Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. EVGENI TANCHEV
présentées le 15 juillet 2021 [1]

Affaires jointes C-167/19 P et C-171/19 P

Commission européenne
contre
Freistaat Bayern (C-167/19 P)
Interessengemeinschaft privater Milchverarbeiter Bayerns eV,
Genossenschaftsverband Bayern eV,

Verband der Bayerischen Privaten Milchwirtschaft eV (C-171/19 P)

« Pourvoi – Aides d'État – Aide en faveur du secteur laitier bavarois – Financement des tests de qualité du lait – Décision déclarant l'aide incompatible avec le marché intérieur – Décision d'ouvrir la procédure visée à l'article 108, paragraphe 2, TFUE – Obligations de la Commission – Droits de l'État membre concerné – Droit des intéressés d'être associés à la procédure administrative – Violation des formes substantielles »

1. Par les deux présents pourvois, la Commission européenne demande l'annulation des arrêts rendus par le Tribunal de l'Union européenne dans les affaires Freistaat Bayern/Commission [2] et Interessengemeinschaft privater Milchverarbeiter Bayerns e.a./Commission [3]. Dans ces arrêts, le Tribunal a fait droit aux recours du Freistaat Bayern (État libre de Bavière, Allemagne, ci-après le « Land de Bavière ») et de l'Interessengemeinschaft privater Milchverarbeiter Bayerns e.a. (ci-après le « groupement d'intérêt »), tendant à l'annulation partielle de la décision (UE) 2015/2432 de la Commission [4].

I. Antécédents des litiges

2. Les antécédents des litiges sont décrits aux points 1 à 21 du premier arrêt attaqué ainsi qu'aux points 1 à 20 du second arrêt attaqué. Je me bornerai à rappeler les éléments suivants.

[1] Langue originale : l'anglais.

[2] Arrêt du 12 décembre 2018, Freistaat Bayern/Commission (T-683/15, ci-après le « premier arrêt attaqué », EU:T:2018:916).

[3] Arrêt du 12 décembre 2018, Interessengemeinschaft privater Milchverarbeiter Bayerns e.a./Commission (T-722/15 à T-724/15, non publié, ci-après le « second arrêt attaqué », EU:T:2018:920).

[4] Décision du 18 septembre 2015 sur l'aide d'État SA.35484 (2013/C) [ex SA.35484 (2012/NN)] octroyée par l'Allemagne pour les tests de qualité du lait dans le cadre de la loi sur le lait et les matières grasses (JO 2015, L 334, p. 23, ci-après la « décision litigieuse »).

3. En Allemagne, la qualité du lait est traditionnellement assurée par des tests de qualité indépendants. Ces tests de qualité du lait sont financés, en Bavière (Allemagne), d'une part, par des ressources tirées du prélèvement sur le lait imposé aux acquéreurs de lait et, d'autre part, au moyen du budget général du Land de Bavière, l'une des parties défenderesses aux pourvois.

4. Par lettre du 17 juillet 2013, la Commission a communiqué à la République fédérale d'Allemagne sa décision d'ouvrir la procédure visée à l'article 108, paragraphe 2, TFUE (ci-après la « décision d'ouverture »). Cette décision porte sur diverses mesures mises en œuvre dans plusieurs Länder allemands au titre du Gesetz über den Verkehr mit Milch, Milcherzeugnissen und Fetten (loi fédérale allemande sur le lait et les matières grasses) de 1952 [5] afin de soutenir le secteur laitier, y compris les aides visées dans la décision litigieuse. En ce qui concerne cette aide, la Commission, d'une part, a cité, au point 2.5 de la décision d'ouverture, consacré au financement des mesures examinées, l'article 22 de la MFG qui porte sur le prélèvement sur le lait. D'autre part, au considérant 264 de cette décision, la Commission a indiqué que les mesures examinées étaient financées au moyen d'un prélèvement parafiscal, en renvoyant à cette même disposition de la MFG.

5. La Commission a constaté la compatibilité de l'aide litigieuse avec le marché intérieur pour la période allant du 28 novembre 2001 au 31 décembre 2006, tout en émettant des doutes quant à sa compatibilité avec le marché intérieur à compter du 1er janvier 2007.

6. Par lettre du 20 septembre 2013, la République fédérale d'Allemagne a formulé ses observations sur la décision d'ouverture. La Commission a reçu sept communications d'observations de la part de parties intéressées faisant référence aux mesures concernant les tests de qualité du lait visées par la décision litigieuse. Les observations reçues ont été transmises à la République fédérale d'Allemagne, laquelle a ensuite pris position sur des observations supplémentaires présentées le 8 juillet 2014.

7. Le 18 septembre 2015, la Commission a adopté la décision litigieuse. Cette décision concerne exclusivement le financement des tests de qualité du lait effectués à partir du 1er janvier 2007 dans le Bade-Wurtemberg (Allemagne) et en Bavière.

8. En premier lieu, la Commission a vérifié si les ressources tirées du prélèvement sur le lait constituaient des aides d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. De plus, la MFG définissait, à son article 22, paragraphe 2, points 1 à 6, à quelles fins les ressources tirées du prélèvement sur le lait pouvaient être utilisées. Par conséquent, la Commission a considéré que les recettes tirées du prélèvement sur le lait devaient être considérées comme étant placées sous contrôle public et que les mesures financées par les ressources tirées du prélèvement sur le lait étaient mises à exécution au moyen de ressources d'État et étaient imputables à l'État.

9. En deuxième lieu, la Commission a constaté que les laiteries de Bavière ont bénéficié d'un avantage sélectif à travers le remboursement, au moyen des ressources tirées du prélèvement et du budget général du Land de Bavière, des coûts pour les tests de qualité du lait qui leur incombaient. La Commission a estimé que ces tests de qualité du lait bénéficiaient, en fin de compte, aux laiteries, puisque ces dernières étaient tenues par la loi de procéder à l'analyse du lait qui leur était livré. Les laiteries constituaient des entreprises au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE et les coûts liés au paiement versé à un organisme d'analyse aux fins des tests de la qualité du lait devaient être considérés comme étant des frais d'exploitation classiques que les entreprises

[5] BGBl. 1952 I, p. 811, ci-après la « MFG ».

concernées, c'est-à-dire les laiteries, devaient normalement supporter elles-mêmes[6]. Par ailleurs, selon la Commission, tout avantage éventuel était octroyé seulement à « certaines entreprises » puisqu'il existait, outre le secteur des laiteries, de nombreux autres secteurs économiques en Allemagne qui ne profitaient pas des mesures en cause. L'éventuel avantage octroyé était par conséquent sélectif. De plus, dans des Länder autres que le Bade-Wurtemberg et la Bavière, les laiteries n'étaient pas remboursées des montants des coûts des analyses au moyen des ressources tirées du prélèvement sur le lait. Enfin, au considérant 145 de la décision litigieuse, la Commission a tenu compte du fait que la mesure était également financée au moyen du budget général du Land de Bavière. Par conséquent, selon elle, le bénéfice que les laiteries ont tiré de la prise en charge des tests sur la qualité du lait ne correspondait pas nécessairement à ce qu'elles avaient versé au titre du prélèvement sur le lait. La Commission a transposé ce constat au financement au moyen du budget général du Land de Bavière.

10. En troisième lieu, en ce qui concerne la présence d'une aide existante, la Commission a estimé que, à part la MFG qui n'instituait pas le régime d'aides concerné, les autorités allemandes n'ont transmis aucune information attestant l'existence d'une base juridique adoptée avant l'année 1958 et qui devait encore être appliquée, avec son contenu initial, durant la période examinée.

11. En quatrième et dernier lieu, la Commission a constaté que les aides destinées aux contrôles de routine du lait ne remplissaient pas les conditions fixées au point 109 des lignes directrices de la Communauté concernant les aides d'État dans le secteur agricole et forestier 2007-2013 (JO 2006, C 319, p. 1), lu en combinaison avec l'article 16, paragraphe 1, du règlement (CE) nº 1857/2006 de la Commission[7], auquel le point 109 renvoie.

12. Dans ces conditions, la Commission a décidé, à l'article 1er de la décision litigieuse, que l'aide accordée depuis le 1er janvier 2007 en Bavière était illégale et incompatible avec le marché intérieur. Aux articles 2 à 4 de cette décision, la Commission a ordonné la récupération de l'aide et a prescrit les modalités de celle-ci.

II. La procédure devant le Tribunal et les arrêts attaqués

13. Les 26 novembre 2015 et 4 décembre 2015 respectivement, le Land de Bavière et le groupement d'intérêt ont introduit des recours tendant à l'annulation partielle de la décision litigieuse.

14. En particulier, le premier moyen du Land de Bavière et du groupement d'intérêt était tiré d'une violation de l'article 108, paragraphe 2, TFUE, ainsi que de l'article 6, paragraphe 1, et de l'article 20, paragraphe 1, du règlement (CE) nº 659/1999 du Conseil[8].

15. Le deuxième moyen du groupement d'intérêt était tiré d'une violation de l'article 107, paragraphe 1, TFUE en ce que les recettes provenant du prélèvement sur le lait ont été qualifiées de « ressources d'État ».

6 Voir, dans une affaire analogue concernant des tests de dépistage des encéphalopathies spongiformes transmissibles chez les bovins, arrêt du 30 juin 2016, Belgique/Commission (C-270/15 P, EU:C:2016:489).

7 Règlement du 15 décembre 2006 concernant l'application des articles [107 et 108 TFUE] aux aides d'État accordées aux petites et moyennes entreprises actives dans la production de produits agricoles et modifiant le règlement (CE) nº 70/2001 (JO 2006, L 358, p. 3).

8 Règlement du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE (JO 1999, L 83, p. 1, également dénommé le « règlement de procédure »).

16. Dans les arrêts attaqués, le Tribunal, au sujet du premier moyen des parties requérantes, a relevé premièrement que, en application de l'article 6, paragraphe 1, du règlement nº 659/1999, la décision d'ouverture récapitule les éléments pertinents de fait et de droit, inclut une évaluation préliminaire de la Commission et expose les raisons qui incitent cette dernière à douter de la compatibilité de la mesure avec le marché intérieur, sans vider de son sens le droit des intéressés de présenter leurs observations.

17. Deuxièmement, le Tribunal a examiné la décision litigieuse à la lumière de la décision d'ouverture afin de déterminer si le financement par les ressources du budget général du Land de Bavière était déjà visé par cette dernière. Il a constaté que le financement des tests de qualité du lait avec des ressources budgétaires du Land de Bavière n'était pas mentionné dans la décision d'ouverture. Il a relevé, dans le second arrêt attaqué, que la Commission n'avait pas allégué que ce financement avait été explicitement mentionné dans la décision d'ouverture. Partant, le Tribunal a considéré que les intéressés pouvaient légitimement présumer que l'examen de la Commission dans la décision d'ouverture portait exclusivement sur les ressources provenant du prélèvement sur le lait.

18. Troisièmement, le Tribunal a constaté que les termes « ressources d'État » sont employés à l'article 107, paragraphe 1, TFUE dans un sens très large, puisque celui-ci prévoit l'incompatibilité avec le marché intérieur des aides accordées au moyen de ces ressources « sous quelque forme que ce soit ». Par conséquent, ces ressources peuvent revêtir des formes diverses et, partant, la Commission est tenue de les identifier et de les analyser avec soin. Le Tribunal a également observé que les ressources étatiques sont un des éléments constitutifs de la qualification d'« aide ». À cet égard, l'expression « soutien financier » employée par la Commission dans la décision d'ouverture, à supposer même qu'elle puisse être interprétée comme visant les deux sources de financement, doit être considérée comme étant insuffisamment précise. Le Tribunal a concédé que la décision finale peut, certes, présenter certaines divergences avec la décision d'ouverture. Toutefois, une telle divergence n'est pas justifiée en l'espèce. Comme le reconnaît la Commission, celle-ci a été informée par l'État membre du financement au moyen des ressources du budget général du Land de Bavière bien avant l'adoption de la décision d'ouverture. En outre, le Tribunal a noté que, dans la décision litigieuse, la Commission a explicitement précisé que l'aide avait été financée au moyen des ressources du budget général du Land de Bavière et a ainsi reconnu que cette forme de financement n'était pas un élément dénué de pertinence dans son analyse. Il en a conclu que la décision litigieuse avait été prise sans que les parties intéressées aient été mises en mesure de prendre position sur le financement provenant des ressources du budget général du Land de Bavière.

19. Par conséquent, le Tribunal a jugé que la décision litigieuse avait été adoptée en violation du droit des requérants d'être associés à la procédure administrative et, partant, de l'article 108, paragraphe 2, TFUE et de l'article 6, paragraphe 1, du règlement nº 659/1999. Il a également considéré que l'obligation à la charge de la Commission de mettre les intéressés, au stade de la décision d'ouverture, en mesure de présenter leurs observations revêtait le caractère d'une formalité substantielle, dont la violation entraînait des conséquences, telles que l'annulation de l'acte vicié, indépendamment de la question de savoir si cette violation avait causé un préjudice à celui qui l'invoquait ou si la procédure administrative aurait pu aboutir à un résultat différent. Pour ces motifs, il a accueilli le premier moyen.

20. À titre surabondant, le Tribunal a ajouté qu'il ne saurait être exclu que, en l'absence de l'irrégularité constatée, c'est-à-dire si le requérant avait eu effectivement la possibilité dans le cadre de la procédure formelle d'examen de présenter ses observations sur le financement au

moyen de son budget général, la procédure aurait pu aboutir à un résultat différent. À cet égard, le Tribunal a notamment relevé que la décision litigieuse ne présentait pas d'analyse distincte au regard de chacun des deux modes de financement. Il a observé que dans la décision litigieuse, la Commission avait soit mené une analyse sans référence au mode de financement concerné, soit transposé son raisonnement sur le financement au moyen du prélèvement sur le lait à celui sur le financement au moyen du budget général du Land de Bavière. Dès lors, il n'était pas exclu que les arguments relatifs au financement au moyen du budget général du Land de Bavière, s'ils avaient été présentés au cours de la procédure formelle d'examen, auraient pu conduire à un résultat différent.

