Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. PAOLO MENGOZZI
présentées le 28 juin 2012[1]

Affaires jointes C-399/10 P et C-401/10 P

Bouygues SA,
Bouygues Télécom SA
contre
Commission européenne e.a.
et
Commission européenne
contre

République française e.a.

«Pourvoi — Aides d'État — Notion — Avantages accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État — Mesures financières en faveur de France Télécom»

1. Par leurs pourvois, Bouygues SA et Bouygues Télécom SA (affaire C-399/10 P), deux sociétés de droit français, dont la dernière est active sur le marché français de la téléphonie mobile (ci-après les «sociétés Bouygues»), et la Commission européenne (affaire C-401/10 P) demandent l'annulation de l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 21 mai 2010, France e.a./Commission (T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04, Rec. p. II-2099, ci-après l'«arrêt attaqué»), par lequel celui-ci a, d'une part, annulé l'article 1er de la décision 2006/621/CE de la Commission, du 2 août 2004, concernant l'aide d'État mise à exécution par la France en faveur de France Télécom (JO L 257, p. 11, ci-après la «décision litigieuse»), et, d'autre part, a déclaré qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur les demandes d'annulation de l'article 2 de cette décision.

I – Les antécédents du litige et la décision litigieuse

2. France Télécom (ci-après «FT»), à la tête d'un groupe actif dans la fourniture de réseaux et de services de télécommunications, est une société anonyme cotée en Bourse dont le capital, en 2002, était détenu à 56,45 % par l'État français. Le 31 décembre 2001, FT affichait, dans ses comptes publiés pour l'année 2001, une dette nette de 63,5 milliards d'euros et une perte de 8,3 milliards d'euros. Au 30 juin 2002, la dette nette de FT atteignait 69,69 milliards d'euros, dont 48,9 milliards d'euros d'endettement obligataire arrivant à échéance de remboursement au cours des années 2003 à 2005.

1 — Langue originale: le français.

3. Au regard de la situation financière de FT, le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie français a déclaré, dans une interview publiée le 12 juillet 2002 dans le quotidien *Les Echos* (ci-après la «déclaration du 12 juillet 2002»), ce qui suit:

«Nous sommes l'actionnaire majoritaire, avec 55 % du capital […]. L'État actionnaire se comportera en investisseur avisé et si [FT] devait avoir des difficultés, nous prendrions les dispositions adéquates […]. Je répète que si [FT] avait des problèmes de financement, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui, l'État prendrait les décisions nécessaires pour qu'ils soient surmontés. Vous relancez la rumeur d'une augmentation de capital… Non, certainement pas! J'affirme simplement que nous prendrons, en temps utile, les mesures adéquates. Si c'est nécessaire […].»

4. Dans un communiqué de presse sur la situation financière de FT du 13 septembre 2002 (ci-après la «déclaration du 13 septembre 2002»), les autorités françaises ont déclaré ce qui suit:

«Après les pertes exceptionnelles constatées au premier semestre, [FT] se trouve confrontée à une grave insuffisance de fonds propres. Une telle situation financière fragilise le potentiel de [FT]. Le [g]ouvernement [français] est donc déterminé à exercer la plénitude de ses responsabilités […]. L'État [français] apportera son soutien à [FT] dans la mise en œuvre de ce plan et contribuera, pour sa part, au renforcement très substantiel des fonds propres de [FT], dans un calendrier et selon des modalités à déterminer en fonction des conditions de marché. D'ici là, l'État [français] prendra, si cela est nécessaire, les mesures permettant d'éviter à [FT] tout problème de financement.»

5. Le 2 octobre 2002, a été nommé un nouveau PDG de FT. Le communiqué de presse annonçant cette nomination (ci-après la «déclaration du 2 octobre 2002») se lit comme suit:

«[…] Dans ce cadre, [le nouveau PDG de FT] disposera du soutien de l'État actionnaire, qui est déterminé à exercer toutes ses responsabilités. L'État [français] apportera son concours à la mise en œuvre des actions de redressement et contribuera, pour sa part, au renforcement des fonds propres de [FT] selon des modalités qui seront déterminées en liaison étroite avec le [p]résident de [FT] et le [c]onseil d'administration. Comme il l'a déjà indiqué, l'État [français] prendra dans l'intervalle, si cela est nécessaire, les mesures permettant d'éviter à [FT] tout problème de financement.»

6. Lors du conseil d'administration de FT du 4 décembre 2002, les nouveaux dirigeants de FT ont présenté un plan d'action intitulé «Ambition France Télécom 2005» (ci-après le «plan Ambition 2005») visant essentiellement à rééquilibrer le bilan de FT par un renforcement des fonds propres à hauteur de 15 milliards d'euros.

7. La présentation du plan Ambition 2005 a été accompagnée par un communiqué de presse du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie du 4 décembre 2002 (ci-après l'«annonce du 4 décembre 2002»), qui se lit comme suit:

«[Le] ministre de l'[É]conomie […] confirme le soutien de l'État [français] au plan d'action approuvé par le conseil d'administration de [FT] le 4 décembre [2002]. 1) Le groupe [FT] constitue un ensemble industriel cohérent dont les performances sont remarquables. Toutefois, [FT] doit faire face aujourd'hui à une structure financière déséquilibrée, à des besoins en fonds propres et de refinancement à moyen terme. Cette situation résulte de l'échec d'investissements passés, mal menés et réalisés au plus haut de la 'bulle' financière et, plus généralement, du retournement des marchés. L'impossibilité pour [FT] de financer son développement autrement que par endettement a aggravé cette situation. 2) L'État [français], actionnaire majoritaire, a demandé aux nouveaux dirigeants qu'ils rétablissent les équilibres financiers de [FT], tout en maintenant l'intégrité du groupe […]. 3) Compte tenu du plan d'action élaboré par les dirigeants et des perspectives de retour sur investissement, l'État [français] participera au renforcement des fonds propres de 15 milliards d'euros au prorata de sa part dans le capital, soit un investissement de 9 milliards d'euros. L'État [français] actionnaire entend agir ainsi en investisseur avisé. Il appartiendra à [FT] de définir les modalités et le calendrier précis du

renforcement de ses fonds propres. Le gouvernement [français] souhaite que cette opération se déroule en tenant le plus grand compte de la situation des actionnaires individuels et des salariés actionnaires de [FT]. Pour donner à [FT] la possibilité de lancer une opération de marché au moment le plus opportun, l'État [français] est prêt à anticiper sa participation au renforcement des fonds propres, à travers une avance d'actionnaire temporaire, rémunérée à des conditions de marché, mise à disposition de [FT]. 4) L'[Entreprise de recherches et d'activités pétrolières (ERAP)], établissement public industriel et commercial, se verra transférer l'intégralité de la participation de l'État [français] dans [FT]. Il s'endettera auprès des marchés financiers pour financer la part de l'État [français] dans le renforcement des fonds propres de [FT].»

8. La République française a notifié à la Commission, le 4 décembre 2002, les mesures financières prévues par le plan Ambition 2005, en ce compris le projet d'avance d'actionnaire annoncé ce même jour.

9. Les 11 et 12 décembre 2002, FT a lancé deux émissions obligataires successives pour un montant total de 2,9 milliards d'euros.

10. Le 20 décembre 2002, l'ERAP, par l'intermédiaire de laquelle l'État français détenait, au 14 avril 2003, 28,6 % du capital de FT, a communiqué à cette dernière un projet de contrat d'avance d'actionnaire paraphé et signé (ci-après l'«offre de contrat d'avance d'actionnaire du 20 décembre 2002»). FT n'a pas signé ce projet de contrat et l'avance d'actionnaire n'a jamais été exécutée.

11. Le 15 janvier 2003, FT a réalisé des emprunts sous forme d'émissions obligataires pour un montant total de 5,5 milliards d'euros. Ces emprunts obligataires n'étaient pas couverts par une sûreté ou une garantie étatiques. Le 10 février 2003, FT a renouvelé une partie d'un crédit syndiqué venant à échéance à concurrence de 15 milliards d'euros.

