le commerce intracommunautaire de l'aide octroyée par le gouvernement belge et que, par ailleurs, la décision attaquée comporte une motivation suffisante et claire quant aux circonstances et aux évaluations, sur la base desquelles la Commission a porté son appréciation sur ce point.

B — L'application de l'article 92, paragraphe 3

30. Le gouvernement belge estime qu'en l'espèce la Commission aurait dû, en tout état de cause, reconnaître que l'aide en question pouvait bénéficier des dérogations visées à l'article 92, paragraphe 3, sous a) et c).

Il y a lieu de préciser que les allégations, au demeurant succinctes, formulées à cet égard, ne sont pas étayées par de réels éléments convaincants.

Il ressort, notamment, de la décision attaquée que la Commission a exclu en l'espèce l'application des dispositions visées à la lettre a) de l'article 92, paragraphe 3, en s'appuyant sur une analyse socio-économique antérieure des régions belges en question (décision 82/740/CEE du 22 juillet 1982, JO L 212 du 9.11.1982, p. 18, modifiée par la décision 45/544/CEE du 31 juillet 1985, JO L 341 du 19.12.1985, p. 19), dont il résultait que, dans ces régions, le niveau de vie n'était pas anormalement bas et qu'elles ne connaissaient pas une forme grave de sous-emploi. Le gouvernement belge s'est borné à fournir des informations sur la fermeture de certaines entreprises qui y sont établies, sans contester toutefois le contenu des appréciations portées dans ces décisions.

Quant à la dérogation visée à l'article 92, paragraphe 3, sous c), la Commission met en évidence le fait qu'en l'espèce l'entreprise opère sur un marché caractérisé par un important excédent structurel de l'offre et que l'intervention financière du gouvernement belge paraît tout à fait détachée d'un plan de redressement réel avec des réductions conséquentes de capacité productive. Dans ces circonstances, l'aide accordée à la société Tubemeuse lui aurait permis de maintenir ou d'augmenter sa part de marché au détriment d'autres entreprises ne bénéficiant pas, d'une manière analogue, du soutien des pouvoirs publics et contraintes, en fonction des nécessités d'un marché excédentaire, de rajuster leur production. L'aide en cause aboutissait donc à altérer les conditions des échanges dans une mesure certainement contraire à l'intérêt commun. En conséquence, la Commission a estimé, à

juste titre, que la dérogation visée à l'article 92, paragraphe 3, sous c), ne devait pas être appliquée.

C — L'exécution de la décision attaquée

31. De l'avis du gouvernement belge, la Commission n'aurait pas tenu compte du fait que la société Tubemeuse se trouvait en situation de concordat judiciaire au moment de l'adoption de la décision attaquée et que celle-ci n'était donc pas susceptible d'être exécutée.

A cet égard, le gouvernement belge expose les arguments suivants:

— la décision attaquée serait privée d'objet et, partant, non susceptible d'exécution, parce que l'entreprise avait cessé d'exister d'un point de vue économique;

— l'état de concordat judiciaire rendrait impossible au moins l'exécution immédiate de la décision;

— compte tenu de la situation de concordat judiciaire, l'obligation de récupération de l'aide serait disproportionnée.

32. Les arguments avancés par le gouvernement belge conduisent, tout bien considéré, à un résultat qui risquerait de compromettre l'efficacité de la réglementation des aides. Il suffirait en effet qu'une entreprise, qui a bénéficié d'un soutien financier massif de la part de l'État, ait engagé une procédure de concordat pour empêcher l'application à son égard des dispositions des articles 92 et suivants.

Il y a lieu d'ajouter, par ailleurs, qu'en l'espèce la société Tubemeuse a continué à exercer ses activités également après la décision litigieuse. La pleine exécution de la décision de la Commission s'imposait donc pour éviter la continuation des distorsions de concurrence causées par l'aide.