21. Sans se prononcer sur les autres moyens invoqués par les requérants, le Tribunal a annulé les articles 1er à 4 de la décision litigieuse dans la mesure où il y est décidé que l'octroi par la République fédérale d'Allemagne d'une aide d'État est incompatible avec le marché intérieur en ce qui concerne les tests de qualité du lait effectués en Bavière et ordonné de procéder à la récupération de cette aide.

III. Analyse

22. La Commission invoque quatre moyens à l'appui de son pourvoi.

A. Sur le premier moyen, tiré d'une erreur de droit commise dans l'interprétation et l'application de l'article 108, paragraphe 2, TFUE et de l'article 6, paragraphe 1, du règlement nº 659/1999

1. Sur la recevabilité

23. Le Land de Bavière et le groupement d'intérêt font valoir, en substance, que le premier moyen soulevé par la Commission à l'appui de chacun de ses pourvois est irrecevable, car il vise à contester l'appréciation des faits opérée par le Tribunal, sans invoquer une quelconque dénaturation des faits ou des éléments de preuve.

24. En premier lieu, le Land de Bavière soutient que la Commission reproche au Tribunal non pas d'avoir violé l'article 6, paragraphe 1, du règlement nº 659/1999, mais plutôt d'avoir mal interprété la décision d'ouverture.

25. En deuxième lieu, le Land de Bavière affirme que, contrairement à ce que prétend la Commission, le Tribunal n'a pas déclaré, aux points 60, 61 et 65 du premier arrêt attaqué, que la Commission avait l'obligation positive de décrire le mode de financement précis de la mesure. Il a simplement jugé qu'il ne suffisait pas que la Commission n'ait pas exclu un mode de financement dans la décision d'ouverture pour considérer que ce mode de financement est implicitement inclus dans ladite décision.

26. En troisième lieu, le Land de Bavière et le groupement d'intérêt considèrent que ce moyen est irrecevable, en ce qu'il se borne à réitérer les moyens et arguments présentés devant le Tribunal.

27. Toutefois, comme je l'expliquerai dans les points suivants, ces arguments ne sauraient être accueillis, le premier moyen étant recevable.

28. Contrairement à ce que soutiennent le Land de Bavière et le groupement d'intérêt, par son premier moyen, la Commission ne demande pas à la Cour une nouvelle appréciation des faits.

29. Il suffit de relever que, dans le cadre du présent moyen, la Cour est invitée à interpréter l'article 6, paragraphe 1, du règlement nº 659/1999 à la lumière de l'article 108, paragraphe 2, TFUE afin de déterminer le degré de précision requis dans une décision d'ouverture, compte tenu de l'obligation qui est faite à la Commission de « récapituler les éléments pertinents de fait et de droit ». En tout état de cause, si, dans ce contexte, la Cour était appelée à examiner l'interprétation de la décision litigieuse par le Tribunal, alors il résulterait de l'arrêt du 11 mars 2020, Commission/Gmina Miasto Gdynia et Port Lotniczy Gdynia Kosakowo (C-56/18 P, ci-après l'« arrêt Gdynia », EU:C:2020:192, point 121), que cette interprétation constitue une question de droit recevable au stade du pourvoi.

30. En outre, ce moyen ne saurait être considéré comme étant irrecevable au motif qu'il se contenterait de réitérer des arguments déjà présentés devant le Tribunal.

31. Il ressort de la jurisprudence que, « dès lors qu'une partie conteste l'interprétation ou l'application du droit de l'Union, faite par le Tribunal, les points de droit examinés en première instance peuvent à nouveau être discutés au cours d'un pourvoi. En effet, si une partie ne pouvait fonder de la sorte son pourvoi sur des moyens et arguments déjà utilisés devant le Tribunal, la procédure de pourvoi serait privée d'une partie de son sens » [9].

2. Sur le fond

a) Exposé sommaire de l'argumentation des parties

32. La Commission soutient que, aux points 60 à 67 du premier arrêt attaqué ainsi qu'aux points 56 à 64 du second arrêt attaqué, le Tribunal a commis une erreur de droit dans l'interprétation et l'application de l'article 108, paragraphe 2, TFUE et de l'article 6, paragraphe 1, du règlement nº 659/1999, ainsi que de la jurisprudence de l'Union qui se rapporte à ces dispositions, lorsqu'il a défini les exigences qui s'attachent au contenu d'une décision d'ouverture. La Commission fait valoir que la source de financement d'une aide ne doit être précisée dans la décision d'ouverture qu'à titre exceptionnel et dans des circonstances particulières.

33. La Commission observe que, dans une décision d'ouverture, elle doit exposer les éléments pertinents de fait et de droit relatifs à la mesure susceptible de constituer une aide d'État et soumettre ces éléments à une évaluation provisoire [10]. En l'espèce, le Tribunal a considéré à juste titre que le paiement versé à un organisme d'analyse aux fins des tests de qualité du lait constituait une mesure d'aide unique. Cette mesure a été financée au moyen de ressources provenant du budget général du Land de Bavière, lesquelles ont été transférées au Milchprüfring Bayern (organisme de contrôle du lait du Land de Bavière) par une décision prévoyant un versement annuel unique de ces fonds. Ladite mesure a été détaillée aux considérants 3, 5 et 15 à 20 de la décision d'ouverture.

[9] Arrêt du 21 septembre 2010, Suède e.a./API et Commission (C-514/07 P, C-528/07 P et C-532/07 P, EU:C:2010:541, point 116).

[10] Arrêt du 21 juillet 2011, Alcoa Trasformazioni/Commission (C-194/09 P, EU:C:2011:497).

34. Dans la décision d'ouverture, la Commission a fourni une description du poste budgétaire correspondant à la mesure en cause dans la partie « dépenses » du budget du Land de Bavière. Or, le Tribunal lui reproche de ne pas avoir présenté la partie « recettes » de ce poste budgétaire, c'est-à-dire les sources de financement de l'aide. La Commission estime que, ce faisant, le Tribunal a imposé une exigence procédurale nouvelle qui ne repose sur aucun fondement juridique.

35. Selon la Commission, il ressort, notamment, de l'arrêt du 21 octobre 2003, van Calster e.a. (C-261/01 et C-262/01, EU:C:2003:571), que ce n'est que dans des cas exceptionnels, lorsqu'il existe un lien indissoluble entre la recette et la dépense, ainsi que des indices laissant supposer que le mode de perception de la recette serait contraire à une autre disposition du droit de l'Union, que la modification du régime d'aides par l'État membre doit également porter sur le mode de financement de la mesure. Il ressort de cette jurisprudence que, dans la décision d'ouverture, la Commission n'est pas tenue de préciser la source du financement de la mesure d'aide, sauf dans des cas exceptionnels.

36. En l'espèce, le financement est mixte et seule la partie du financement assurée grâce au prélèvement sur le lait posait un problème. Dès lors, la Commission estime qu'elle n'était pas tenue d'indiquer expressément l'autre mode de financement de la mesure, autrement dit celui provenant des ressources du budget général du Land de Bavière.

37. La Commission ajoute que, en vertu de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, l'existence d'une aide est uniquement déterminée par le fait que la mesure d'aide est financée au moyen de ressources d'État. Dès lors, l'origine précise de ces ressources d'État est dénuée de pertinence en ce qui concerne la question de l'existence d'une aide.

38. La Commission établit également une distinction entre la mesure d'aide (c'est-à-dire le transfert d'une somme déterminée aux bénéficiaires de l'aide), d'une part, et le financement de cette mesure (c'est-à-dire les différentes sources de financement : le prélèvement sur le lait et les recettes fiscales du Land de Bavière), d'autre part. Par ailleurs, la Commission relève que les parties défenderesses n'ont pas contesté les faits tels qu'ils ont été établis par la Commission et que le Tribunal n'a pas constaté d'erreur à cet égard. Partant, la Commission estime avoir défini la mesure d'aide de la même manière dans la décision d'ouverture et dans la décision litigieuse. Il ressortait clairement du budget général décrit dans ces décisions que cette mesure d'aide unique englobait deux sources de financement. La Commission renvoie à l'arrêt du 13 juin 2019, Copebi (C-505/18, ci-après l'« arrêt Copebi », EU:C:2019:500), dans lequel la Cour aurait confirmé l'analyse de la Commission selon laquelle il n'est pas obligatoire que les sources de financement de la mesure d'aide soient indiquées dans les moindres détails dans la décision d'ouverture. Une description de la mesure d'aide suffit.

39. Le Land de Bavière et le groupement d'intérêt font valoir, en substance, que le premier moyen de pourvoi n'est pas fondé. Premièrement, ils soutiennent que la Commission fonde son argumentation sur une citation inexacte du contenu des arrêts attaqués. Deuxièmement, ils affirment que la décision d'ouverture de la Commission doit toujours définir suffisamment le cadre de l'examen de la Commission et, par conséquent, indiquer clairement l'intégralité des différents modes de financement pris en considération par la Commission. Troisièmement, le Land de Bavière et le groupement d'intérêt contestent l'affirmation de la Commission selon laquelle le Tribunal a jugé que « le paiement d'analyses de la qualité du lait » « constitue [...] une seule et unique mesure d'aide ». Enfin, ils ajoutent que dès lors que la décision d'ouverture fait explicitement référence à un mode de financement précis, la Commission est liée par cette référence et ne saurait étendre a posteriori son appréciation à d'autres sources de financement.

b) Analyse

40. À titre liminaire, je tiens à observer que je ne saisis pas clairement les raisons pour lesquelles la Commission a omis de mentionner dans la décision d'ouverture que la mesure d'aide était financée au moyen de ressources budgétaires (étant donné qu'elle a bel et bien fait référence au financement de cette mesure, mais uniquement à l'une des deux méthodes utilisées, à savoir celle du prélèvement sur le lait) ; il semblerait que l'explication la plus probable soit celle d'une omission involontaire.

41. Ainsi que le Tribunal l'a jugé à bon droit au point 60 du premier arrêt attaqué, la Commission ne saurait se contenter d'affirmer qu'il suffit que la décision d'ouverture *n'ait pas exclu le financement au moyen de ressources provenant du budget général du Land de Bavière*. En effet, l'article 6, paragraphe 1, du règlement n° 659/1999 établit à l'égard de la Commission l'obligation positive de récapituler les éléments pertinents de fait et de droit, en application de laquelle elle ne peut pas se fonder sur un tel argument qui viderait cette obligation de sa substance.

42. En vertu de l'article 108, paragraphe 2, TFUE, la Commission a le devoir de mettre en demeure les intéressés de présenter leurs observations lors de la phase d'examen formel.

43. Ainsi que le Tribunal l'a déjà établi dans sa jurisprudence, la procédure formelle d'examen permet d'approfondir et d'éclaircir les questions soulevées dans la décision d'ouverture [11].

44. La décision d'ouverture a pour objet de définir le cadre de l'examen de la Commission [12].

45. Pour cette raison, je tiens à souligner que la décision d'ouverture doit permettre aux parties intéressées de faire connaître utilement et efficacement leur point de vue au cours de la procédure formelle d'examen.

46. La première phrase de l'article 6, paragraphe 1, du règlement n° 659/1999 énonce clairement que « [l]a décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen récapitule les éléments pertinents de fait et de droit, inclut une évaluation préliminaire, par la Commission, de la mesure proposée visant à déterminer si elle présente le caractère d'une aide, et expose les raisons qui incitent à douter de sa compatibilité avec le marché commun ».

47. À mon sens, le mode de financement d'une mesure d'aide constitue incontestablement un élément de fait pertinent aux fins de déterminer l'existence d'une mesure d'aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

48. En effet, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence [13], « la qualification d'"aides d'État" au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, suppose la réunion de quatre conditions, à savoir [i)] qu'il existe une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État, [ii)] que cette intervention soit susceptible d'affecter les échanges entre les États membres, [iii)] qu'elle accorde un avantage sélectif à son bénéficiaire et [iv)] qu'elle fausse ou menace de fausser la concurrence ».

[11] Arrêt du 4 mars 2009, Italie/Commission (T-424/05, non publié, EU:T:2009:49, point 69), cité au point 47 du premier arrêt attaqué.

[12] Voir arrêt du 15 décembre 2009, EDF/Commission (T-156/04, EU:T:2009:505, point 108).

[13] Arrêt du 19 décembre 2013, Association Vent De Colère ! e.a. (C-262/12, EU:C:2013:851, point 15 et jurisprudence citée).

49. En ce qui concerne la première condition, qui est en cause en l'espèce, cette même jurisprudence précise que, « [p]our que des avantages puissent être qualifiés d'"aides" au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, ils doivent, d'une part, être accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État et, d'autre part, être imputables à l'État » [14].

50. Dès lors, la distinction que la Commission cherche à établir entre le financement d'une mesure et le versement de l'aide au bénéficiaire est ténue.

51. En outre, ainsi que l'ont souligné le Land de Bavière et le groupement d'intérêt, le mode de financement de la mesure est également susceptible de jouer un rôle en l'espèce dans la qualification de la mesure en tant qu'« avantage sélectif », au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, ainsi que dans l'appréciation de la notion d'« aide existante ».

52. Dans l'arrêt du 21 octobre 2003, van Calster e.a. (C-261/01 et C-262/01, EU:C:2003:571, point 49), la Cour a dit pour droit que « le mode de financement d'une aide peut rendre l'ensemble du régime d'aide qu'il entend financer incompatible avec le marché commun. Dès lors, l'examen d'une aide ne saurait être séparé des effets de son mode de financement [...] Tout au contraire, l'examen d'une mesure d'aide par la Commission doit nécessairement aussi prendre en considération le mode de financement de l'aide dans le cas où ce dernier fait partie intégrante de la mesure ».