12. Le 4 mars 2003, l'opération de renforcement des fonds propres envisagée par le plan Ambition 2005 a été lancée. Le 24 mars 2003, FT a effectué une augmentation de capital de 15 milliards d'euros. L'État français a participé à cette opération à hauteur de 9 milliards d'euros au prorata de sa part dans le capital de FT. Cette opération a été clôturée le 11 avril 2003. FT a clôturé l'exercice 2002 avec une perte d'environ 21 milliards d'euros et une dette financière nette d'environ 68 milliards d'euros. Les comptes de l'exercice 2002 publiés par FT le 5 mars 2003 affichaient une hausse du chiffre d'affaires de 8,4 %, du résultat d'exploitation avant amortissements de 21,1 % et du résultat d'exploitation de 30,9 %. Le 14 avril 2003, l'État français détenait 58,9 % du capital de FT.

13. Le 22 janvier 2003, les sociétés Bouygues ont saisi la Commission d'une plainte concernant certaines aides accordées par l'État français à FT et à Orange dans le cadre du refinancement de FT.

14. Le 3 août 2004, la Commission a notifié aux autorités françaises la décision litigieuse. L'article 1er de cette décision prévoit que «[l]'avance d'actionnaire octroyée par la [République française] à [FT] en décembre 2002 sous la forme d'une ligne de crédit de 9 milliards d'euros, placée dans le contexte des déclarations […] depuis juillet 2002, constitue une aide d'État incompatible avec le marché commun». Aux termes de l'article 2 de la décision litigieuse, «[l]'aide visée à l'article 1er ne doit pas faire l'objet de récupération».

15. La Commission a constaté que la situation financière de FT, dès le mois de juin 2002, était caractérisée par de graves problèmes structurels et présentait un bilan déséquilibré. Selon elle, à la date de la déclaration du 12 juillet 2002, toute baisse supplémentaire de la notation de la dette de FT aurait entraîné la perte de son niveau d'investissement sûr et les agences de notation S & P et Moody's étaient sur le point de baisser cette notation au niveau d'une «junk bond». Selon la Commission, au mois de juillet 2002, FT faisait l'objet d'une crise de confiance.

16. Au considérant 186 de la décision litigieuse, la Commission constate que les mesures de décembre 2002, qui ont fait l'objet de la notification, avaient été précédées par plusieurs déclarations et mesures des autorités françaises depuis juillet 2002. D'une part, ces déclarations et mesures permettraient de mieux comprendre les raisons et la portée des mesures de décembre 2002. D'autre part, ces déclarations et mesures auraient eu un impact sur la perception qu'avaient les marchés et les acteurs économiques de la situation de FT au mois de décembre 2002. Ensuite, la Commission a considéré qu'il serait possible d'examiner les déclarations et mesures depuis juillet 2002 comme un ensemble qui pourrait être conçu comme risquant de mettre en danger des ressources d'État (considérant 187). Elle a constaté un décalage temporaire entre les avantages pour l'entreprise, qui auraient été particulièrement marqués au mois de juillet, et l'engagement potentiel de ressources d'État, qui semblait plus clairement établi au mois de décembre. Il ne serait, selon la Commission, pourtant pas facile de déterminer sans doute possible si les déclarations de juillet 2002 étaient de nature à engager au moins potentiellement des ressources étatiques. La thèse d'après laquelle les déclarations de juillet 2002 seraient des aides «serait donc une thèse innovante, mais probablement pas dépourvue de fondement» (considérant 188). Cependant, la Commission a estimé ne pas disposer d'éléments suffisants lui permettant de prouver la présence d'une aide sur le fondement de cette thèse (considérant 189).

17. Elle a donc concentré son analyse sur les mesures prises à partir du mois de décembre 2002 et notifiées par l'État français, pour lesquelles elle a considéré que la présence d'un engagement de ressources étatiques et d'un avantage est plus évidente «dès lors que l'on tient compte de l'impact sur le marché des déclarations préalables». La Commission a ensuite relevé que l'offre d'avance d'actionnaire du 20 décembre 2002 octroie un avantage au bénéfice de FT car elle lui permet d'augmenter ses moyens de financement et de rassurer le marché quant à sa capacité de faire face à ses échéances. Même si la convention d'avance n'a jamais été signée, «l'apparence donnée au marché de l'existence de cette avance est susceptible d'octroyer un avantage à FT, car le marché a considéré que la situation financière [de FT] était plus solide» (considérant 194). Elle a considéré que le fait qu'un avantage résulte de l'octroi d'un engagement étatique entraînant un transfert de ressources potentiel, mais non immédiat, n'exclut pas que cet avantage soit octroyé au moyen de ressources d'État. Selon la Commission, une «charge potentielle supplémentaire sur les ressources d'État a été créée par l'annonce de la mise à disposition de l'avance d'actionnaire couplée avec la réalisation des conditions préalables à cette mise à disposition, l'apparence donnée au marché que cette avance avait été mise effectivement à disposition et finalement par l'envoi du contrat d'avance paraphé et signé par l'ERAP à FT» (considérant 196).

18. La Commission a conclu que les mesures visées constituaient une aide d'État incompatible avec le marché commun. Son impact ne pouvant, cependant, pas être évalué avec précision, le respect des droits de la défense s'opposerait à sa récupération. En outre, la Commission ayant procédé à une analyse globale d'éléments autres que l'offre d'avance d'actionnaire du 20 décembre 2002 et la question de la compatibilité d'un tel comportement avec les règles en matière d'aides d'État étant nouvelle, le principe de protection de la confiance légitime s'y opposerait également.

II – L'arrêt attaqué

19. Par leurs recours devant le Tribunal, la République française, FT les sociétés Bouygues et l'Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications demandaient l'annulation (totale ou partielle) de la décision litigieuse.

20. Dans l'arrêt attaqué, après avoir admis l'intérêt à agir des différents requérants, le Tribunal examine la qualification d'aide d'État telle qu'effectuée par la Commission dans la décision litigieuse. À cet égard, au point 221, il annonce qu'il y a lieu «d'examiner, dans un premier temps, si les déclarations depuis juillet 2002 et le projet d'avance d'actionnaire de décembre 2002, pris isolément ou ensemble, ont conféré un ou plusieurs avantages à FT. Dans l'affirmative, dans un deuxième temps, il convient

d'apprécier si ces éventuels avantages en faveur de FT découlent d'un transfert de ressources d'État. Dans l'affirmative, dans un troisième temps, il y a lieu d'examiner si ces éventuels avantages provenant de ressources d'État ont été octroyés dans le respect du critère de l'investisseur privé avisé en économie de marché».

21. En ce qui concerne, tout d'abord, les déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002, le Tribunal constate, au point 234 de l'arrêt attaqué, que «la Commission a démontré à suffisance, dans la décision [litigieuse], qu'[elles] ont entraîné un avantage appréciable au profit de FT dans la mesure où elles ont permis un regain de confiance des marchés financiers, ont rendu possible, plus aisé et moins coûteux l'accès de FT à de nouveaux crédits nécessaires pour refinancer ses dettes à brève échéance à concurrence de 15 milliards d'euros et ont, en définitive, contribué à stabiliser sa situation financière très fragile qui, en juin et juillet 2002, était sur le point de se détériorer substantiellement». Au point suivant, le Tribunal constate également que «la Commission a réuni un ensemble d'indices susceptibles d'établir que, à la suite de la déclaration du 12 juillet 2002 et des déclarations subséquentes ainsi que de l'annonce du 4 décembre 2002 du projet d'avance d'actionnaire, les agences de notation ont retenu une notation plus favorable de FT que celle qu'elles avaient retenue ou envisagée préalablement au regard de sa crise financière». Il reconnaît, au point 237, que, «dans leur ensemble, lesdites déclarations ont influé, de manière décisive, sur la réaction des agences de notation et que cette réaction a été ensuite déterminante pour la revalorisation de l'image de FT aux yeux des investisseurs et des créanciers ainsi que pour le comportement des acteurs des marchés financiers participant ultérieurement au refinancement de FT». Il conclut, enfin, au point 240 que «l'effet positif et stabilisateur sur la notation de FT, qui résulte directement des déclarations depuis juillet 2002 et de la volonté des autorités françaises, avait nécessairement pour conséquence l'octroi d'un avantage financier à FT et un renforcement de sa position économique. Ce constat à lui seul permettait à la Commission de conclure que FT s'était vu accorder un avantage au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE, sans qu'il soit besoin de le quantifier».