En outre, il n'y a pas de raison d'accorder aux entreprises qui se trouvent dans une situation de concordat judiciaire un traitement plus favorable, en ce qui concerne l'obligation de récupération, que celui qui est consenti à toute autre entreprise. Comme on l'a amplement rappelé ci-dessus, la Commission peut toujours demander la restitution des aides versées illégalement. Il appartient ensuite à l'État intéressé de déterminer les modalités adéquates permettant d'atteindre ce résultat. Cela vaut également pour les entreprises pour lesquelles une procédure de concordat est engagée, compte tenu notamment du fait que les sommes dont l'État *est tenu* d'exiger la restitution font *illégalement* partie du patrimoine de l'entreprise considérée.

Il importe, enfin, de souligner que la Commission n'a pas ordonné une récupération *immédiate* des versements illégaux, mais a simplement demandé au gouvernement belge de prendre les mesures nécessaires, dans le cadre des moyens offerts par l'ordre juridique interne, pour obtenir cette restitution. A cet égard, il apparaît que l'État a satisfait à cette obligation en inscrivant les sommes en question au passif du concordat, comportement dont la Commission a déclaré qu'elle le considérait comme apte à assurer le respect de l'obligation de répétition sanctionnée par la décision litigieuse. Compte tenu de ces circonstances de fait, il n'y a pas lieu non plus de faire référence en l'espèce à la jurisprudence connue de la Cour selon laquelle seule l'*impossibilité absolue* pourrait être retenue comme justifi-

cation de l'inexécution de l'obligation de récupération [42].

Nous estimons, par conséquent, que la situation particulière dans laquelle l'entreprise se trouvait au moment de l'adoption de la décision litigieuse n'est pas de nature à faire obstacle à l'exécution de cette décision, d'autant plus que, à tout le moins sur la base de ce qui résulte de la présente procédure, l'État paraît avoir effectivement rempli les obligations qui lui incombent.

D — Violation des droits de la défense

33. Le gouvernement belge relève que, dans la décision attaquée, la Commission fait référence aux observations présentées par « trois autres États membres et quatre associations professionnelles de producteurs de tubes d'acier ». Ces documents, qui revêtent de l'importance pour la décision, n'auraient pas été produits ni commentés par les parties intéressées.

Il suffit d'observer, à cet égard, que la décision litigieuse est fondée sur un ensemble de données économiques objectives ayant trait à la situation et à l'évolution du marché considéré, dont le gouvernement belge était informé et au sujet desquelles il a exposé ses propres arguments. Nous estimons donc que les observations en question, bien qu'il soit regrettable qu'elles n'aient pas été dûment communiquées, n'ont cependant pas d'incidence sur le contenu de la décision et que le défaut de communication de celles-ci ne la rend pas susceptible d'annulation.

Nous renvoyons, à ce propos, à l'arrêt Royaume de Belgique/Commission, 234/84, précité, où la Cour a précisé en réponse à une objection analogue:

« que la décision litigieuse est suffisamment étayée par les éléments objectifs indiqués dans sa motivation, dont le gouvernement était pleinement informé et sur lesquels il a eu toute occasion utile de faire connaître son point de vue. Il s'ensuit que, même en l'absence des observations que la Commission avait reçues de tiers intéressés au cours de la procédure, la décision n'aurait pu avoir un contenu différent. Dans ces circonstances, le seul fait que la Commission a fait état dans sa décision de ces observations, sans avoir donné à l'État membre en cause l'occasion de les commenter, ne justifie pas l'annulation de cette décision » (point 30 des motifs de l'arrêt).

34. Compte tenu de l'ensemble de ces considérations, nous concluons en proposant à la Cour:

— de déclarer le recours recevable dans son ensemble;

— de le rejeter sur le fond;

— de condamner le gouvernement belge aux dépens.

42 — Voir, en dernier lieu, l'arrêt du 2 février 1989, Commission/République fédérale d'Allemagne, en particulier les points 8 et 9 des motifs de l'arrêt (précité note 24).