53. Certes, « le contrôle de légalité d'une décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen exercé par le juge de l'Union, lorsque la partie requérante conteste l'appréciation de la Commission quant à la qualification de la mesure litigieuse d'"aide d'État", est limité à la vérification du point de savoir si la Commission n'a pas commis d'erreurs manifestes d'appréciation » [15].

54. Toutefois, les éléments pertinents de fait et de droit dont l'article 6, paragraphe 1, du règlement nº 659/1999 exige qu'ils soient récapitulés dans toute décision d'ouverture de la Commission doivent être établis sur le fondement de critères objectifs.

55. Or, tel ne serait pas le cas si la Cour admettait que des éléments pertinents de fait et de droit pouvaient ne pas être mentionnés dans cette décision pour la simple raison que la Commission, en sa qualité d'auteur de l'acte, a considéré qu'ils allaient de soi.

56. Dès lors, si, comme le soutient la Commission, il peut apparaître que le financement au moyen du budget général d'un État membre constitue une ressource d'État, cela ne justifie pas pour autant l'omission de cet élément par la Commission dans la décision d'ouverture, dans la mesure où il est constitutif de la mesure d'aide d'État.

57. Un tel élément constitue manifestement un « élément pertinent de fait et de droit » au sens de l'article 6, paragraphe 1, du règlement nº 659/1999.

58. En effet, une telle solution découle également du principe du caractère déterminable (ou du « principe de précision », « Bestimmtheitsgrundsatz » en langue allemande, qui est l'une des expressions du principe de sécurité juridique) des actes contraignants des autorités publiques, lequel impose que le contenu d'un acte présente un certain degré de clarté et de précision. L'article 2 TUE, qui déclare que l'Union européenne est fondée, entre autres, sur l'État de droit, peut en effet être considéré comme étant la base formelle de ce principe dans le traité. Ainsi que

[14] Arrêt du 19 décembre 2013, Association Vent De Colère ! e.a. (C-262/12, EU:C:2013:851, point 16 et jurisprudence citée).

[15] Arrêt du 21 décembre 2016, Commission/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, point 78 et jurisprudence citée).

la Cour l'a rappelé à de nombreuses reprises, le principe de sécurité juridique constitue un principe fondamental du droit de l'Union qui exige qu'une réglementation soit claire et précise, afin que les justiciables puissent connaître sans ambiguïté leurs droits et obligations et prendre leurs dispositions en conséquence [16].

59. Partant, contrairement à ce qu'affirme la Commission au point 52 de son pourvoi dans l'affaire C-167/19 P, cette institution ne saurait se borner à exposer des circonstances ou des « éléments de fait ou de droit » pertinents qui ne sont pas, à ses yeux, « évidents ».

60. L'article 6, paragraphe 1, du règlement nº 659/1999 prend pour fondement la pertinence des éléments de fait et de droit aux fins de l'examen formel : ce qui importe, ce n'est pas l'« évidence » présumée et subjective de ces éléments, mais plutôt leur pertinence aux fins de la décision. En l'espèce, les éléments en question portent sur le financement de la mesure au moyen de ressources d'État, qui constitue l'une des conditions de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. Dès lors, ce financement doit être considéré comme étant pertinent pour la décision finale.

61. En outre, à mon sens, la Commission ne saurait invoquer le caractère provisoire de la décision d'ouverture pour justifier l'omission d'un tel élément pertinent. Je partage l'avis du groupement d'intérêt selon lequel les parties intéressées doivent avoir la possibilité de présenter leurs observations sur des éléments de fait et de droit nécessaires à l'appréciation de la mesure d'aide.

62. Contrairement à ce que soutient la Commission, il ressort, me semble-t-il, de l'arrêt du 21 juillet 2011, Alcoa Trasformazioni/Commission (C-194/09 P, EU:C:2011:497, point 103), que la Commission doit « suffisamment motiv[er] [la décision d'ouverture] en exposant clairement les motifs pour lesquels elle avait conclu, à titre provisoire, que la mesure en cause constituait une aide et qu'elle avait un doute sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun ».

63. Ensuite, je considère que c'est également à tort que la Commission affirme que sa position est étayée par les arrêts du 30 mai 2013, Doux Élevage et Coopérative agricole UKL-ARREE (C-677/11, EU:C:2013:348), et du 21 octobre 2003, van Calster e.a. (C-261/01 et C-262/01, EU:C:2003:571).

64. Ces arrêts ne sont pas directement pertinents dans le présent contexte. Premièrement, comme l'ont souligné le Land de Bavière et le groupement d'intérêt, le premier arrêt porte sur une question de fond : la portée de la notion de « ressources d'État ».

65. Deuxièmement, l'arrêt du 21 octobre 2003, van Calster e.a. (C-261/01 et C-262/01, EU:C:2003:571), ne permet pas de conclure que la source de financement de l'aide doit être précisée dans la décision d'ouverture uniquement dans des cas exceptionnels et dans des circonstances particulières. Cet arrêt ne porte pas sur le contenu de la décision d'ouverture, mais sur la portée de l'obligation de notification qui incombe aux États membres. En premier lieu, le parallèle établi par la Commission est erroné, dans la mesure où la notification d'une mesure d'aide et la décision d'ouverture interviennent à des phases différentes de la procédure, ont des fonctions distinctes et ne sont pas soumises aux mêmes critères juridiques. En second lieu, en tout état de cause, ledit arrêt se contente d'indiquer que, dans certains cas, le mode de financement de l'aide doit être mentionné dans la notification de la mesure. Quoi qu'il en soit, en

[16] Voir arrêts du 9 juillet 1981, Gondrand et Garancini (169/80, EU:C:1981:171, point 17) ; du 13 février 1996, Van Es Douane Agenten (C-143/93, EU:C:1996:45, point 27), et du 14 avril 2005, Belgique/Commission (C-110/03, EU:C:2005:223, point 30).

l'espèce, ce n'est pas le simple manque d'information sur un mode de financement dans la décision d'ouverture qui est en cause, mais l'omission totale de l'un des deux modes de financement dans cette décision.

66. Je considère que les arguments de la Commission tirés de sa propre interprétation de l'arrêt Copebi ne lui sont d'aucun secours.

67. En effet, contrairement à ce que prétend la Commission, de toute évidence, les questions de droit pertinentes en l'espèce ne sont pas tranchées par l'arrêt Copebi. La situation à l'origine de cet arrêt était totalement différente, ne serait-ce qu'au regard des faits. Dans l'arrêt Copebi, ce n'était pas le contenu de la décision d'ouverture, mais la décision finale et, plus particulièrement, le cercle des destinataires de cette dernière qui étaient en cause.

68. Ainsi que le relève le groupement d'intérêt, dans l'affaire Copebi (C-505/18), l'introduction de la procédure d'aide a été communiquée par la Commission dans le respect de toutes les exigences formelles requises, de sorte que le droit des parties intéressées de participer à la procédure n'a pas été violé [17]. Il ressort des différentes constatations de l'arrêt Copebi que les deux sources de financement, l'Office national interprofessionnel des fruits, des légumes et de l'horticulture (Oniflhor, France) et la mesure concernée, avaient été identifiées et que Copebi SCA, en tant que producteur de fruits et légumes, était au nombre des parties potentiellement concernées par un recouvrement. Le comité agricole CEBI [18], non cité, se contentait de verser les ressources garanties par l'autorité gouvernementale, agissant ainsi, en fin de compte, en tant que simple organisme payeur. Il ne constituait aucunement une source de financement ou un « élément pertinent » aux fins de la qualification de la mesure en cause en tant qu'« aide d'État ».

69. Je tiens à souligner que mon approche du premier moyen est également étayée par de nombreux arrêts, même s'il faut rappeler que, jusqu'à présent, seul le Tribunal a eu l'occasion d'aborder cette question.

70. Il ressort de l'arrêt Diputación Foral de Álava e.a./Commission [19] que, dans la décision d'ouverture, la Commission doit indiquer clairement les éléments de la mesure en cause qu'elle conteste.

71. Le Tribunal a déjà établi que la décision d'ouverture devait être suffisamment précise pour permettre aux parties intéressées de déterminer si elles souhaitent présenter des observations [20].

72. Il a également déclaré qu'« il est nécessaire que la Commission définisse suffisamment le cadre de son examen afin de ne pas vider de son sens le droit des intéressés de présenter leurs observations » [21].

17 Voir arrêt Copebi, points 34 et 35.

18 Comité économique bigarreau industrie.

19 Arrêt du 6 mars 2002 (T-127/99, T-129/99 et T-148/99, EU:T:2002:59, point 136) (pourvoi rejeté par la Cour).

20 Arrêt du 11 mai 2005, Saxonia Edelmetalle et ZEMAG/Commission (T-111/01 et T-133/01, EU:T:2005:166, point 50) (n'ayant pas fait l'objet d'un pourvoi). Voir Hancher, L., Ottervanger, T., et Slot, P. J., *EU State Aids*, 4e éd., Sweet & Maxwell, 2012, p. 968.

21 Arrêt du 1er juillet 2009, ISD Polska e.a./Commission (T-273/06 et T-297/06, EU:T:2009:233, point 126).

73. De même, le Tribunal a dit pour droit qu'« il est nécessaire que la Commission définisse suffisamment le cadre de son examen afin de permettre à l'État membre à l'encontre duquel est ouverte la procédure de se prononcer *sur l'ensemble des éléments de droit et de fait constituant les motifs de la décision finale par laquelle la Commission statue sur la compatibilité de la mesure en cause avec le marché commun* »[22].

74. Dans l'arrêt du 22 février 2006, Le Levant 001 e.a./Commission (T-34/02, EU:T:2006:59, points 77 à 83), le Tribunal a conclu que la Commission avait violé l'article 108, paragraphe 2, TFUE et l'article 6, paragraphe 1, du règlement n° 659/1999 en ne mettant pas les investisseurs privés en demeure de présenter leurs observations. Il a considéré que l'identification du bénéficiaire de l'aide constituait nécessairement un « élément pertinent de fait et de droit » au sens de l'article 6, paragraphe 1, première phrase, de ce règlement. Partant, un tel élément doit, en vertu de cette disposition, être exposé dans la décision d'ouverture si cela est possible à ce stade de la procédure, puisque c'est sur le fondement d'une telle identification que la Commission pourra adopter la décision de récupération. À défaut d'indication sur sa qualité de bénéficiaire de l'aide litigieuse, que ce soit dans la décision d'ouverture ou à un stade ultérieur de la procédure formelle d'examen préalable à l'adoption de la décision finale constatant l'incompatibilité de l'aide avec le marché commun, ce type de partie intéressée ne peut pas être considéré comme ayant été mis en demeure de présenter ses observations de manière pertinente, puisqu'il peut légitimement penser que de telles observations ne sont pas nécessaires, étant donné qu'il n'est pas désigné comme bénéficiaire de l'aide à récupérer.

75. Ainsi, par exemple, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Grèce e.a./Commission[23], relative à une aide accordée à Olympic Airways qui avait été transférée à son successeur au moyen de la sous-location d'un avion pour un montant prétendument inférieur à celui payé au titre du contrat de bail principal, la décision de la Commission a été annulée au motif que la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen ne contenait pas d'évaluation préliminaire des loyers versés, en vue de déterminer s'ils comportaient un élément d'aide[24].

76. Dans l'arrêt du 1er juillet 2009, KG Holding e.a./Commission (T-81/07 à T-83/07, EU:T:2009:237, point 134), la décision a été partiellement annulée parce que l'objet de l'ordre de récupération n'avait pas été évoqué dans la décision d'ouverture.

77. Mon approche est également étayée par l'arrêt du Tribunal dans l'affaire Ferriere Nord/Commission[25]: « [l]e principe de protection de la confiance légitime, invoqué par la requérante, implique que la Commission tienne compte, dans la conduite de la procédure d'examen d'une aide d'État, de la confiance légitime qu'ont pu faire naître les indications contenues dans la décision d'ouverture [...] et, par suite, qu'elle ne fonde pas la décision finale sur l'absence d'éléments que les parties intéressées n'ont pu, au vu de ces indications, estimer devoir lui fournir ».

78. Il résulte des considérations précédemment exposées que le premier moyen de pourvoi doit être rejeté en ce qu'il est dénué de fondement.

[22] Mise en italique par mes soins. Arrêt du 30 novembre 2009, France et France Télécom/Commission (T-427/04 et T-17/05, EU:T:2009:474, point 137).

[23] Arrêt du 13 septembre 2010 (T-415/05, T-416/05 et T-423/05, EU:T:2010:386, point 240) (l'arrêt n'a pas fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour).

[24] Voir Quigley, C., *European State Aid Law and Policy*, 3e éd., Bloomsbury, 2015, p. 556.

[25] Arrêt du 18 novembre 2004, Ferriere Nord/Commission (T-176/01, EU:T:2004:336, point 88) (pourvoi rejeté par la Cour).

B. Sur le deuxième moyen, tiré d'un défaut de motivation résultant d'une interprétation erronée de la décision d'ouverture

1. Sur la recevabilité

79. Le Land de Bavière et le groupement d'intérêt font valoir que les deux branches du deuxième moyen sont irrecevables en ce que la Commission conteste l'appréciation des faits effectuée par le Tribunal et répète des arguments et des moyens présentés en première instance.

80. Je considère que ces arguments doivent être rejetés pour des raisons analogues à celles exposées aux points 28 à 31 des présentes conclusions.

2. Sur le fond

a) Exposé sommaire de l'argumentation des parties

81. Par un moyen invoqué à titre subsidiaire, divisé formellement en deux branches, la Commission conteste les points 53 à 58 et 62 du premier arrêt attaqué ainsi que les points 47 à 53 et 56 du second arrêt attaqué.

1) Sur la première branche du deuxième moyen

82. La Commission soutient que le Tribunal a commis une erreur de droit en interprétant la décision d'ouverture de manière sélective et en se fondant sur un petit nombre de ses considérants, alors qu'elle est tenue de les prendre en considération dans leur intégralité [26].