22. Aux points 243 et suivants de l'arrêt attaqué, le Tribunal examine, ensuite, «si l'avance d'actionnaire, à elle seule, qui n'est restée qu'au stade d'un projet de contrat non signé par FT et qui n'a jamais été exécuté, a produit un avantage supplémentaire et distinct au profit de FT par rapport à l'avantage décrit aux points 235 à 237 [de l'arrêt attaqué]». Au point 244, le Tribunal se réfère au considérant 194 de la décision litigieuse, «selon lequel, nonobstant le fait que le contrat d'avance d'actionnaire n'a jamais été signé par FT ni donc exécuté, ce dernier octroyait un avantage au bénéfice de FT, car il lui permettait d'augmenter ses moyens financiers, de rassurer le marché quant à sa capacité de faire face à ses échéances et d'influer ainsi sur les conditions d'emprunt de FT», en précisant qu'il ressort de ce considérant que «ce serait 'l'apparence donnée au marché de l'existence de cette avance [qui était] susceptible d'octroyer un avantage à FT, car le marché a considéré que [la] situation financière [de FT] était plus solide'». Au point 245, le Tribunal observe que, «dans la mesure où la Commission assimile l'avantage ainsi décrit à un effet rassurant pour le marché et à l'apparence pour les tiers de la mise à disposition de l'avance d'actionnaire à FT, cet avantage se confond manifestement avec celui qui découle des déclarations depuis juillet 2002, et, en particulier, avec celui associé à l'annonce du 4 décembre 2002 du projet d'avance d'actionnaire, qui avaient déjà produit un tel effet sur les marchés financiers et entraîné une amélioration des conditions d'emprunt pour FT». Au point suivant, il explique qu'«il paraît exclu que le projet d'avance d'actionnaire faisant l'objet du contrat signé, paraphé et envoyé par l'ERAP à FT ait pu avoir, à l'instar de son annonce du 4 décembre 2002, une incidence identique ou, à tout le moins, similaire sur ces marchés» puisque «l'envoi du contrat d'avance d'actionnaire par l'ERAP à FT, le 20 décembre 2002, n'a pas été rendu public séparément et en sus de l'annonce, intervenue le 4 décembre 2002, du projet d'avance d'actionnaire».

23. Aux points 251 à 256 de l'arrêt attaqué, le Tribunal examine si la Commission «a établi à suffisance de droit que la seule faculté pour FT de recourir, de manière unilatérale et inconditionnelle, à la ligne de crédit de 9 milliards d'euros ayant fait l'objet du contrat d'avance d'actionnaire constituait un avantage à son profit, alors même que le projet de contrat n'a jamais été signé par elle ni été

exécuté». En effet, selon le Tribunal, il ressort de la décision litigieuse, «avec le minimum de clarté et de précision requis», que la Commission avait pris en compte un tel avantage, supplémentaire et distinct par rapport à celui décrit aux points 235 à 237 dudit arrêt, découlant des «déclarations depuis juillet 2002» et de l'annonce du 4 décembre 2002 (points 248 à 250). Au terme de son analyse, le Tribunal conclut qu'une telle preuve fait défaut, faute, pour la Commission, d'avoir examiné si, compte tenu des conditions régissant l'exécution du contrat de crédit en cause, celui-ci impliquait concrètement des effets économiques avantageux pour FT (point 257).

24. Aux points 262 et suivants de l'arrêt attaqué, le Tribunal aborde la question de savoir si les avantages précédemment identifiés découlent d'un transfert de ressources d'État. Il écarte, tout d'abord, la thèse des sociétés Bouygues selon laquelle un tel transfert résulterait des déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002, en raison du caractère ouvert, imprécis et conditionnel de ces déclarations et du fait qu'il n'était pas démontré qu'elles remplissaient «les conditions d'un engagement unilatéral juridiquement obligatoire de l'État ne fût-ce que sous forme d'une lettre d'intention, [impliquant] un transfert de ressources d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE» (points 268 à 289).

25. Le Tribunal examine ensuite si un transfert de ressources d'État est établi en ce qui concerne, d'une part, l'annonce du 4 décembre 2002 et, d'autre part, l'offre du contrat d'avance d'actionnaire du 20 décembre 2002.

26. S'agissant de l'annonce du 4 décembre 2002, le Tribunal constate que ni la Commission ni les sociétés Bouygues n'ont soutenu que cette annonce comportait, au regard du droit administratif ou civil français, un transfert de ressources d'État et que, dès lors, l'examen d'une telle question ne lui incombait pas (points 293 à 295). Au point 296, le Tribunal ajoute que, «en tout état de cause, un transfert de ressources d'État résultant de l'annonce du 4 décembre 2002 ne pourrait correspondre qu'à un avantage résidant dans l'ouverture de la ligne de crédit de 9 milliards d'euros qui y était expressément envisagée. D'une part, ainsi qu'il a été rappelé au point 292 [de l'arrêt attaqué], la Commission a omis de caractériser, à suffisance de droit, un tel avantage dans la décision [litigieuse]. D'autre part, cet avantage est distinct de celui découlant des déclarations depuis juillet 2002, tel que retenu dans ladite décision (voir points 243 et suivants [de l'arrêt attaqué]), sans préjudice de la question de savoir si ce dernier consiste en l'amélioration des conditions de refinancement de FT et/ou en l'éventuelle augmentation du cours de ses actions et de ses obligations». Au point suivant, le Tribunal précise que «l'exigence de connexité entre l'avantage identifié et le transfert de ressources d'État suppose que ledit avantage corresponde à une charge équivalente grevant le budget étatique […]. Tel n'est pourtant pas le cas en l'espèce s'agissant de la relation entre l'avantage retenu dans la décision [litigieuse], qui résulte des déclarations depuis juillet 2002, d'une part, et le prétendu transfert de ressources publiques consistant dans l'ouverture d'une ligne de crédit de 9 milliards d'euros, telle qu'envisagée dans l'annonce du 4 décembre 2002 du projet d'avance d'actionnaire, d'autre part». Il conclut, par conséquent, que la Commission n'a pas démontré que l'annonce en question comportait un transfert de ressources d'État.

27. En ce qui concerne l'offre du contrat d'avance d'actionnaire du 20 décembre 2002, le Tribunal se borne à considérer que, «dans la mesure où la Commission n'a pas établi à suffisance, dans la décision [litigieuse], un avantage découlant de l'offre contractuelle en tant que telle (voir points [254 à 257 de l'arrêt attaqué]), il n'est, à plus forte raison, pas possible pour le Tribunal de conclure à l'existence d'un transfert de ressources d'État qui serait connexe à cet avantage» (point 299).

28. Le Tribunal aborde enfin la question de savoir si, «sur le fondement de son approche globale (voir point 266 [de l'arrêt attaqué]), la Commission était néanmoins en droit d'apprécier les déclarations depuis juillet 2002 conjointement avec l'annonce du projet d'avance d'actionnaire et l'envoi du contrat d'avance d'actionnaire afin de conclure que le critère du transfert de ressources d'État était rempli en l'espèce» (points 302 à 309). Au terme de cet examen, il conclut que, «même s'il était loisible à la

Commission de tenir compte de l'ensemble des événements ayant précédé et influé sur la décision définitive prise par l'État français en décembre 2002 de soutenir FT au moyen d'une avance d'actionnaire pour caractériser un avantage, elle n'a pas réussi à démontrer l'existence d'un transfert de ressources d'État connexe à cet avantage».