83. La Commission rappelle, premièrement, que la décision d'ouverture (considérant 5) mentionne les « montants d'origine budgétaire » et les « montants destinés au soutien ». Même si cette dernière expression se rapporte au financement au moyen de ressources provenant d'un budget distinct alimenté, en particulier, par le produit du prélèvement sur le lait, la Commission considère qu'il est évident qu'elle fait également référence au financement tiré du budget général. Selon elle, il résulte de la même manière du considérant 18 de la décision d'ouverture que le financement est assuré au moyen de ressources budgétaires et de ressources tirées du prélèvement sur le lait.

84. Deuxièmement, la Commission invoque quatre erreurs de droit commises par le Tribunal dans l'interprétation de la décision d'ouverture.

85. La première erreur de droit alléguée concerne le point 53 du premier arrêt attaqué et le point 48 du second arrêt attaqué. La Commission soutient que le Tribunal a omis d'examiner le premier argument soulevé par la Commission et a, ce faisant, violé son obligation de motivation et manqué à son obligation d'analyser tous les moyens de défense présentés devant lui.

86. La deuxième erreur de droit alléguée concerne les points 54 et 57 du premier arrêt attaqué ainsi que les points 49, 52 et 53 du second arrêt attaqué. La Commission fait valoir que la citation, à titre d'exemple, au considérant 17 de la décision d'ouverture, des dispositions du Land

[26] Ordonnance du 10 juillet 2001, Irish Sugar/Commission (C-497/99 P, EU:C:2001:393).

de Bade-Wurtemberg permettait au Land de Bavière de déduire que les dispositions bavaroises, parfaitement identiques – auxquelles ledit Land requérant s'était référé dans la phase d'examen préliminaire ainsi que dans sa réponse à la procédure formelle d'examen –, étaient également couvertes par la décision d'ouverture.

87. La troisième erreur de droit alléguée vise le point 55 du premier arrêt attaqué et le point 50 du second arrêt attaqué, dans lesquels le Tribunal a interprété le point 3.3.1 de la décision d'ouverture comme limitant la phase d'examen préliminaire à un seul mode de financement (le prélèvement sur le lait). La Commission rappelle que ce point de la décision d'ouverture ne contenait qu'une appréciation provisoire de la nature de l'aide en cause. Dès lors, cette analyse ne saurait conduire à une limitation de la description des éléments de fait et de droit pertinents établis au point 2 de cette décision.

88. Dans le cadre de la quatrième erreur de droit alléguée, la Commission formule les mêmes griefs à l'égard du point 56 du premier arrêt attaqué et du point 51 du second arrêt attaqué, dans lesquels le Tribunal aurait déclaré que le considérant 264 de la décision d'ouverture mentionne uniquement le mode de financement au moyen du prélèvement sur le lait.

89. Le Land de Bavière et le groupement d'intérêt soutiennent, en substance, que la Commission a tort de reprocher au Tribunal d'avoir apprécié les faits exposés dans la décision d'ouverture de manière sélective en se fondant sur certains considérants de cette décision. Ils contestent également l'argument selon lequel il peut être déduit de la référence au règlement financier du Land de Bade-Wurtemberg que le règlement du Land de Bavière est également couvert par la décision d'ouverture.

2) Sur la seconde branche du deuxième moyen

90. La Commission fait grief au Tribunal d'avoir déclaré, au point 62 du premier arrêt attaqué ainsi qu'au point 56 du second arrêt attaqué, que le contenu du dossier de la procédure administrative est sans pertinence pour l'interprétation de la décision d'ouverture. À l'inverse, la Commission soutient que, à la lecture des lettres échangées au cours de la phase d'examen préliminaire, ni le Land de Bavière ni le Tribunal ne pouvaient douter que la procédure formelle d'examen portait également sur le mode de financement au moyen de recettes fiscales générales.

91. Par ailleurs, la Commission fait valoir que, aux points 53 à 58 et 62 du premier arrêt attaqué ainsi qu'aux points 47 à 53 du second arrêt attaqué, le Tribunal a violé la jurisprudence relative à l'obligation de motivation et a omis de répondre aux arguments de la Commission.

92. Le Land de Bavière et le groupement d'intérêt répondent, en substance, que cette branche du deuxième moyen est dénuée de fondement. Contrairement à ce que prétend la Commission, le Tribunal n'a pas déclaré que le contenu du dossier de la procédure administrative était dénué de pertinence pour l'interprétation de la décision d'ouverture. Le groupement d'intérêt ajoute que la citation, à titre d'exemple, de la législation des Länder n'est pas suffisante pour informer les parties intéressées. Il insiste également sur le fait que l'appréciation effectuée par la Commission dans la décision d'ouverture porte uniquement sur les mesures prises dans le cadre de la MFG.

b) Analyse

93. J'estime que les deux branches de ce moyen doivent être examinées conjointement.

94. Ainsi que le Tribunal l'a constaté au point 57 du premier arrêt attaqué, la Commission elle-même a confirmé au cours de la procédure de première instance que le financement des tests de qualité du lait avec des ressources budgétaires du Land de Bavière n'avait pas été mentionné dans la décision d'ouverture.

95. Il ne m'apparaît pas utile d'analyser les nombreux arguments soulevés par la Commission, dans la mesure où il découle nécessairement de mon appréciation du premier moyen qu'on ne saurait tout simplement considérer qu'un élément de fait ou de droit pertinent pour la procédure d'examen, au sens de l'article 6, paragraphe 1, du règlement nº 659/1999, a été *« récapitulé » de façon implicite dans* la décision d'ouverture ou pouvait être *déduit de* celle-ci.

96. Ainsi qu'il ressort du point 41 des présentes conclusions : i) l'article 6, paragraphe 1, du règlement nº 659/1999 établit une obligation positive à la charge de la Commission, qui exclut en elle-même qu'un tel élément puisse être récapitulé implicitement ou déduit et, ii) si la Cour devait admettre qu'un tel élément peut être récapitulé implicitement ou déduit, elle viderait de son sens le droit des intéressés de présenter leurs observations dans le cadre des procédures en matière d'aides d'État.

97. À mon sens, les éléments de fait ou de droit pertinents pour la procédure d'examen doivent être indiqués expressément dans la décision d'ouverture.

98. En effet, selon une jurisprudence constante, « la motivation exigée par l'article [296 TFUE] doit être adaptée à la nature de l'acte en cause et doit *faire apparaître de façon claire et non équivoque* le raisonnement de l'institution, auteur de l'acte, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise et à la juridiction compétente d'exercer son contrôle. L'exigence de motivation doit être appréciée en fonction des circonstances de l'espèce, notamment du contenu de l'acte, de la nature des motifs invoqués et de l'intérêt que les destinataires ou d'autres personnes directement et individuellement concernées par l'acte peuvent avoir à recevoir des explications »[27].

99. Une dernière remarque s'impose : si l'on accueillait l'argumentation de la Commission dans la présente affaire, comment le Tribunal pourrait-il, dans le cadre d'un recours en annulation, se prononcer sur un éventuel défaut de motivation d'une décision s'il était admis que cette décision pouvait faire référence à certains éléments de fait ou de droit pertinents *de manière implicite* uniquement ?

100. Il s'ensuit que les deux branches du deuxième moyen doivent être rejetées en ce qu'elles sont soit dénuées de fondement, soit inopérantes. Par conséquent, le deuxième moyen doit également être rejeté.

[27] Mise en italique par mes soins. Voir arrêt du 21 juillet 2011, Alcoa Trasformazioni/Commission (C-194/09 P, EU:C:2011:497, point 96 et jurisprudence citée).

C. Sur le troisième moyen, tiré d'une erreur de droit dans l'interprétation de l'article 263, deuxième alinéa, TFUE

1. Sur la recevabilité

101. Le Land de Bavière et le groupement d'intérêt contestent la recevabilité de ce moyen, au motif qu'il ne pourrait pas, à lui seul, entraîner l'annulation des arrêts attaqués, dans la mesure où il est étroitement lié au quatrième moyen.

102. Toutefois, même si les troisième et quatrième moyens sont étroitement liés (le troisième moyen ne peut être accueilli que si le quatrième moyen l'est aussi), cette circonstance ne suffit pas, à elle seule, pour déclarer l'un ou l'autre de ces moyens irrecevable. À mon sens, le troisième moyen n'est pas inopérant, car il ressort de la lecture des pourvois de la Commission que le quatrième moyen n'est pas présenté comme étant simplement subsidiaire par rapport au troisième moyen – en effet, les deux moyens sont placés au même niveau.

103. Le Land de Bavière et le groupement d'intérêt font également valoir que le troisième moyen est irrecevable en ce que la Commission conteste l'appréciation des faits effectuée par le Tribunal et répète des arguments et des moyens présentés devant le Tribunal.

104. Je considère que ces arguments doivent être rejetés pour des raisons analogues à celles exposées aux points 28 à 31 des présentes conclusions.

2. Sur le fond

a) Exposé sommaire de l'argumentation des parties

105. La Commission soutient en substance qu'aux points 70 et 71 du premier arrêt attaqué, ainsi qu'aux points 66 à 68 du second arrêt attaqué, le Tribunal a commis une erreur de droit en qualifiant le droit des tiers de participer à la procédure de formalité substantielle au sens de l'article 263, deuxième alinéa, TFUE.

106. Le Land de Bavière et le groupement d'intérêt répondent, en substance, que ce moyen est dénué de fondement. La violation d'une formalité substantielle entraînerait automatiquement l'annulation de la décision litigieuse. Ils considèrent également que l'arrêt du 8 mai 2008, Ferriere Nord/Commission (C-49/05 P, non publié, ci-après l'« arrêt Ferriere Nord/Commission », EU:C:2008:259), n'est d'aucune utilité en l'espèce. Quant à l'arrêt du 11 décembre 2008, Commission/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, ci-après l'« arrêt Commission/Freistaat Sachsen », EU:C:2008:709), ils font valoir que cet arrêt établit que l'obligation faite à la Commission, en vertu de l'article 108, paragraphe 2, TFUE, de mettre les intéressés en mesure de présenter leurs observations avant d'ouvrir la procédure formelle d'examen a le caractère d'une formalité substantielle.

b) Analyse

107. Dans certains de ses arrêts récents en matière de contrôle des aides d'État [28], le Tribunal suit une approche très formaliste et tend à empêcher que la Commission et ses décisions imposent des exigences trop strictes. Ces arrêts vont au-delà des exigences fixées par la jurisprudence de la Cour. En dehors des présentes affaires (pour ce qui concerne les troisième et quatrième moyens de pourvoi), je citerai l'exemple de l'affaire que j'analyserai plus en détail dans les présentes conclusions (arrêt Gdynia), dans laquelle la Cour a rejeté l'approche du Tribunal et annulé son arrêt.

108. Par ailleurs, je relèverai également que, dans mes conclusions du 3 juin 2021 dans l'affaire Commission/Tempus Energy et Tempus Energy Technology (C-57/19 P, EU:C:2021:451) (actuellement pendante), j'explique que, dans cette affaire, l'approche du Tribunal doit être rejetée et son arrêt annulé, le Tribunal ayant commis des erreurs de droit en concluant que la mesure d'aide notifiée suscitait des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché intérieur. À cet égard, j'ai considéré que le Tribunal avait eu tort de prendre en compte, en tant qu'indices principaux de l'existence de doutes, la durée et les circonstances de la phase de prénotification, ainsi que la complexité et le caractère nouveau de la mesure litigieuse, et de reprocher à la Commission de ne pas avoir enquêté de manière appropriée sur certains aspects du marché de capacité du Royaume-Uni [29].

109. Comme je l'expliquerai dans les présentes conclusions, la principale difficulté que soulèvent les arrêts attaqués est que si la Cour accueillait l'approche du Tribunal, elle brouillerait la distinction qu'elle a établie de longue date dans sa jurisprudence entre les droits de l'État membre destinataire dans les procédures en matière d'aides d'État, d'une part, et les droits (plus limités) des parties intéressées, d'autre part.

1) Les droits de la défense de l'État membre concerné par opposition au droit des parties intéressées d'être associées à la procédure

110. En effet, il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour que les droits des parties intéressées ont une portée plus restreinte que les droits de la défense de l'État membre concerné [30] et que leur violation ne peut entraîner l'annulation de la décision finale, à moins que l'État membre concerné ne soit en mesure d'établir que, en l'absence de cette irrégularité, la procédure aurait abouti à un résultat différent [31].

[28] Voir, pour un aperçu général de la jurisprudence récente en matière d'aide d'État, par exemple, Staviczky, P., « What Will the EU Courts' Recent Judgments Annulling Commission's State Aid Decisions Bring to Member States ? », *European State Aid Law Quarterly*, n° 3, 2019, p. 293. Voir également, à titre d'exemple, dans le même numéro de cette revue : Buendía, J. L., Buts, C., et Cyndecka, M., « Review of EU Case Law on State Aid – 2018 », p. 313.

[29] Il existe d'autres exemples dans lesquels l'approche et les arrêts du Tribunal annulant la décision de la Commission ont été écartés par la Cour sur pourvoi. Voir, par exemple, arrêts du 22 décembre 2008, British Aggregates/Commission (C-487/06 P, EU:C:2008:757) ; du 2 décembre 2009, Commission/Irlande e.a. (C-89/08 P, EU:C:2009:742) ; du 8 septembre 2011, Commission/Pays-Bas (C-279/08 P, EU:C:2011:551), et du 15 novembre 2011, Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni (C-106/09 P et C-107/09 P, EU:C:2011:732).

[30] Arrêt du 2 avril 1998, Commission/Sytraval et Brink's France (C-367/95 P, EU:C:1998:154).

[31] Arrêt du 14 février 1990, France/Commission (C-301/87, EU:C:1990:67).

111. À cet égard, il découle de la jurisprudence que, même si toutes les parties intéressées sont invitées à présenter des observations dans le cadre de la procédure formelle d'examen, celle-ci n'aboutit pas à un débat contradictoire avec le plaignant, voire avec le bénéficiaire de l'aide. Les observations reçues dans le cadre de la procédure formelle d'examen ne seront transmises qu'à l'État membre concerné [32].

112. En outre, seul l'État membre concerné peut invoquer avec succès la violation de ses droits de la défense dans le cadre d'un recours en annulation devant le juge de l'Union [33].

113. À cet égard, je relève que, même en ce qui concerne l'État membre concerné, la Cour est réticente à reconnaître un droit d'être entendu lors de la phase initiale de l'enquête [34].

114. En effet, la jurisprudence de l'Union a confirmé que, dans le domaine du contrôle des aides d'État, les tierces parties ne peuvent pas se prévaloir des droits suivants : le droit d'être informées que la Commission a ouvert la phase préliminaire de l'examen d'un régime d'aides [35], le droit d'être informées des faits essentiels avant l'adoption de la décision d'ouverture [36], le droit de présenter des observations au cours de la phase préliminaire [37], ou le droit d'accéder au dossier de la Commission [38]. Les tierces parties ne disposent pas non plus du droit de saisir le conseiller-auditeur pour des questions de procédure, du droit complet d'être entendues (en dehors de la possibilité de présenter des observations sur la décision d'ouverture), ni du droit de participer aux réunions entre la Commission et l'État membre concerné.

115. Ainsi que la Cour l'a rappelé aux points 80 à 82 de l'arrêt du 24 septembre 2002, Falck et Acciaierie di Bolzano/Commission (C-74/00 P et C-75/00 P, ci-après l'« arrêt Falck et Acciaierie di Bolzano/Commission », EU:C:2002:524), « dans le cadre de l'application de l'article [108, paragraphe 2, TFUE], [...] la publication d'un avis au *Journal officiel* [*de l'Union européenne*] constitue un moyen adéquat en vue de faire connaître à tous les intéressés l'ouverture d'une procédure [...] Cette communication vise à obtenir, de la part des intéressés, toutes informations destinées à éclairer la Commission dans son action future [...] Une telle procédure donne aussi aux autres États membres et aux milieux concernés la garantie de pouvoir se faire entendre [...] La procédure de contrôle des aides d'État [...] est cependant, compte tenu de son économie générale, une procédure ouverte vis-à-vis de l'État membre responsable, au regard de ses obligations [au titre du droit de l'Union], de l'octroi de l'aide. C'est ainsi que, pour respecter les droits de la défense, dans la mesure où cet État membre n'a pas été mis en mesure de commenter certaines informations, la Commission ne peut pas les retenir dans sa décision contre cet État [...] Dans la procédure de contrôle des aides d'État, les intéressés autres que l'État membre concerné n'ont que le rôle rappelé au point 80 du présent arrêt et, à cet égard, ils ne sauraient prétendre eux-mêmes à un débat contradictoire avec la Commission, tel que celui ouvert au profit dudit État membre ».

116. Dès lors, il convient d'apprécier le présent moyen à la lumière de cette jurisprudence de la Cour.

[32] Voir arrêt du 2 avril 1998, Commission/Sytraval et Brink's France (C-367/95 P, EU:C:1998:154, point 59). Voir également arrêt du 8 juillet 2004, Technische Glaswerke Ilmenau/Commission (T-198/01, EU:T:2004:222, points 193 à 198).

[33] Arrêts du 10 juillet 1986, Belgique/Commission (234/84, EU:C:1986:302, point 30), et du 15 novembre 2011, Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni (C-106/09 P et C-107/09 P, EU:C:2011:732, point 165).

[34] Arrêt du 10 mai 2005, Italie/Commission (C-400/99, EU:C:2005:275, points 29 à 35).

[35] Arrêt du 11 mars 2009, TF1/Commission (T-354/05, EU:T:2009:66).

[36] Arrêt du 11 mars 2009, TF1/Commission (T-354/05, EU:T:2009:66).

[37] Arrêt du 11 mars 2009, TF1/Commission (T-354/05, EU:T:2009:66).

[38] Arrêt du 29 juin 2010, Commission/Technische Glaswerke Ilmenau (C-139/07 P, EU:C:2010:376).

117. Comme je l'expliquerai dans les présentes conclusions, en concluant, aux points 70 et 71 du premier arrêt attaqué ainsi qu'aux points 66 à 68 du second arrêt attaqué, que le droit des tierces parties de participer à la procédure revêt le caractère d'une formalité substantielle au sens de l'article 263, deuxième alinéa, TFUE, le Tribunal a méconnu la jurisprudence susmentionnée de la Cour et a commis une erreur de droit.

118. Par ailleurs, une telle approche doit également être écartée en ce qu'elle aboutit à une situation juridique qui va totalement à l'encontre des droits de la défense de l'État membre concerné à l'égard de la Commission et qui, paradoxalement, protégerait davantage les droits des parties intéressées que ceux de cet État membre.

119. Dans l'arrêt Ferriere Nord/Commission, la Cour a transposé la jurisprudence relative aux droits de la défense au droit d'être associé à la procédure administrative. Partant, la violation de ce droit ne saurait entraîner l'annulation d'une décision finale de la Commission à moins que, en l'absence de cette irrégularité, la procédure eût pu aboutir à un résultat différent.

120. Au point 70 du premier arrêt attaqué et au point 67 du second arrêt attaqué, le Tribunal fonde son raisonnement sur le point 55 de l'arrêt Commission/Freistaat Sachsen [39]. Cependant, dans son raisonnement, il ignore le point 56 de cet arrêt, qui confirme expressément l'arrêt Ferriere Nord/Commission [40].

121. Je partage l'avis de la Commission selon lequel l'apparente contradiction entre les arrêts Ferriere Nord/Commission et Commission/Freistaat Sachsen disparaît si nous les comprenons en ce sens que seule *l'obligation d'ouvrir la procédure formelle d'examen* constitue une formalité substantielle. En d'autres termes, la Commission ne peut pas adopter une décision sur la clôture de la procédure formelle d'examen conformément à l'article 7 du règlement n° 659/1999 si elle n'a pas préalablement ouvert la procédure formelle d'examen par la voie d'une décision adoptée en application de l'article 4, paragraphe 4, et de l'article 6, paragraphe 1, de ce règlement.

122. C'est l'absence d'une décision d'ouverture qui constitue une violation d'une formalité substantielle.

123. En effet, un parallèle peut être établi ici avec le fait que, en général, les formalités substantielles sont l'expression d'une règle institutionnelle fondamentale [41]. Ce constat correspond à l'exigence imposée par la jurisprudence de la Cour que je viens d'évoquer, selon laquelle la Commission doit ouvrir la procédure formelle d'examen et adopter une décision d'ouverture, ce qui constitue à juste titre une formalité substantielle.

124. À l'inverse, l'omission éventuelle d'un élément pertinent de fait ou de droit au cours de la procédure d'ouverture – comme l'absence dans la décision d'ouverture d'une référence explicite à l'un des modes de financement de la mesure d'aide – ne correspond pas à une règle institutionnelle fondamentale et constitue, au contraire, une violation « plus légère », à savoir

[39] « [...] il résulte de l'article 88, paragraphe 2, CE ainsi que de l'article 1er, sous h), du règlement n° 659/1999 que, lorsque la Commission décide d'ouvrir la procédure formelle d'examen au sujet d'un projet d'aide, elle doit mettre les intéressés, au nombre desquels la ou les entreprises concernées, en mesure de présenter leurs observations. Cette règle a le caractère d'une formalité substantielle. »

[40] « Il en résulte que, lorsque le régime juridique sous l'empire duquel un État membre a procédé à la notification d'une aide projetée vient à changer avant que la Commission ne prenne sa décision, celle-ci doit, en vue de statuer, comme elle y est obligée, sur la base des règles nouvelles, demander aux intéressés de prendre position sur la compatibilité de cette aide avec ces dernières. Il n'en va autrement que si le nouveau régime juridique ne comporte pas de modification substantielle par rapport à celui précédemment en vigueur (voir, en ce sens, arrêt [...] Ferriere Nord/Commission [...], points 68 à 71). »

[41] Lenaerts, K., Maselis, I., et Gutman, K., *EU Procedural Law*, Oxford University Press, 2014, p. 371.

une méconnaissance du droit des tierces parties d'être associées à la procédure administrative, dans la mesure où cette omission les empêche de présenter leurs observations sur l'élément en question.

125. Une violation de cette nature ne saurait entraîner automatiquement l'annulation de la décision finale. Une telle décision peut être annulée uniquement si les parties intéressées sont en mesure d'établir que les informations qu'elles auraient pu fournir sur l'élément concerné étaient susceptibles de modifier le contenu de la décision clôturant la procédure formelle d'examen.

126. À cet égard, il convient de relever que l'arrêt du 8 septembre 2016, Goldfish e.a./Commission (T-54/14, EU:T:2016:455), cité au point 70 du premier arrêt attaqué ainsi qu'au point 67 du second arrêt attaqué, corrobore non pas l'interprétation du Tribunal, mais bien celle que je retiens de l'arrêt Commission/Freistaat Sachsen. Au point 47 de l'arrêt du 8 septembre 2016, Goldfish e.a./Commission (T-54/14, EU:T:2016:455), le Tribunal a considéré comme irrecevables « des preuves recueillies en méconnaissance *totale* de la procédure prévue pour leur établissement et visant à protéger les droits fondamentaux des intéressés » (mise en italique par mes soins).

127. La différence entre une formalité substantielle et un droit subjectif (comme en l'espèce le droit des parties intéressées de participer à la procédure administrative dans le domaine du contrôle des aides d'État) a été résumée avec une grande pertinence par l'avocat général Fennelly dans les affaires Commission/ICI [42] : « [s]i la Cour a cherché à éviter des définitions abstraites des termes "forme substantielle", il nous semble d'après la jurisprudence que cette notion est réservée aux conditions de procédure qui sont intrinsèquement liées à la formation et à l'expression de l'intention de l'autorité adoptant l'acte, et que, ainsi qu'il résulte clairement de l'article [263 TFUE], toute violation d'une telle condition justifie nécessairement l'annulation de la mesure dans son ensemble. Comme la violation concerne la mesure dans son intégralité, il n'est pas nécessaire, ni dans la plupart des cas possible, pour la partie qui l'invoque de prouver un effet négatif particulier sur ses droits subjectifs ou intérêts ; la violation est un non-respect d'une règle tellement fondamentale affectant l'adoption ou la forme de la mesure qu'elle ne peut pas être considérée comme étant l'acte valide et authentique de l'institution ».

128. Afin de souligner les raisons pour lesquelles la violation du droit des parties intéressées de participer à la procédure en matière d'aides d'État ne constitue pas une formalité substantielle, il est utile de citer un exemple d'exigence que les juridictions de l'Union qualifient de « formalité substantielle » : la consultation des États membres prévue avant l'introduction d'un droit antidumping définitif ou avant l'adoption d'une décision dans le domaine du droit de la concurrence [43]. L'absence totale d'une telle consultation entraîne automatiquement l'annulation du règlement antidumping. Une erreur matérielle ou un retard dans la consultation n'aboutit à une annulation que si ces irrégularités ont pu exercer une incidence sur l'issue de la consultation.

[42] Conclusions de l'avocat général Fennelly dans les affaires Commission/ICI (C-286/95 P et C-287/95 P, EU:C:1999:578, point 22).

[43] Cette question a déjà été examinée par le Tribunal : voir arrêts du 13 septembre 2010, Whirlpool Europe/Conseil (T-314/06, EU:T:2010:390, points 91 à 96 et jurisprudence citée) (y compris celle en matière de droit de la concurrence) ; du 17 février 2011, Zhejiang Xinshiji Foods et Hubei Xinshiji Foods/Conseil (T-122/09, non publié, EU:T:2011:46, points 100 à 112) ; du 22 mai 2014, Guangdong Kito Ceramics e.a./Conseil (T-633/11, non publié, EU:T:2014:271, point 86 et jurisprudence citée) (y compris la jurisprudence en matière de droit de la concurrence) ; du 11 septembre 2014, Gold East Paper et Gold Huasheng Paper/Conseil (T-443/11, EU:T:2014:774, points 95 à 101), et du 30 avril 2015, VTZ e.a./Conseil (T-432/12, non publié, EU:T:2015:248, points 176 à 185 et 212 à 217).

129. Par conséquent, il est permis d'établir un parallèle avec la décision d'ouverture : son absence totale entraîne automatiquement l'annulation de la décision finale, alors qu'une lacune importante dans la décision d'ouverture n'entraîne pas ce résultat, à moins qu'il ne puisse être démontré qu'elle a eu une incidence sur l'issue de la procédure d'examen de l'aide d'État.

2) La Cour a déjà rejeté, dans l'arrêt Gdynia, les tentatives du Tribunal de transformer une violation des droits des parties intéressées en une formalité substantielle

130. Dans l'arrêt Gdynia, en particulier aux points 78 à 82[44], la Cour a catégoriquement rejeté l'approche du Tribunal et a confirmé que les droits des tierces parties d'être associées à la procédure administrative au titre de l'article 108, paragraphe 2, TFUE ne constituaient pas des formes substantielles au sens de l'article 263 TFUE.

131. Dans son pourvoi, la Commission avait, en substance, fait grief au Tribunal d'avoir erronément appliqué le droit conféré aux parties intéressées par l'article 108, paragraphe 2, TFUE de présenter des observations – d'une manière contraire à l'arrêt Ferriere Nord/Commission – en qualifiant à tort ce droit, dans les circonstances de l'espèce, de « formalité substantielle », dont le non-respect entraîne automatiquement l'annulation de la décision litigieuse.