III – La procédure devant la Cour et les conclusions des parties

29. Par acte déposé au greffe de la Cour le 4 août 2010, les sociétés Bouygues ont introduit un pourvoi contre l'arrêt attaqué (affaire C-399/10 P). Par acte déposé au greffe de la Cour le 5 août 2010, la Commission a également introduit un pourvoi contre cet arrêt (affaire C-401/10 P). Par ordonnance du président de la Cour du 28 février 2011, le Royaume de Danemark et la République fédérale d'Allemagne ont été admis à intervenir dans l'affaire C-399/10 P au soutien, respectivement, de la Commission et de la République française. Le Royaume de Danemark s'est par la suite désisté de son intervention. Par ordonnance du président de la Cour du 8 septembre 2011, les affaires C-399/10 P et C-401/10 P ont été jointes aux fins de la procédure orale et de l'arrêt.

30. Les sociétés Bouygues concluent, dans l'affaire C-399/10 P, à ce que la Cour annule l'arrêt attaqué; statue sur le fond et annule, d'une part, partiellement l'article 1er de la décision litigieuse en ce que la Commission y a implicitement mais nécessairement refusé de qualifier d'aide d'État les déclarations de l'État français des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002, et, d'autre part, l'article 2 de cette décision; subsidiairement, dans le cas où elle estimerait que le litige n'est pas en l'état d'être jugé, renvoie l'affaire devant le Tribunal pour qu'il statue à nouveau; condamne la Commission, FT, la République française et la République fédérale d'Allemagne aux dépens. Dans l'affaire C-401/10 P, elles renvoient aux demandes formulées dans leur pourvoi.

31. La Commission conclut, dans l'affaire C-401/10 P, à ce que la Cour annule l'arrêt attaqué, en tant que celui-ci a annulé l'article 1er de la décision litigieuse et condamné la Commission à supporter ses propres dépens ainsi que ceux exposés par la République française et par FT dans les affaires T-425/04 et T-444/04, et renvoie l'affaire devant le Tribunal pour un nouvel examen tout en réservant les dépens de l'instance. Dans l'affaire C-399/10 P, la Commission partage les conclusions des sociétés Bouygues sauf en ce qui concerne les demandes tendant à l'annulation de l'article 1er de la décision litigieuse en ce qu'il a implicitement mais nécessairement refusé de qualifier d'aide d'État les déclarations de l'État français des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002 ainsi qu'à l'annulation de l'article 2 de cette décision et à la condamnation de la Commission à supporter ses propres dépens et ceux exposés par les sociétés Bouygues.

32. FT et la République française concluent à ce que la Cour rejette les pourvois des sociétés Bouygues et de la Commission et, à défaut, renvoie l'affaire devant le Tribunal. Dans l'hypothèse où la Cour annulerait l'arrêt et refuserait de renvoyer l'affaire devant le Tribunal, elles concluent à ce que la Cour fasse droit en tout ou partie à leurs conclusions respectives en première instance et condamne les sociétés Bouygues et la Commission aux dépens.

33. La République fédérale d'Allemagne soutient les conclusions de la République française et conclut également à ce que la Cour condamne les sociétés Bouygues et la Commission aux dépens exposés par les parties intervenantes.

IV – Sur les pourvois

34. À l'appui de leur pourvoi dans l'affaire C-399/10 P, les sociétés Bouygues invoquent deux moyens, tirés, le premier, d'erreurs sur la qualification d'aide des déclarations de l'État français des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002 et, le second, d'erreurs dans la qualification d'aide de l'avance d'actionnaire consentie par l'État français à FT sous forme d'ouverture d'une ligne de crédit de 9 milliards d'euros au mois de décembre 2002.

35. Pour sa part, la Commission invoque trois moyens dans le cadre de son pourvoi dans l'affaire C-401/10 P. Le premier est tiré d'une motivation contradictoire de l'arrêt attaqué, le deuxième vise une prétendue erreur de droit dans l'interprétation de l'article 87, paragraphe 1, CE et le troisième soulève la question d'une dénaturation de la décision litigieuse.

A – *Sur les griefs tirés d'une violation de l'article 87, paragraphe 1, CE*

36. Aux points suivants, seront examinés, d'abord, les griefs soulevés par les sociétés Bouygues dans le cadre de leur premier moyen de pourvoi, tiré de ce que le Tribunal aurait à tort refusé de qualifier d'aide les déclarations de l'État français des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002 et, ensuite, conjointement, les griefs invoqués par les sociétés Bouygues, dans le cadre de leur second moyen de pourvoi, et par la Commission, dans le cadre de son deuxième moyen de pourvoi, portant sur la qualification d'aide de l'avance d'actionnaire accordée par l'État français à FT. Puisque la condition du financement des aides au moyen de ressources d'État est au cœur du débat entre les parties, il convient de faire précéder l'examen desdits griefs d'un bref rappel de la jurisprudence à cet égard.

1. Rappel de la jurisprudence sur la condition du financement de l'aide au moyen de ressources d'État

37. Selon une jurisprudence devenue constante, l'engagement de ressources étatiques figure parmi les conditions constitutives d'une aide, qui doit, dès lors, comporter une charge pour le budget de l'État.

38. S'il s'agit, au stade actuel de l'évolution du droit des aides d'État, d'un principe acquis, il n'en a cependant pas toujours été ainsi et, dans une première phase de sa jurisprudence, la Cour semblait plutôt orientée à repérer l'origine étatique d'une mesure *alternativement* dans la nature publique des ressources utilisées pour son financement *ou* dans son imputabilité à l'État [2]. Ainsi, dans un arrêt de 1985, devant se prononcer sur la nature d'aide d'une allocation aux agriculteurs financée par les excédents de gestion de la Caisse nationale française de crédit agricole, la Cour affirmait expressément qu'«une aide ne doit pas nécessairement être financée par les ressources de l'État pour être qualifiée d'aide étatique» [3]. Quelques années plus tard, la Cour confirmait cette approche dans l'arrêt Kwekerij van der Kooy e.a./Commission [4] et, en 1988, dans un arrêt portant sur la qualification d'aide d'une bonification d'intérêts sur les crédits à l'exportation, consentie par les autorités helléniques par

2 — Cette orientation s'appuyait sur l'utilisation de la préposition disjonctive «ou» dans l'expression «aides octroyées par les États ou au moyen de ressources d'État», contenue dans l'ancien article 92, paragraphe 1, du traité CEE (devenu article 92, paragraphe 1, du traité CE, lui-même devenu, après modification, article 87 CE, paragraphe 1, CE, puis article 107 TFUE): voir, à ce sujet, Merola, M., «Le critère de l'utilisation des ressources publiques», dans *Les aides d'État,* Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, 2005, p. 15.

3 — Arrêt du 30 janvier 1985, Commission/France (290/83 Rec. p. 439, point 14). En l'espèce, alors qu'il ne faisait pas de doute que la mesure avait été décidée sur incitation des pouvoirs publics et était, dès lors, imputable à l'État, le gouvernement français soutenait que les excédents utilisés pour financer l'allocation étaient le produit financier d'une gestion bancaire d'épargne d'origine privée et non pas des ressources d'État.

4 — Arrêt du 2 février 1988 (67/85, 68/85 et 70/85, Rec. p. 219, points 32 à 38). Dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, il s'agissait de l'application aux Pays-Bas d'un tarif préférentiel du gaz naturel favorisant un groupe déterminé d'utilisateurs, fixé par les producteurs de gaz, parmi lesquels Gasunie, société de droit privé dont l'État néerlandais détenait directement ou indirectement 50 % du capital. La Cour, après avoir établi, au vu de la structure de l'actionnariat de Gasunie, que la fixation dudit tarif était le résultat d'un comportement imputable à l'État néerlandais, affirmait que «cette seule constatation suffit pour conclure que la fixation du tarif litigieux […] est […] susceptible de rentrer dans la notion d'aide accordée par un État membre aux termes de l'article 92 du traité».

l'intermédiaire de la Banque de Grèce [5], la Cour qualifiait ladite approche de «jurisprudence constante» [6]. La lecture de l'article 92 du traité CE selon laquelle le financement public de l'aide n'est pas une condition indispensable afin de qualifier d'aide une mesure dont l'imputabilité à l'État ne fait pas de doute était également soutenue par plusieurs avocats généraux [7].