132. Il convient de souligner que la commune de Gdynia (Pologne) et la société PLGK, ainsi que la République de Pologne, ont répondu, en substance, que la Commission avait minimisé l'importance du droit des parties intéressées de présenter des observations. Elles ont affirmé que l'argument de la Commission tiré de la jurisprudence selon laquelle le rôle des parties intéressées dans une procédure formelle d'examen est uniquement de servir de source d'informations à la Commission était « [contraire] à l'état actuel du droit de l'Union, les arrêts cités par la Commission à cet égard ayant été prononcés avant l'entrée en vigueur de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». Elles ont ajouté que le droit des parties intéressées d'être mises en mesure de présenter des observations dans une situation telle que celle en cause en l'espèce devait être apprécié au regard des droits fondamentaux protégés par la charte des droits fondamentaux et, en particulier, au regard du droit à une bonne administration prévu à l'article 41 de celle-ci dont il constitue l'une des composantes et que, par conséquent, il conviendrait, désormais, de tenir compte du droit des parties intéressées d'être entendues avant l'adoption d'une décision de la Commission.

133. L'argumentation développée par la commune de Gdynia, la société PLGK et la République de Pologne suggère que le droit des tierces parties d'être associées à la procédure administrative au titre de l'article 108, paragraphe 2, TFUE constitue une formalité substantielle et c'est, en substance, la conclusion à laquelle le Tribunal a tenté d'aboutir dans l'arrêt du 17 novembre 2017, Gmina Miasto Gdynia et Port Lotniczy Gdynia Kosakowo/Commission (T-263/15, EU:T:2017:820), et à laquelle il cherche à parvenir dans les arrêts attaqués.

134. Or, j'estime que cette discussion est sans objet aux fins de la présente espèce puisque la Cour a clairement rejeté cette approche dans l'arrêt Gdynia.

[44] Voir également mes conclusions dans l'affaire Commission/Gmina Miasto Gdynia et Port Lotniczy Gdynia Kosakowo (C-56/18 P, EU:C:2019:569).

135. Premièrement, au point 70 de l'arrêt Gdynia, la Cour a rappelé que, selon la jurisprudence de la Cour, « les entreprises potentiellement bénéficiaires des aides d'État sont considérées comme étant des parties intéressées et que la Commission a le devoir, lors de la phase d'examen visée à l'article 108, paragraphe 2, TFUE, d'inviter celles-ci à présenter leurs observations ».

136. La Cour a ensuite précisé, au point 71 de cet arrêt, que « [s]i ces parties intéressées ne peuvent se prévaloir des droits de la défense, elles disposent, en revanche, du droit d'être associées à la procédure administrative suivie par la Commission dans une mesure adéquate tenant compte des circonstances du cas d'espèce ».

137. L'approche que je défends dans les présentes conclusions est également corroborée par le fait que, aux points que je commenterai dans la suite des présentes conclusions (à savoir les points 72 à 75 de l'arrêt Gdynia), la Cour s'est appuyée sur l'arrêt Falck et Acciaierie di Bolzano/Commission (points 80 à 83)[45] pour établir clairement la différence entre les droits (de la défense) de l'État membre concerné de *participer* (*directement*) à la procédure administrative et les droits des tierces parties d'*être* (*indirectement*) *associées* à la procédure administrative.

138. Au point 72 de l'arrêt Gdynia, la Cour a rappelé, en substance, que si les parties intéressées disposent de tels droits, c'est (uniquement) pour permettre à la Commission d'être informée de façon adéquate.

139. Au point 73, la Cour a précisé que la procédure de contrôle des aides d'État est, compte tenu de son économie générale, une procédure ouverte à l'égard de l'État membre concerné.

140. En revanche, comme l'a relevé la Cour au point 74 de l'arrêt Gdynia – en citant à nouveau l'arrêt Falck et Acciaierie di Bolzano/Commission[46] –, « les parties intéressées autres que l'État membre concerné n'ont que le rôle rappelé au point 72 [dudit arrêt] et, à cet égard, *elles ne sauraient prétendre elles-mêmes à un débat contradictoire avec la Commission, tel que celui ouvert au profit dudit État membre* » (mise en italique par mes soins).

141. Au point 75 de l'arrêt Gdynia, la Cour a ajouté qu'« [a]ucune disposition de la procédure de contrôle des aides d'État ne réserve, parmi les parties intéressées, un rôle particulier au bénéficiaire d'une telle aide », ne serait-ce que parce que cette procédure n'est pas une procédure ouverte contre le bénéficiaire ou les bénéficiaires des aides qui impliquerait que celui-ci ou ces derniers puissent se prévaloir de droits aussi étendus que les droits de la défense en tant que tels.

142. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Gdynia, les parties intéressées n'avaient pas été invitées à présenter leurs observations sur l'applicabilité et l'incidence éventuelle des lignes directrices de la Commission de 2014[47] avant l'adoption de la décision litigieuse, alors même que ces lignes directrices ont été publiées après l'adoption de la décision d'ouverture et donc après la clôture de la procédure d'examen initiale. La question qui s'est donc posée était celle de savoir si le Tribunal pouvait conclure dans cette affaire que le droit des parties intéressées de présenter des observations sur ce nouveau régime juridique et, en particulier, sur les lignes directrices de 2014, avant l'adoption de la décision litigieuse, constituait une formalité substantielle, au sens de l'article 263 TFUE, dont la violation entraînait l'annulation de cette décision, sans qu'il soit nécessaire d'établir que la procédure administrative aurait pu aboutir à un résultat différent.

[45] Je cite les points pertinents de l'arrêt Falck et Acciaierie di Bolzano/Commission au point 115 des présentes conclusions.

[46] Je cite les points pertinents de l'arrêt Falck et Acciaierie di Bolzano/Commission au point 115 des présentes conclusions.

[47] Communication de la Commission intitulée « Lignes directrices sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes » (JO 2014, C 99, p. 3, ci-après les « lignes directrices de 2014 »).

143. La Cour a répondu par la négative.

144. La Cour a considéré que la mise en demeure des parties intéressées, conformément à l'article 108, paragraphe 2, TFUE, de présenter des observations sur des circonstances qui n'avaient pas été mentionnées dans la décision d'ouverture, telles que l'adoption de nouvelles règles d'appréciation après la publication de la décision d'ouverture, constituait non pas une formalité substantielle, mais une *irrégularité de procédure*, qui n'entraînait donc pas automatiquement l'annulation de la décision finale (points 78 à 82 de l'arrêt Gdynia).

145. Plus particulièrement, au point 78 de l'arrêt Gdynia, la Cour a expliqué qu'il convenait d'examiner si le Tribunal pouvait à bon droit constater que le droit des parties intéressées en l'occurrence de présenter des observations sur le nouveau régime juridique avant l'adoption de la décision litigieuse *constituait une formalité substantielle*, au sens de l'article 263 TFUE.

146. Au point suivant (point 79 de l'arrêt Gdynia), la Cour a précisé, en renvoyant à l'arrêt Ferriere Nord/Commission, que « la Commission ne saurait, sans méconnaître les droits procéduraux des parties intéressées, fonder sa décision sur des principes nouveaux, introduits par un nouveau régime juridique, sans inviter ces dernières à présenter leurs observations à cet égard ».

147. Toutefois, « une [telle] *irrégularité de procédure* n'entraîne l'annulation en tout ou en partie d'une décision que s'il est établi qu'en l'absence de cette irrégularité la décision attaquée aurait pu avoir un contenu différent »[48]. La Cour cite dans ce passage l'arrêt du 23 avril 1986, Bernardi/Parlement (150/84, EU:C:1986:167).

148. Plus spécifiquement, au point 81 de l'arrêt Gdynia, la Cour a souligné que, « s'agissant des droits procéduraux des parties intéressées, lorsqu'il y a un changement de régime juridique après que la Commission a mis les parties intéressées en mesure de présenter leurs observations et avant l'adoption par la Commission d'une décision relative à un projet d'aide et que la Commission fonde cette décision sur le nouveau régime juridique sans inviter ces parties à présenter leurs observations sur celui-ci, la seule existence de différences entre le régime juridique sur lequel lesdites parties ont été mises en mesure de soumettre leurs observations et celui sur lequel est fondée ladite décision n'est pas susceptible, en tant que telle, d'entraîner l'annulation de cette même décision. En effet, alors même que les régimes juridiques en cause auraient changé, se pose la question de savoir si, au regard des dispositions de ces régimes qui sont pertinentes pour le cas d'espèce, ledit changement était susceptible de changer le sens de la décision attaquée ».

149. Partant, au point 82 de l'arrêt Gdynia, la Cour a conclu que le Tribunal « a commis une erreur de droit, au point 81 de l'arrêt attaqué, lorsqu'il a jugé que le droit des parties intéressées de présenter des observations dans des circonstances telles que celles en cause dans la présente affaire revêt le caractère d'une formalité substantielle, au sens de l'article 263 TFUE, dont la violation entraîne l'annulation de la décision attaquée, sans qu'il soit nécessaire d'établir que la violation de ce droit aurait pu affecter le sens de cette décision ».

150. Au point 86 de l'arrêt Gdynia, la Cour a observé que « le Tribunal ne pouvait, sans méconnaître la jurisprudence relative aux droits procéduraux des parties intéressées telle qu'exposée aux points 70 à 75 ainsi que 79 et 81 du présent arrêt, ni constater qu'il n'est pas nécessaire d'examiner l'incidence sur la décision litigieuse de l'absence d'invitation des parties

[48] Mise en italique par mes soins ; point 80 de l'arrêt Gdynia.

intéressées à se prononcer sur les lignes directrices de 2014 avant l'adoption de cette décision ni constater une telle incidence sans examiner l'argumentation de la Commission visant à démontrer l'existence d'une base juridique autonome et indépendante fondant ladite décision ».

151. On peut également noter qu'aux points 87 et 88 de l'arrêt Gdynia, la Cour s'est appuyée uniquement sur l'arrêt Commission/Freistaat Sachsen (point 55) pour répondre aux arguments des parties défenderesses et a réitéré sa conclusion antérieure selon laquelle le droit des parties intéressées de présenter leurs observations dans des circonstances telles que celles de l'affaire en cause n'a pas le caractère d'une formalité substantielle.

152. La Cour a fondé son raisonnement sur ce point non pas sur le contenu de la décision d'ouverture, mais sur l'obligation à laquelle la Commission est tenue, « lorsqu['elle] décide d'ouvrir la procédure formelle d'examen au sujet d'un projet d'aide, [de] mettre les parties intéressées, au nombre desquelles la ou les entreprises concernées, en mesure de présenter leurs observations » (point 87 de l'arrêt Gdynia).

153. Ainsi que la Cour l'a relevé au point 88 de l'arrêt Gdynia, d'une part, l'arrêt Commission/Freistaat Sachsen « concerne les obligations qui pèsent sur la Commission à la date de l'ouverture de la procédure formelle d'examen. D'autre part, il soulève la question de l'application de nouvelles règles juridiques adoptées après la notification d'un projet d'aide. Il traite donc de questions distinctes de celles soulevées dans le cadre du présent pourvoi, le droit d'être mis en mesure de présenter des observations sur lequel se fondent la commune de Gdynia et la société PLGK concernant un changement de régime juridique intervenu après que lesdites parties ont été invitées à présenter leurs observations et avant l'adoption de la décision litigieuse ».

154. Il s'ensuit que la formalité substantielle qu'impose l'article 108, paragraphe 2, TFUE à l'égard des parties intéressées est exclusivement constituée par la mise en demeure qui leur est adressée afin de leur permettre de présenter leurs observations rapidement après l'adoption de la décision d'ouverture.

3) Analyse à titre surabondant portant sur l'arrêt Commission/Freistaat Sachsen

155. Ainsi qu'il est de coutume pour les conclusions d'un avocat général, j'examinerai, par souci d'exhaustivité, si ma conclusion devrait être différente si l'on devait considérer, aux fins de la discussion (quod non), que le Tribunal (aux points 70 du premier arrêt attaqué et 67 du second arrêt attaqué) a pu, à bon droit, invoquer l'arrêt Commission/Freistaat Sachsen (point 55), pour conclure que « l'obligation à la charge de la Commission de mettre les intéressés, au stade de la décision d'ouverture, en mesure de présenter leurs observations revêt le caractère d'une formalité substantielle [...], dont la violation entraîne des conséquences, telles que l'annulation de l'acte vicié, indépendamment de la question de savoir si cette violation a causé un préjudice à celui qui l'invoque ou si la procédure administrative aurait pu aboutir à un résultat différent ».

156. Ma conclusion reste valable même dans cette hypothèse : de fait, la conséquence logique de ce constat du Tribunal est que l'arrêt Gdynia infirmerait (voire corrigerait) l'arrêt Commission/Freistaat Sachsen.

157. En effet, au lieu d'examiner si, dans cette affaire, une telle formalité substantielle a été violée (arrêt Gdynia, point 78), comme nous l'avons vu dans mon analyse aux points précédents des présentes conclusions, la Cour s'est fondée sur l'arrêt du 23 avril 1986, Bernardi/Parlement (150/84, EU:C:1986:167, point 28), pour apprécier « si le Tribunal pouvait à bon droit constater

[...] que le droit des parties intéressées en l'occurrence de présenter des observations sur ce nouveau régime juridique et, en particulier, sur les lignes directrices de 2014, avant l'adoption de la décision litigieuse, constitu[ait] une formalité substantielle, au sens de l'article 263 TFUE, dont la violation entraîne l'annulation de cette décision, sans qu'il soit nécessaire d'établir que la procédure administrative aurait pu aboutir à un résultat différent ».

158. Il s'ensuit que, aux points 70 et 71 du premier arrêt attaqué ainsi qu'aux points 66 à 68 du second arrêt attaqué, le Tribunal a commis une erreur de droit en jugeant que « l'obligation à la charge de la Commission de mettre les intéressés, au stade de la décision d'ouverture, en mesure de présenter leurs observations revêt le caractère d'une formalité substantielle ».

159. En effet, la méconnaissance des droits des intéressés de participer à la procédure administrative, découlant par exemple du fait de ne pas les avoir mis en mesure de présenter leurs observations, ne constitue pas une violation des formes substantielles, qui entraînerait automatiquement l'annulation de la décision litigieuse.

160. Je partage le point de vue de la Commission selon lequel, même s'il ne s'agit pas, en l'espèce, d'observations des parties intéressées *relatives à des règles juridiques* (telles que les lignes directrices de la Commission pour l'examen des aides d'État, comme c'était le cas dans l'arrêt Gdynia), mais de leurs observations *sur un élément de fait* (à savoir la deuxième source de financement du régime d'aides en cause en l'espèce, c'est-à-dire les ressources budgétaires du Land de Bavière), cette différence concernant l'*objet* des observations manquantes ne fait pas obstacle à l'application de l'arrêt Gdynia.

161. *Dans les deux cas, le problème est le même* : les parties intéressées n'ont pas été en mesure de faire connaître leur point de vue sur les différents éléments figurant dans la décision d'ouverture.

162. La différence entre les *causes* de l'absence d'observations des parties intéressées dans ces deux affaires, à savoir l'absence de référence dans la décision d'ouverture ou l'adoption de nouvelles lignes directrices de la Commission après la publication de la décision d'ouverture, est dénuée de pertinence. Ce qui importe, c'est que, dans les deux cas, les droits des parties intéressées de participer à la procédure administrative ont été violés.

163. En effet, le Tribunal a lui-même souligné, au point 71 du premier arrêt attaqué, que le droit d'être associé à la procédure administrative avait été violé.

164. Dès lors, il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que le troisième moyen doit être accueilli.

D. Sur le quatrième moyen, tiré d'une erreur de droit dans l'interprétation du droit des parties intéressées de présenter leurs observations

1. Sur la recevabilité

165. Le Land de Bavière et le groupement d'intérêt soutiennent que le quatrième moyen est irrecevable. Ils font valoir qu'aux points 72 et 75 du premier arrêt attaqué, le Tribunal a conclu que la violation du droit des parties intéressées à présenter des observations avait une incidence sur l'issue de la procédure ; cette conclusion reposerait sur une constatation purement factuelle.

Le groupement d'intérêt affirme que ce moyen est irrecevable parce qu'il vise l'appréciation des faits opérée par le Tribunal et qu'il s'agit d'une répétition de moyens et d'arguments déjà présentés devant le Tribunal.

166. Premièrement, le Land de Bavière ne saurait reprocher à la Commission de s'être prétendument fondée sur des faits nouveaux, étant donné que cette dernière invoque le contenu de la décision litigieuse, qui est un acte juridique. Deuxièmement, il suffit de relever que ces arguments peuvent être rejetés pour les mêmes raisons que celles exposées aux points 28 à 31 des présentes conclusions.

2. Sur le fond

a) Exposé sommaire de l'argumentation des parties

167. La Commission reproche au Tribunal d'avoir considéré à tort, aux points 72 à 75 du premier arrêt attaqué et aux points 70 à 72 du second arrêt attaqué, que des observations des parties intéressées sur la question de savoir si des ressources budgétaires constituaient des ressources d'État auraient pu avoir une incidence sur l'issue de la procédure. La Commission soutient que le Tribunal a non seulement violé l'article 108, paragraphes 2 et 3, TFUE ainsi que l'article 6, paragraphe 1, du règlement nº 659/1999, mais a également interprété erronément la notion de « ressources d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1, TFUE ainsi que la notion d'« aide existante » visée à l'article 108, paragraphe 1, TFUE. Enfin, la Commission reproche au Tribunal d'avoir également dénaturé les faits constatés dans la décision litigieuse et de ne pas avoir examiné ses moyens de défense.

168. En premier lieu, la Commission réfute le constat, formulé au point 73 du premier arrêt attaqué et au point 71 du second arrêt attaqué, selon lequel le Land de Bavière n'a pas pu faire connaître son avis sur la question de savoir si les tests de qualité du lait financés au moyen de recettes fiscales générales constituaient des tests allant au-delà de l'obligation légale. La Commission soutient qu'une argumentation de ce Land présentée dans le cadre de la procédure formelle d'examen n'aurait pas pu modifier l'issue de cette procédure, car le financement des tests supplémentaires était exclu du champ d'application de la décision litigieuse. Ensuite, la Commission fait valoir que le Tribunal a omis d'examiner ses moyens de défense, à savoir, en particulier, celui par lequel elle soutient que, même si les arguments du Land de Bavière concernant les tests supplémentaires étaient fondés, il était, en tout état de cause, constant que ces tests ont été effectués conformément à la MFG. Toutefois, la décision d'ouverture couvrait tous les tests prévus par cette loi et visait donc également ces tests.

169. En second lieu, la Commission conteste l'appréciation, figurant au point 74 du premier arrêt attaqué, selon laquelle le Land de Bavière n'a pas pu être entendu sur la question de savoir si la mesure en cause constituait une aide existante. Le Tribunal n'aurait pas répondu aux moyens de défense de la Commission.

170. À cet égard, la Commission indique que la décision d'ouverture, aux considérants 140 à 152, permettait aux parties intéressées de prendre position sur la présence d'une aide existante. Elle ajoute que, ainsi qu'il ressort des considérants 41 à 56 de la décision litigieuse, le Land de Bavière a présenté ses observations détaillées sur ce point.

171. Le Land de Bavière et le groupement d'intérêt soutiennent, en substance, que ce moyen n'est pas fondé en ce qu'il repose sur une interprétation erronée des arrêts attaqués. Ils estiment que la question de savoir si des ressources budgétaires constituent des ressources d'État est dénuée de pertinence. Ces parties affirment ensuite que le point de savoir si, sans la violation des droits de participation des parties intéressées, la procédure aurait pu aboutir à un résultat différent est également dénué de pertinence. Le groupement d'intérêt soutient par ailleurs que la Commission ne saurait prétendre que les tests supplémentaires ont fait l'objet d'une décision distincte de sa part.

b) Analyse

172. Étant donné que le troisième moyen doit être accueilli, il y a lieu d'aborder également le quatrième moyen.

173. Dès lors, il convient d'examiner si, en l'absence de violation du droit des parties intéressées d'être associées à la procédure (c'est-à-dire si les parties intéressées avaient pu présenter des observations sur le second mode de financement de la mesure d'aide), la procédure aurait pu aboutir à un résultat différent, comme le suggère le Tribunal dans les arrêts attaqués.

1) Sur l'approche retenue dans les arrêts attaqués

174. Tout d'abord, c'est à tort que le Land de Bavière et le groupement d'intérêt font valoir que, dans le présent contexte, il suffit de *présumer* que toute observation qu'ils auraient pu présenter aurait eu l'incidence nécessaire.

175. En effet, l'arrêt Ferriere Nord/Commission (point 83) précise que le Tribunal doit vérifier si cette position est « susceptible de changer le sens de la décision litigieuse ».

176. Or, le raisonnement développé par le Tribunal aux points 73 à 75 du premier arrêt attaqué repose exclusivement sur des hypothèses et des déductions.

177. Comme nous le verrons dans la suite des présentes conclusions, le Tribunal n'a pas même vérifié si les observations des parties intéressées sur la deuxième source de financement de la mesure d'aide en cause (à savoir le budget du Land de Bavière) *auraient pu modifier la procédure d'examen* ni, a fortiori, démontré qu'il pouvait en être ainsi.

178. Je partage le point de vue de la Commission selon lequel le Tribunal aurait dû procéder comme suit : la partie intéressée doit lui soumettre les faits qu'elle aurait présentés pendant la procédure administrative si elle n'en avait pas été empêchée en raison de la violation de ses droits de participation ; le Tribunal doit présumer que ces faits sont exacts. Sur ce fondement, le Tribunal doit examiner si lesdits faits, dans l'hypothèse où la Commission aurait vérifié leur exactitude au cours de la procédure administrative, auraient été susceptibles de modifier l'appréciation juridique de l'affaire.

179. Or, en l'espèce, le Tribunal a totalement omis la seconde étape de cette analyse. Cette étape porte non pas sur la constatation des faits, mais bien sur l'appréciation des effets juridiques de ces faits, « même à les supposer exact[s] »[49].

[49] Voir arrêts du 11 janvier 2007, Technische Glaswerke Ilmenau/Commission (C-404/04 P, non publié, EU:C:2007:6, points 131 à 136), et du 16 juin 2016, SKW Stahl-Metallurgie et SKW Stahl-Metallurgie Holding/Commission (C-154/14 P, EU:C:2016:445, points 69 à 76).

180. Partant, le Tribunal a commis une erreur de droit.

181. En appliquant son approche aux faits de l'espèce, le Tribunal a conclu que, en l'absence de l'irrégularité constatée (c'est-à-dire si le requérant en première instance avait eu effectivement la possibilité dans le cadre de la procédure formelle d'examen de présenter ses observations sur le financement au moyen du budget général), il ne saurait être exclu que la procédure aurait pu aboutir à un résultat différent.

182. Le Tribunal a fondé cette conclusion sur deux arguments. D'une part, le Land de Bavière n'a pas pu présenter ses observations sur la question de savoir si les tests financés à partir de ses ressources budgétaires allaient au-delà de l'obligation énoncée par la loi (point 73 du premier arrêt attaqué). D'autre part, le Tribunal a constaté que le Land de Bavière n'avait pas pu être entendu sur le point de savoir si l'affaire soulevait la question de la présence d'une aide existante (point 74 du premier arrêt attaqué).

183. En ce qui concerne le premier argument (point 73 du premier arrêt attaqué), l'allégation du Land de Bavière selon laquelle les recettes fiscales générales ont financé d'autres mesures que les tests réalisés grâce aux recettes du prélèvement, à savoir des tests de qualité du lait « allant au-delà de ce qui est obligatoire », dont l'« objet » était « autre », est erronée en droit, ne serait-ce que parce que la Commission a constaté ce qui suit aux considérants 25 et 27 de la décision litigieuse : « l'Allemagne a affirmé que ces mesures ne constituaient pas une aide, pour les motifs ci-après. [...] [L]es analyses supplémentaires effectuées sur le lait cru, qui vont bien au-delà des exigences du [Milch-Güteverordnung[50]], revêtent une importance particulière. [...] La Commission fait observer que les aides financières octroyées pour la réalisation de ces analyses supplémentaires feront l'objet d'une décision distincte ».

184. Ce constat n'a pas été réfuté devant le Tribunal. Il s'ensuit, selon moi, que le Tribunal a commis une erreur de droit au point 73 du premier arrêt attaqué. Cela vaut mutatis mutandis pour les points 70 à 72 du second arrêt attaqué.

185. Le Tribunal a également commis une erreur de droit en interprétant de manière erronée la jurisprudence de la Cour relative aux conséquences d'une violation des droits de participation à la procédure. Le simple fait de *présenter un argument* devant le Tribunal ne suffit pas. Ce qui importe est que le Tribunal *examine* ensuite *cet argument sur le fond* afin de vérifier si celui-ci était *de nature à modifier* l'issue de la procédure administrative[51].

186. Un argument du Land de Bavière présenté dans le cadre de la procédure formelle d'examen et portant sur la question de savoir si les tests de qualité du lait allaient au-delà des exigences légales n'était pas de nature à modifier l'issue de la procédure, notamment parce que la Commission a précisément exclu de tels tests supplémentaires du champ d'application de la décision litigieuse.

187. En outre, le Tribunal a omis d'examiner les deux arguments soulevés par la Commission devant lui, par lesquels celle-ci cherchait à démontrer que l'argument concernant les tests supplémentaires était, en tout état de cause, intrinsèquement dépourvu de fondement.

[50] Règlement sur la qualité du lait, du 9 juillet 1980 (BGBl. 1980 I, p. 878) (ci-après le « MGV »).

[51] À titre d'illustration de ce principe, voir arrêt du 1er octobre 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Conseil (C-141/08 P, ci-après l'arrêt « Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Conseil », EU:C:2009:598, points 83 à 104).

188. En substance, la Commission a fait valoir devant le Tribunal, d'une part, que, même si l'argument du Land de Bavière relatif à ces tests était fondé (quod non), il était en tout état de cause constant entre les parties qu'il s'agissait de prélever des échantillons dans le cadre du MGV, à savoir des prélèvements d'échantillons régis par la loi. Par conséquent, tous les tests sont réalisés sur le fondement de la MFG. Étant donné que la décision d'ouverture portait sur l'ensemble des tests prévus par le MGV, elle couvrait également le prélèvement des échantillons susmentionnés [52].

189. D'autre part, la Commission a fait valoir que ce n'était pas « a fortiori » que les coûts des tests « allant [prétendument] au-delà de ce qui est obligatoire » ne devaient normalement pas être supportés par les acheteurs de lait, comme l'a prétendu le Land de Bavière devant le Tribunal. En effet, il s'agit précisément, au contraire, de coûts que les entreprises encourent lorsqu'elles mènent des actions sur une base volontaire, sans aucune obligation légale et dans leur propre intérêt, et qu'elles doivent normalement supporter elles-mêmes [53].

190. Dès lors, le fait que le Tribunal n'ait pas examiné ces arguments constitue en soi une erreur de droit [54].

191. En ce qui concerne le second argument (point 74 du premier arrêt attaqué), il ne saurait pas davantage prospérer, pour les motifs que la Commission a fait valoir devant le Tribunal, qui ne les a pas mentionnés – et encore moins examinés – dans les arrêts attaqués.

192. Ces arguments étaient les suivants : premièrement, la décision d'ouverture permettait déjà aux parties de prendre position sur la présence d'une « aide existante » en ce qui concerne le financement par les recettes fiscales générales (considérants 140 à 152 de cette décision).

193. Deuxièmement, en toute hypothèse, il résulte d'emblée de la nature du régime d'aides qu'il est octroyé à nouveau chaque année ou tous les deux ans [55]. Toutefois, l'article 1er, sous b), du règlement nº 659/1999 milite contre sa qualification en tant qu'« aide existante » en l'espèce.