39. À partir de l'arrêt Sloman Neptun [8], cependant, la Cour prend nettement position dans un sens inverse. En rejetant la thèse soutenue par la Commission, qui s'appuyait sur la jurisprudence évoquée ci-dessus, et contrairement aux conclusions de l'avocat général Darmon, la Cour affirmait, dans cet arrêt, que «seuls les avantages accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État sont à considérer comme des aides au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité» et qu'«il résulte des termes mêmes de cette disposition […] que les avantages accordés par d'autres moyens que des ressources d'État ne tombent pas dans le champ d'application des dispositions en cause» [9]. Le revirement a été confirmé dans l'arrêt Kirsammer-Hack [10], qui visait également le domaine de la législation sociale. Cette orientation à été suivie par la suite de manière constante [11]. Dans l'affaire PreussenElektra [12], la Cour avait été ouvertement invitée par la Commission à reconsidérer sa jurisprudence, en particulier à la lumière des développements récents de l'ordre juridique communautaire, mais elle n'a pas donné suite à cette invitation [13].

40. Si un avantage accordé à une ou à plusieurs entreprises doit être financé au moyen de ressources d'État pour qu'il puisse être considéré comme une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, en revanche, selon une jurisprudence constante, il n'est pas nécessaire d'établir, dans tous les cas, qu'il y ait eu un transfert de telles ressources [14]. La renonciation par l'État à percevoir des recettes, même si elle n'implique aucun transfert direct de ressources publiques, peut aussi constituer une aide au sens de l'article 107 TFUE [15]. Ainsi, la Cour a déjà jugé qu'une exemption ou un allégement fiscal [16], un report d'impôts et, à certaines conditions, des facilités de paiement de cotisations de sécurité sociale

5 — Arrêt du 7 juin 1988, Grèce/Commission (57/86, Rec. p. 2855, point 12).

6 — Il est cependant à noter que, déjà à cette époque, la Cour avait, à deux reprises, exclu l'existence d'une aide après avoir constaté que les avantages n'étaient pas accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État: voir arrêts du 24 janvier 1978, van Tiggele (82/77, Rec. p. 25, point 24), et du 13 octobre 1982, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will e.a. (213/81 à 215/81, Rec. p. 3583, point 22).

7 — Voir conclusions des avocats généraux VerLoren van Themaat dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will e.a., précité; Slynn dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Grèce/Commission, précité, et Darmon dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 17 mars 1993, Sloman Neptun (C-72/91 et C-73/91, Rec. p. I-887). Plus récemment voir conclusions de l'avocat général Poiares Maduro dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 23 mars 2006, Enirisorse (C-237/04, Rec. p. I-2843), points 44-53.

8 — Arrêt précité.

9 — La Cour précisait, au point 19, que «la distinction entre aides accordées par l'État et aides accordées au moyen de ressources d'État est destinée à inclure dans la notion d'aide non seulement les aides accordées directement par l'État, mais également celles accordées par des organismes publics ou privés, désignés ou institués par l'État». Dans un arrêt postérieur, la Cour précisa que la condition du transfert de ressources d'État ne remplaçait pas celle de l'imputabilité à l'État des avantages accordés aux bénéficiaires des mesures en cause, mais s'ajoutait à celle-ci: arrêt du 16 mai 2002, France/Commission (C-482/99, Rec. p. I-4397, point 24).

10 — Arrêt du 30 novembre 1993 (C-189/91, Rec. p. I-6185).

11 — Voir arrêts du 1er décembre 1998, Ecotrade (C-200/97, Rec. p. I-7907, point 36), où se posait la question de savoir si la loi italienne instituant la procédure d'administration extraordinaire des grandes entreprises en crise, dérogatoire aux règles de droit commun en matière de faillite, renfermait des éléments d'aide, et du 17 juin 1999, Piaggio (C-295/97, Rec. p. I-3735), qui visait la même loi italienne. Dans la même ligne jurisprudentielle, bien qu'avec quelques différences dans le raisonnement suivi, voir également arrêt du 7 mai 1998, Viscido e.a. (C-52/97 à C-54/97, Rec. p. I-2629).

12 — Arrêt du 13 mars 2001 (C-379/98, Rec. p. I-2099).

13 — Il est intéressant de noter que, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt PreussenElektra, précité, les coûts de la mesure en cause étaient principalement mis à la charge d'opérateurs privés actifs sur le même marché des bénéficiaires de l'aide, avec l'effet de fausser davantage le jeu de la concurrence.

14 — Arrêts du 15 mars 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, Rec. p. I-877, point 14); du 27 juin 2000, Commission/Portugal (C-404/97, Rec. p. I-4897, point 45), et France/Commission, précité (point 36).

15 — Voir, en particulier, arrêts Banco Exterior de España, précité (point 14), et du 19 mai 1999, Italie/Commission (C-6/97, Rec. p. I-2981, point 16).

16 — Voir arrêts Banco Exterior de España, précité (point 14); Italie/Commission, précité (point 16), ainsi que du 19 septembre 2000, Allemagne/Commission (C-156/98, Rec. p. I-6857, points 26 et 27).

accordées de façon discrétionnaire à une entreprise par l'organisme chargé de leur collecte [17], la fourniture de biens ou de services à des conditions préférentielles [18], la renonciation effective à des crédits publics ou une exonération de l'obligation de paiement des amendes et sanctions pécuniaires [19] peuvent remplir la condition du financement au moyen de ressources d'État.

41. Dans l'arrêt Ecotrade, la Cour a en outre admis qu'«une charge supplémentaire pour les pouvoirs publics» pourrait résulter de l'octroi d'une garantie d'État [20], cas de figure explicitement évoqué par les sociétés Bouygues à l'égard des déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002. À cet égard, je rappelle que, dans sa communication sur les aides d'État sous forme de garanties (ci-après la «communication sur les aides sous forme de garanties») [21], s'agissant de la question de l'engagement de ressources publiques, la Commission précise, «afin de dissiper les doutes à ce sujet», que, lorsque la prise de risque de la part de l'État n'est pas rémunérée par une prime appropriée, «il y a à la fois avantage pour l'entreprise et ponction sur les ressources publiques». Par conséquent, l'aide serait accordée «au moment où la garantie est offerte, et non au moment où elle est mobilisée ou à celui où elle entraîne des paiements» et «elle existerait même si, finalement, l'État n'est pas amené à faire des paiements au titre de la garantie accordée» [22]. L'utilisation de ressources publiques découlerait donc non pas de la charge, future et incertaine, qui serait supportée par le budget de l'État dans l'hypothèse d'une réalisation de la garantie, mais du fait, pour ce dernier, *d'assumer, sans contrepartie adéquate, le risque d'une telle perte,* ce qui, selon la Commission, constitue un manque à gagner actuel. Plus précisément, c'est la combinaison de ces deux éléments, la prise de risque et l'absence de prime appropriée, qui donnerait lieu à une mobilisation de ressources publiques, dans le cas d'une garantie [23].

42. Enfin, il convient de rappeler que, ainsi qu'il a été correctement mis en exergue par les sociétés Bouygues, dans l'affaire Ecotrade, précitée, la Cour a reconnu que même une *charge future et potentielle* pour les pouvoirs publics pourrait suffire à remplir la condition d'utilisation de ressources étatiques [24].

2. Sur la qualification d'aide des déclarations de l'État français des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002 (premier moyen de pourvoi dans l'affaire C-399/10 P)

43. Par leur premier moyen de pourvoi, les sociétés Bouygues font grief au Tribunal d'avoir à tort rejeté la qualification d'aide des déclarations de l'État français des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002. Ce moyen est divisé en trois branches. Par la première branche, les sociétés Bouygues reprochent au Tribunal d'avoir commis des erreurs quant à la définition des conditions requises pour qu'une déclaration de soutien puisse impliquer un engagement de ressources d'État [voir point a) ci-dessous].