194. Troisièmement, indépendamment de la véracité de l'argument du Land de Bavière selon lequel l'allégement des coûts des laiteries par la mise à disposition de recettes fiscales générales « aurait toujours été pratiqué », ce que la Commission conteste, il n'est pas de nature à établir la présence d'une « aide existante » au sens de l'article 1er, sous b), du règlement nº 659/1999. En effet, ce n'est pas le mode de financement de la mesure qui est déterminant à cet égard, mais la mesure elle-même. Or, la mesure consiste en l'octroi, chaque année, d'une subvention sur le budget annuel ou bisannuel.

195. Quatrièmement, le Land de Bavière (à la différence, par exemple, du Land de Bade-Wurtemberg) n'a jamais soutenu, au cours de la procédure administrative, qu'il s'agissait d'aides existantes.

52 Voir, de manière plus détaillée, à cet égard, points 22 à 24 et 35 du mémoire en défense en première instance et son annexe A.35, p. 372, ainsi que points 19 à 21 du mémoire en duplique.

53 Voir point 21 du mémoire en duplique en première instance.

54 Voir arrêt du 24 octobre 2013, Land Burgenland e.a./Commission (C-214/12 P, C-215/12 P et C-223/12 P, EU:C:2013:682, points 110 à 112).

55 Voir, de manière plus détaillée, à cet égard, points 6 et 36 à 39 du mémoire en défense en première instance, ainsi que points 33, 34 et 50 à 97 du mémoire en duplique.

196. Étant donné que ces arguments ont été présentés devant le Tribunal et que ce dernier a omis de les mentionner et même de les examiner, le point 74 du premier arrêt attaqué est entaché d'une erreur de droit [56].

2) Sur la comparaison entre l'approche retenue dans les arrêts attaqués et celle de l'arrêt Gdynia

197. L'approche correcte que le Tribunal aurait dû retenir est décrite dans l'arrêt Gdynia.

198. Dans cet arrêt, la Cour, après avoir constaté l'existence d'une irrégularité de procédure, a vérifié si la violation des droits procéduraux des parties intéressées aurait pu avoir une incidence sur le résultat de la procédure d'examen.

199. S'appuyant sur une *appréciation détaillée* (points 83 à 86 et 123 à 160 de l'arrêt Gdynia), la Cour a conclu, sur le fondement de la motivation de la décision litigieuse, que cette dernière aurait eu le même contenu si les parties intéressées avaient pu présenter leurs observations sur les lignes directrices de 2014.

200. Je considère (à l'instar de la Commission) que, après avoir constaté une violation des droits des parties intéressées de présenter des observations, le Tribunal ne pouvait pas fonder l'hypothèse d'un résultat différent de la procédure d'examen, reposant sur l'absence d'une telle violation, sur de *simples présomptions ou suppositions*.

201. Le Tribunal ne pouvait agir de la sorte que sur le fondement d'une évaluation détaillée (telle que celle effectuée par la Cour dans l'arrêt Gdynia) de la motivation de la décision litigieuse et d'une analyse des arguments des parties adverses. Le Tribunal aurait dû examiner tous les arguments de la Commission et ce n'est qu'une fois que ceux-ci se seraient révélés inopérants qu'il aurait pu expliquer pourquoi, selon lui, l'issue de la procédure d'examen aurait pu être différente, en se fondant sur des éléments figurant dans la décision litigieuse.

202. Eu égard aux considérations qui précèdent, le raisonnement du Tribunal figurant aux points 72 à 75 du premier arrêt attaqué ainsi qu'aux points 70 à 72 du second arrêt attaqué, selon lequel la violation du droit des parties intéressées de présenter des observations doit entraîner l'annulation de la décision litigieuse, est entaché d'une erreur de droit.

203. En effet, le Tribunal s'est borné à déclarer qu'*il ne saurait être exclu* que, en l'absence de l'irrégularité constatée dans cet arrêt, la procédure aurait pu aboutir à un résultat différent (point 72 du premier arrêt attaqué).

204. Toutefois, la possibilité que la procédure aboutisse à un résultat différent ne suffit pas pour justifier l'annulation d'un acte de l'Union.

205. Il ressort clairement de l'arrêt Gdynia que ce qui est nécessaire est un *constat catégorique* d'un résultat différent.

206. À cet égard, je renvoie aux passages suivants de l'arrêt Gdynia : « se pose la question de savoir si, au regard des dispositions de ces régimes qui sont pertinentes pour le cas d'espèce, ledit changement était susceptible de changer le sens de la décision attaquée » (point 81) ; « les erreurs

[56] Voir arrêt du 24 octobre 2013, Land Burgenland e.a./Commission (C-214/12 P, C-215/12 P et C-223/12 P, EU:C:2013:682, points 110 à 112).

constatées aux points 82 à 86 de cet arrêt ne sauraient entraîner l'annulation de l'arrêt attaqué, en ce que le Tribunal a annulé la décision litigieuse, que dans le cas où les dispositions des lignes directrices de 2014 sur lesquelles la Commission s'est appuyée dans cette décision n'étaient effectivement pas susceptibles de changer le sens de ladite décision » (point 95), et « [à] cet égard, il y a lieu de rappeler que, ainsi qu'il ressort du point 81 du présent arrêt, dans une situation telle que celle en cause dans la présente affaire, le juge de l'Union ne saurait se borner à identifier des modifications introduites par un nouveau régime juridique afin de justifier l'annulation d'une décision de la Commission appliquant celui-ci, mais doit, en outre, vérifier si le changement de régime juridique était susceptible d'influer sur cette décision » (point 132).

207. J'ajoute que, là encore, la différence entre l'absence d'observations sur de nouveaux critères de compatibilité (les nouvelles lignes directrices de 2014, comme dans l'arrêt Gdynia), d'une part, et la part de financement constituant indéniablement un élément de ressources d'État (comme en l'espèce), d'autre part, est dénuée de pertinence pour l'application du critère d'appréciation juridique susmentionné.

3) En tout état de cause, la jurisprudence antérieure à l'arrêt Gdynia était également claire quant à l'approche correcte à retenir

208. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Conseil et Commission/Interpipe Niko Tube et Interpipe NTRP [57], une partie à la procédure avait pris connaissance, un jour avant l'adoption d'un règlement, d'éléments utilisés pour effectuer certains calculs. Sur le fondement de ces informations, cette partie a obtenu une annulation partielle du règlement litigieux par le Tribunal. La partie en question a fait valoir qu'une annulation plus large aurait été possible sur le fondement d'informations supplémentaires qu'elle aurait présentées si elle avait été informée plus tôt de ces éléments. La Cour a accueilli cet argument, compte tenu du fait que la pertinence juridique desdites informations avait été confirmée par l'annulation partielle du règlement.

209. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt SKW Stahl-Metallurgie et SKW Stahl-Metallurgie Holding/Commission [58], les requérantes n'avaient pas été en mesure de prendre position, en raison d'une violation de leurs droits de la défense, sur la question de l'influence de l'entreprise Degussa sur une autre entreprise (SKW). La Cour a jugé que l'imputation de la responsabilité de l'entente reposait sur plusieurs éléments et que, par conséquent, la question de cette influence, à supposer que cet argument soit correct, était sans incidence sur la décision.

210. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Allemagne/Commission [59], la Commission avait omis d'envoyer certaines lettres des concurrents du bénéficiaire de l'aide à l'État membre concerné (l'Allemagne), qui soutenait que ses droits de la défense avaient été violés, de sorte que la décision devait être annulée. La Cour a examiné si le gouvernement allemand, dans l'hypothèse où il aurait reçu ces observations, aurait pu présenter des arguments qui auraient conduit la Commission à autoriser la mesure d'aide. Toutefois, le gouvernement allemand n'a pu faire état d'aucun élément de fait ou de droit qui aurait conduit la Commission à prendre une décision différente. La Cour a répondu par la négative : l'interdiction de l'aide d'État résultait des lignes directrices applicables, de sorte que l'entreprise JAKO Jadekost avait bénéficié d'une aide au fonctionnement qui n'aurait pu être autorisée ni en vertu de ces lignes directrices ni par principe.

[57] Arrêt du 16 février 2012 (C-191/09 P et C-200/09 P, EU:C:2012:78, points 75 à 88).

[58] Arrêt du 16 juin 2016 (C-154/14 P, EU:C:2016:445, points 69 à 76).

[59] Arrêt du 5 octobre 2000 (C-288/96, EU:C:2000:537, points 92 à 106).

211. Dans l'arrêt Technische Glaswerke Ilmenau/Commission [60], la Cour a procédé de la même manière. Elle a examiné si les arguments qui n'avaient pas pu être présentés en raison de la violation des droits de la défense, à la supposer établie, auraient été susceptibles d'entraîner l'autorisation de la mesure d'aide. La Cour a jugé que tel n'était pas le cas, puisque l'absence de plan de restructuration aurait, en tout état de cause, conduit à l'interdiction.

212. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen/Commission [61], le gouvernement allemand a fait valoir que son droit d'être entendu avait été violé parce que la Commission avait refusé l'accès à certains documents. Après avoir examiné le contenu des documents, le Tribunal a conclu qu'aucune violation des droits de la défense n'avait eu lieu, notamment parce que ces documents constituaient, pour l'essentiel, un développement ou une clarification de positions déjà exprimées.

213. Enfin, le Land de Bavière et le groupement d'intérêt invoquent, notamment, l'arrêt Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Conseil (point 94) à l'appui de leur argumentation. Toutefois, cet arrêt ne leur est d'aucun secours. Ainsi que la Commission l'a relevé, au point 81 dudit arrêt, la Cour rappelle la jurisprudence constante fondée sur la possibilité d'un résultat différent de la procédure.

214. Le fait que le critère applicable n'ait pas été modifié dans cette jurisprudence est également confirmé, par exemple, par un arrêt plus récent, à savoir celui du 10 septembre 2013, G. et R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:533, point 40), où la Cour fait référence à l'arrêt Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Conseil. La Cour y explique clairement ce critère : « [p]our qu'une telle illégalité soit constatée, [il est nécessaire] de vérifier [...] si, en fonction des circonstances de fait et de droit spécifiques de l'espèce, la procédure administrative en cause aurait pu aboutir à un résultat différent du fait que les [parties] auraient pu faire valoir des éléments de nature à justifier [que l'issue de la procédure soit différente] ».

215. Au point 94 de l'arrêt Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Conseil, la Cour se borne à prendre en compte une particularité de cette affaire, à savoir que la réglementation antidumping (à l'instar des règles du droit de la concurrence) prévoit de véritables droits de la défense dont bénéficient les entreprises, et notamment un dialogue avec la Commission, alors que, en vertu des règles relatives aux aides d'État, les droits de participation des parties intéressées à la procédure ne comportent manifestement pas un tel dialogue [62].

4) Conclusion sur le quatrième moyen

216. Tout comme les aides au fonctionnement qui étaient en cause dans l'arrêt du 5 octobre 2000, Allemagne/Commission (C-288/96, EU:C:2000:537), et les aides à la restructuration sans plan de restructuration visées dans l'arrêt du 11 janvier 2007, Technische Glaswerke Ilmenau/Commission (C-404/04 P, non publié, EU:C:2007:6), sont interdites en toute hypothèse, les ressources budgétaires générales sont, en principe, susceptibles de constituer des ressources d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

60 Arrêt du 11 janvier 2007 (C-404/04 P, non publié, EU:C:2007:6, points 131 à 136).

61 Arrêt du 6 mars 2003 (T-228/99 et T-233/99, EU:T:2003:57).

62 Voir arrêts Falck et Acciaierie di Bolzano/Commission, point 82, et du 15 novembre 2011, Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni (C-106/09 P et C-107/09 P, EU:C:2011:732, point 181).

217. Dès lors, je partage l'avis de la Commission selon lequel l'approche retenue par le Tribunal dans les arrêts attaqués doit être rejetée, car elle créerait un dangereux précédent contraire à la jurisprudence de la Cour et qui nie l'efficacité du filtre que constitue le critère d'un résultat potentiellement différent de la procédure administrative.

218. Il s'ensuit que le quatrième moyen de pourvoi doit être accueilli.

219. Les troisième et quatrième moyens de pourvoi devant être accueillis, il y a lieu d'annuler les arrêts attaqués.

IV. Sur le renvoi de l'affaire devant le Tribunal

220. Conformément à l'article 61, premier alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, celle-ci, en cas d'annulation de la décision du Tribunal, peut soit statuer elle-même définitivement sur le litige, lorsque celui-ci est en état d'être jugé, soit renvoyer l'affaire devant le Tribunal pour qu'il statue.

221. Le premier moyen de première instance peut être tranché par la Cour, puisqu'il a fait l'objet de nombreux échanges d'arguments entre les parties devant le Tribunal ainsi que devant la Cour. Je considère que la Cour devrait rejeter ce moyen en raison de l'annulation des arrêts attaqués.

222. S'agissant en revanche des autres moyens, il y a lieu de renvoyer l'affaire devant le Tribunal, ceux-ci devant être débattus et examinés en première instance.

V. Sur les dépens

223. L'affaire devant être renvoyée devant le Tribunal, il convient de réserver les dépens afférents au présent pourvoi.

VI. Conclusion

224. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de statuer de la manière suivante :

1) Les deux premiers moyens de pourvoi sont rejetés.

2) Les arrêts du Tribunal de l'Union européenne du 12 décembre 2018, Freistaat Bayern/Commission (T-683/15, EU:T:2018:916), et du 12 décembre 2008, Interessengemeinschaft privater Milchverarbeiter Bayerns e.a./Commission (T-722/15 à T-724/15, non publié, EU:T:2018:920), sont annulés.

3) Le premier moyen des recours en annulation est rejeté dans la mesure où ce grief est tiré d'une violation des droits procéduraux des parties intéressées dans les présentes affaires en raison du fait qu'elles n'ont pas été mises en mesure de se prononcer sur le financement de l'aide par le budget général.

4) L'affaire est renvoyée devant le Tribunal afin qu'il examine les autres moyens soulevés en première instance.

5) Les dépens sont réservés.