17 — Arrêt du 29 juillet 1999, DM Transport (C-256/97, Rec. p. I-3913).

18 — Arrêt du 11 juillet 1996, SFEI e.a. (C-39/94, Rec. p. I-3547, point 59).

19 — Arrêt Piaggio, précité (points 41 et 42).

20 — Voir arrêt du 1er décembre 1998, Ecotrade (C-200/97, Rec. p. I-7907, point 43). Voir également arrêts de la Cour du 27 juin 2000, Commission/Portugal (C-404/97, Rec. p. I-4897), et du Tribunal du 13 juin 2000, EPAC/Commission (T-204/97 et T-270/97, Rec. p. II-2267), où le Tribunal précise que «l'octroi d'une garantie par l'État ne saurait échapper à l'interdiction de l'article 92 du traité au seul motif que ce n'est pas par une mobilisation immédiate et certaine de ressources étatiques que cet avantage a été accordé à l'entreprise bénéficiaire» (point 81).

21 — JO 2008, C 155, p. 10.

22 — En ce sens, voir arrêt.

23 — À ma connaissance, la Cour ne s'est pas encore expressément prononcée sur cette question (voir cependant arrêt du 8 décembre 2011, Residex Capital IV, C-275/10, Rec. p. I-13043, dans lequel la Cour, à l'instar de la communication sur les aides sous forme de garanties, identifie l'élément d'aide dans le coût financier moindre que le bénéficiaire de la garantie d'État supporte par rapport à celui qu'il aurait supporté s'il avait dû se procurer le financement ou la garantie aux prix du marché). En ce qui concerne le Tribunal, voir arrêt EPAC/Commission, précité (points 80 et 81). Voir également, plus récemment, arrêts du Tribunal du 19 octobre 2005, Freistaat Thüringen/Commission (T-318/00 (Rec. p. II-4179, point 125), et du 10 novembre 2011, Elliniki Nafpigokataskevastiki e.a./Commission (T-384/08, point 92, qui renvoie au point 80 de l'arrêt EPAC/Commission, précité).

24 — En effet, au point 41 de cet arrêt, la Cour a admis que, «compte tenu du rang prioritaire des créances liées à la poursuite de l'activité économique», l'autorisation donnée aux entreprises soumises à la procédure d'administration extraordinaire de poursuivre leur activité «pourrait impliquer une charge supplémentaire pour les pouvoirs publics s'il était effectivement établi que l'État ou des organismes publics figurent parmi les principaux créanciers de l'entreprise en difficulté».

Dans la deuxième branche, elles invoquent une dénaturation des règles de droit national exposées devant la Commission [voir point b) ci-dessous]. Enfin, par la troisième branche de leur premier moyen, elles font valoir une erreur de qualification que le Tribunal aurait commise en refusant à tort de prendre en compte, au titre de l'utilisation de ressources publiques, les effets économiques liés à l'attente suscitée par les déclarations de l'État [voir point c) ci-dessous].

a) Sur les erreurs prétendument commises par le Tribunal quant à la définition des conditions requises pour qu'une déclaration de soutien de l'État puisse impliquer une utilisation de ressources publiques (première branche du premier moyen dans l'affaire C-399/10 P)

44. Dans le cadre de la première branche de leur premier moyen de pourvoi, les sociétés Bouygues, sans remettre en cause en tant que telle la condition du financement de l'aide au moyen de ressources d'État, contestent les exigences auxquelles le Tribunal a subordonné la preuve de la satisfaction de cette condition s'agissant des déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002. En premier lieu, le Tribunal se serait à tort fondé sur le caractère futur et incertain du risque de la mobilisation des ressources publiques pour exclure la nature d'aide desdites déclarations. En deuxième lieu, contrairement à ce que soutient le Tribunal, le caractère indéfini des modalités d'intervention de l'État ainsi que du montant garanti ne serait pas un élément décisif pour exclure un engagement de ressources étatiques, la notion de garantie ne se limitant pas aux sûretés classiques prévues et réglementées par le droit national. Enfin, les sociétés Bouygues font valoir que le Tribunal a à tort considéré nécessaire un engagement juridiquement contraignant de l'État afin de démontrer une utilisation de ressources publiques.

45. Les griefs exposés ci-dessus sont dirigés contre les points 279 et 280 de l'arrêt attaqué. Au point 279, après avoir analysé la nature des déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002 (points 272 à 278 de l'arrêt attaqué), le Tribunal conclut que, «en raison de leur caractère ouvert, imprécis et conditionnel, en particulier en ce qui concerne la nature, la portée et les conditions d'une éventuelle intervention étatique en faveur de FT […], [ces déclarations] ne peuvent être assimilées à une garantie étatique ou être interprétées comme dévoilant un engagement irrévocable à apporter un concours financier précis au profit de FT». Il poursuit en précisant, au point suivant, qu'«un engagement concret, inconditionnel et irrévocable de ressources publiques de la part de l'État français aurait supposé que ces déclarations précisent de manière explicite soit les sommes exactes à investir, soit les dettes concrètes à garantir, soit, à tout le moins, un cadre financier prédéfini, tel qu'une ligne de crédit à concurrence d'un certain montant, ainsi que les conditions d'octroi du concours envisagé».

46. Je relève d'emblée que les affirmations du Tribunal reprises au point précédent sortent du contexte d'une analyse conduite au regard du droit national pertinent, à laquelle le Tribunal se livre seulement aux points 283 et suivants de l'arrêt attaqué. Or, j'avoue que cette démarche du Tribunal, consistant à analyser la question de savoir si une déclaration de soutien de l'État est constitutive d'un engagement juridiquement contraignant susceptible de mobiliser des ressources publiques sans faire référence aux dispositions pertinentes du droit national applicable, me laisse perplexe.

47. Par ailleurs, et à supposer qu'une telle analyse soit autorisée, j'ai également des réserves de fond à l'égard des conditions fixées par le Tribunal au point 280 de l'arrêt attaqué. Celles-ci me paraissant, en effet, excessivement restrictives, en ce qu'elles aboutissent à exclure que puisse entraîner un transfert de ressources publiques toute mesure de soutien dont les effets économiques peuvent être assimilés à ceux d'une garantie de l'État[25] mais dont l'exacte portée, en termes de risque financier pesant sur le

25 — On peut songer, par exemple, aux garanties implicites, découlant du régime juridique particulier applicable au bénéficiaire ou, encore, à des lettres d'intention ou de patronage. Je relève, à cet égard, que, aux sens de la communication sur les aides sous forme de garanties, rentre dans la notion de «garantie» aux fins de l'application de cette communication «toute mesure de soutien dont les effets économiques sont équivalents à ceux d'une garantie» et qui découlent soit d'une disposition du droit national, soit du comportement de l'administration. Ainsi, entre autres, la Commission distingue entre garanties provenant d'une «source contractuelle» ou d'une «autre source juridique», par opposition aux «garanties dont la forme est moins visible», en mentionnant, à titre d'exemple, les «engagements fournis verbalement».

budget public, n'est pas encore mesurable au moment où ladite mesure est arrêtée [26], et cela *même lorsque, en vertu du droit national applicable, une telle mesure fait naître à la charge de l'État une obligation juridiquement contraignante*. Une telle exclusion de principe ne me paraît pas justifiée notamment à la lumière de la jurisprudence de la Cour selon laquelle il y a lieu, au stade de la qualification d'une mesure en tant qu'aide d'État, de tenir compte des effets que celle-ci est susceptible de produire [27].

48. Cela étant dit, je n'estime pas nécessaire d'examiner davantage cette question. En effet, le rejet par le Tribunal de l'allégation des sociétés Bouygues selon laquelle les déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002 constituent des aides d'État se fonde pour l'essentiel sur d'autres motifs que ceux indiqués aux points 279 et 280 de l'arrêt attaqué. Puisque, comme je l'exposerai ci-dessous, j'estime que les griefs soulevés par les sociétés Bouygues à l'encontre de ces motifs doivent être rejetés dans leur intégralité, il s'ensuit que, même si j'en arrivais à la conclusion que le Tribunal a commis une erreur de droit au point 280 de l'arrêt attaqué, une telle erreur ne serait pas, à elle seule, suffisante pour conduire à l'annulation de l'arrêt attaqué.

49. Je passe donc à l'analyse des griefs soulevés par les sociétés Bouygues à l'encontre des motifs de l'arrêt attaqué par lesquels le Tribunal a exclu, d'une part, sur la base des règles du droit civil et administratif français, que les déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002 aient fait naître à la charge de l'État une obligation juridiquement contraignante [voir point b) ci-dessous] et, d'autre part, qu'elles aient pu comporter un engagement de ressources étatiques même en l'absence de toute obligation juridique [voir point c) ci-dessous].

b) Sur la prétendue dénaturation des règles de droit national exposées devant la Commission (deuxième branche du premier moyen dans l'affaire C-399/10 P)

50. Les sociétés Bouygues font valoir que c'est par une dénaturation des règles de droit interne qui lui ont été soumises que le Tribunal a jugé que certains éléments des déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002, notamment l'absence de précision, de clarté et de fermeté quant aux moyens à mettre en œuvre pour remédier aux problèmes de financement de FT, le caractère conditionné à la survenance de difficultés de financement de FT ainsi que le fait que ces déclarations étaient tournées vers l'avenir, faisaient obstacle à la reconnaissance d'une obligation juridique à la charge de l'État en droit civil ou administratif français.

51. Je rappelle que la Cour s'est récemment prononcée sur les limites du contrôle qu'elle exerce dans le cadre d'un pourvoi sur les constatations faites par le Tribunal à l'égard du droit national d'un État membre [28]. En particulier, elle a précisé qu'elle «est compétente pour examiner, tout d'abord, si le Tribunal, sur le fondement des documents et des autres pièces qui lui ont été soumis, n'a pas dénaturé le libellé des dispositions nationales en cause ou de la jurisprudence nationale qui leur est relative ou encore des écrits de doctrine qui les concernent, ensuite si le Tribunal ne s'est pas livré, au

26 — À titre incident, je note que les conditions énoncées au point 280 de l'arrêt attaqué, exigeant que la portée de la garantie accordée soit mesurable au moment de son octroi, figurent parmi celles énumérées au point 3.2 de la communication sur les aides sous forme de garanties, qui doivent être remplies pour que le principe de l'investisseur privé en économie de marché soit respecté. En d'autres termes, à défaut des mêmes exigences tenant à la définition du cadre financier de la mesure de soutien, la Commission considère que la mesure est susceptible de constituer une aide, alors que le Tribunal estime que celle-ci sort du champ d'application de l'article 107 TFUE, un engagement de ressources étatiques n'étant pas établi.

27 — Arrêts du 2 juillet 1974, Italie/Commission (173/73, Rec. p. 709, point 27); du 24 février 1987, Deufil/Commission (310/85, Rec. p. 901, point 8); du 26 septembre 1996, France/Commission (C-241/94, Rec. p. I-4551, point 20). En ce qui concerne plus spécifiquement la forme que prend le soutien de l'État, voir arrêts du 14 novembre 1984, Intermills/Commission (323/82, Rec. p. 3809, point 31); du 3 octobre 1991, Italie/Commission (C-261/89, Rec. p. I-4437, point 8); Allemagne/Commission, précité (point 25). Cette absence de formalisme se reflète d'ailleurs également sur la notion même de ressources d'État qui, selon la Cour «englobe tous les moyens pécuniaires que les autorités publiques peuvent effectivement utiliser pour soutenir des entreprises», voir arrêt du 16 mai 2002, France/Commission, précité (point 37), où la définition large fournie par la Cour visait à inclure les ressources financières d'entreprises publiques, qui bien que n'étant pas de façon permanente en possession du Trésor public, restaient néanmoins constamment sous contrôle public.

28 — Arrêt du 5 juillet 2011, Edwin/OHMI (C-263/09 P, Rec. p. I-5853). En l'espèce, la requérante invoquait la violation d'une règle de droit national rendue applicable au litige par le renvoi opéré par une disposition du droit de l'Union.

regard de ces éléments, à des constatations allant de façon manifeste à l'encontre de leur contenu et, enfin, si le Tribunal n'a pas, dans l'examen de l'ensemble des éléments, attribué à l'un d'entre eux, aux fins de constater le contenu de la législation nationale en cause, une portée qui ne lui revient pas par rapport aux autres éléments, pour autant que cela ressorte de façon manifeste des pièces du dossier» [29].

52. En l'espèce, au soutien de leur grief de dénaturation, les sociétés Bouygues se réfèrent, en premier lieu, à un avis juridique sollicité par la Commission et annexé à ses écritures devant le Tribunal. Il ressortirait d'un tel avis que, en droit français, un engagement d'aboutir à un résultat clair et précis fait naître une obligation de résultat, le manque de précision ou de clarté quant aux moyens d'atteindre un tel résultat étant indifférent.

53. Contrairement à ce que soutient FT, cet argument est recevable, car il s'inscrit dans le cadre du moyen tiré d'une interprétation erronée du droit français par la Commission, que les sociétés Bouygues ont soulevé en première instance. Quant au fond, dans la mesure où les sociétés Bouygues entendent faire valoir une dénaturation du contenu de l'avis juridique mentionné ci-dessus, leur argumentation doit être rejetée, faute d'avoir précisé en quoi consisterait une telle dénaturation, celle-ci ne pouvant être inférée de la seule constatation que le Tribunal n'a pas suivi la thèse exposée dans cet avis. Dans la mesure où, en revanche, les sociétés Bouygues s'appuient sur l'avis juridique en question pour soutenir une dénaturation des règles de droit interne, je relève, d'une part, qu'il ressort des termes mêmes dudit avis que son auteur se borne à étayer la thèse selon laquelle il *paraît vraisemblable* de qualifier, en droit commercial français, les déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002 d'«engagement de patronage» [30]. D'autre part, ainsi que l'observe le Tribunal au point 283 de l'arrêt attaqué, il ressort également de cet avis qu'une telle thèse repose sur la prémisse que lesdites déclarations expriment un engagement de l'État clair et précis, bien que relativement indéterminé, prémisse qui est précisément rejetée par le Tribunal aux points 272 à 278 de l'arrêt attaqué [31]. Il en va de même en ce qui concerne l'arrêt de la Cour de cassation du 9 juillet 2002, Lordex, cité par ledit avis [32].

54. En second lieu, les sociétés Bouygues soutiennent que, selon les règles du droit administratif français soumises au Tribunal, des déclarations de l'État au soutien d'une entreprise sont susceptibles d'engager juridiquement l'État.

55. Elles font valoir, tout d'abord, que «la jurisprudence administrative reconnaît force obligatoire aux promesses d'État». En particulier, elles citent un arrêt du Conseil d'État du 30 juin 1922, Lamiable et autres, selon lequel il suffirait que l'administration se soit comportée de «façon à donner la conviction» qu'elle agirait d'une certaine manière pour qu'il y ait un engagement de l'État. Cet arrêt serait applicable en l'espèce où, ainsi que le Tribunal lui-même l'aurait reconnu, les déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002 ont fait naître une attente du marché. À cet égard, je relève que ce même argument a été soulevé par les sociétés Bouygues devant le Tribunal et a été rejeté au point 284 de l'arrêt attaqué, essentiellement au motif qu'il présuppose que lesdites déclarations puissent être considérées comme suffisamment claires, précises, inconditionnelles et fermes, ce que le Tribunal a exclu aux points 272 à 278 du même arrêt. Or, il ressort du texte dudit arrêt Lamiable et autres et des autres arrêts du Conseil d'État cités par les sociétés Bouygues et annexés à leurs

29 — Ibidem, point 53.

30 — En particulier, dans les passages de l'avis en cause auxquels revoient les sociétés Bouygues, l'auteur dudit avis conclut qu'«il *semble possible* de démontrer que les déclarations de l'État effectuées entre juillet 2002 et décembre 2002, présentent bien les caractéristiques d'une garantie sous forme d'engagement unilatéral dont la qualification en tant qu'engagement de patronage *paraît vraisemblable,* en dépit de son caractère original» (c'est moi qui souligne).

31 — Les conclusions auxquelles le Tribunal parvient en ce qui concerne le caractère vague, imprécis et conditionnel des déclarations de l'État au soutien de FT relèvent d'appréciations en fait, à l'encontre desquelles les sociétés Bouygues ne soulèvent pas, de manière directe et expresse, un moyen de dénaturation, celle-ci étant invoquée au regard des règles pertinentes du droit français.

32 — Dans cet arrêt, la Cour de cassation, tout en rejetant la qualification de cautionnement, a retenu l'existence d'une obligation juridique de résultat à l'égard d'une lettre d'intention émanant d'une société mère indiquant «nous veillerons, à compter de ce jour, au bon déroulement de cette opération et […] nous ferons, envers vous, le nécessaire pour la mener à bonne fin».

écritures [33] que le Tribunal n'a pas fait une lecture manifestement erronée de cette jurisprudence et qu'il n'a pas dénaturé sa portée lorsqu'il a considéré qu'elle faisait découler la responsabilité de l'administration de l'existence d'assurances précises données aux administrés ou d'un comportement laissant clairement entendre l'intention de l'administration d'agir dans un sens déterminé. L'argument que les sociétés Bouygues tirent de cette jurisprudence n'est donc pas fondé.

56. Les sociétés Bouygues se réfèrent, ensuite, à la circulaire du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie du 22 juillet 2003, relative au recensement des dispositifs de garantie implicite ou explicite accordée par l'État et à sa notice explicative jointe. Il ressortirait de ces actes que la garantie d'État peut prendre la forme d'une «garantie implicite», définie comme un acte administratif «qui produit et comporte des conséquences financières pour l'État», qu'elle peut découler, notamment, d'une «lettre ministérielle ou [de] toute autre base» et que même des garanties qui ont pu être accordées sans base juridique valable peuvent néanmoins «créer des droits au profit de leurs bénéficiaires». À cet égard, j'observe que, au point 285 de l'arrêt attaqué, le Tribunal affirme que les sociétés Bouygues ne peuvent se prévaloir de cette circulaire et de cette notice, dès lors que les déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002 «ne contiennent aucun élément de nature à établir la présence d'une garantie implicite de l'État français en faveur de FT» et il renvoie au point 284 du même arrêt [34], dans lequel il rejette l'applicabilité en l'espèce de la jurisprudence administrative citée par les sociétés Bouygues. Il s'ensuit que, afin de surmonter l'objection du Tribunal quant au caractère inopérant de ladite circulaire et de sa notice explicative, il revenait à ces dernières de remettre en cause les conclusions contenues audit point 284. Or, les arguments avancés par elles ne permettent pas de parvenir à un tel résultat.

57. L'examen des arguments avancés par les sociétés Bouygues au soutien de cette deuxième branche de leur premier moyen de pourvoi ne permet pas d'étayer la dénaturation des règles de droit français qui est alléguée. De manière générale, s'oppose à la reconnaissance du bien-fondé de ces arguments la conclusion à laquelle le Tribunal parvient au regard du caractère vague, imprécis et conditionnel des déclarations de l'État au soutien de FT. Or, d'une part, cette conclusion relève d'appréciations en fait, à l'encontre desquelles les sociétés Bouygues ne soulèvent pas, de manière directe et expresse, un grief de dénaturation. D'autre part, les arguments avancés par elles ne visent, et, en tout état de cause, ne parviennent pas, à démontrer que les juridictions civiles ou administratives françaises auraient manifestement porté une appréciation en fait différente sur la nature de ces déclarations.

58. Dans ces circonstances, cette branche du premier moyen de pourvoi des sociétés Bouygues doit être rejetée.

c) Sur l'erreur de qualification prétendument commise par le Tribunal du fait qu'il a refusé de prendre en compte au titre de l'utilisation des ressources publiques les effets économiques liés à l'attente suscitée par les déclarations de l'État (troisième branche du premier moyen dans l'affaire C-399/10 P)

59. Avant d'examiner la troisième branche du premier moyen de pourvoi des sociétés Bouygues, il convient d'aborder le troisième grief soulevé par celles-ci dans le cadre de la première branche de ce même moyen, tiré de ce que le Tribunal aurait à tort considéré nécessaire un engagement juridiquement contraignant de l'État pour conclure à une mobilisation de ressources publiques. Selon les sociétés Bouygues, puisque la forme de l'intervention de l'État est indifférente et que seuls les effets de celle-ci doivent être pris en compte, la démonstration d'un risque financier économique,

33 — Outre l'arrêt Lamiable et autres, précité, produit devant le Tribunal, les sociétés Bouygues ont annexé à leur pourvoi, entre autres, les arrêts du Conseil d'État du 3 mars 1993, Comité central d'entreprise de la société d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes, et du 26 octobre 1973, Société civile immobilière «Résidence Arcole», arrêts cités et commentés dans la consultation de Me Sureau du 14 janvier 2004 annexée à la requête en première instance.

34 — Dans ce point, le Tribunal conclut qu'«il n'est […] pas établi que, compte tenu de leurs caractéristiques intrinsèques, [les déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002] soient susceptibles de fonder un […] engagement juridiquement contraignant et inconditionnel de l'État français de soutenir FT».

même non fondé sur une obligation juridique résultant de cette intervention, suffirait pour qu'il y ait utilisation des ressources d'État. La République française s'oppose à une telle argumentation, en invoquant, à son appui, l'arrêt de la Cour Autriche/Commission [35] ainsi que l'arrêt du Tribunal Fleuren Compost [36].

60. Dans l'affaire ayant donné lieu au premier de ces arrêts, la Commission soutenait que, en raison d'une promesse inconditionnelle et légalement contraignante faite au bénéficiaire de l'aide litigieuse avant sa notification, équivalant à une mise en exécution de l'aide, la République d'Autriche était empêchée de se prévaloir de la jurisprudence Lorenz. Selon la Commission, une telle promesse produisait, en droit autrichien, les mêmes effets qu'une législation instituant une aide, parce qu'elle obligeait légalement les autorités autrichiennes à accorder l'aide promise. La Cour, en réponse à cet argument, se borna à constater que les autorités autrichiennes avaient expressément subordonné l'octroi de l'aide à l'autorisation préalable de la Commission et que, par conséquent, celle-ci n'avait pas apporté d'éléments permettant de considérer que l'aide en cause avait été promise de manière inconditionnelle et, dès lors, juridiquement contraignante selon le droit autrichien, avant sa notification. L'affaire Fleuren Compost, précitée, posait, en revanche, la question de savoir à quel moment l'aide en cause avait été accordée, c'est-à-dire lors de l'envoi par les autorités néerlandaises d'un accusé de réception de la demande de subvention introduite par la requérante, comme le soutenait cette dernière, ou lors de la décision d'octroi adoptée à la suite de l'examen de ladite demande, comme le soutenait la Commission. Le Tribunal précisa que le critère pertinent était celui de «l'acte juridiquement contraignant par lequel l'autorité [nationale] compétente s'engage à accorder l'aide» [37].

61. À l'instar des sociétés Bouygues, je ne crois pas que l'on puisse donner aux arrêts cités ci-dessus le sens et la portée que leur confère le gouvernement français. En particulier, je ne pense pas qu'il soit possible de déduire de l'arrêt Autriche/Commission, précité, qu'«il pose un principe général selon lequel l'existence d'un engagement juridiquement contraignant est nécessaire pour caractériser une aide», ainsi que le soutient ledit gouvernement. En effet, cet arrêt, tout comme l'arrêt Fleuren Compost, précité, ne se prononce pas sur la notion d'aide, mais concerne uniquement la question de savoir quand une mesure d'aide projetée peut se considérer comme ayant été octroyée, afin de décider du régime juridique qui lui est applicable [38]. En outre, dans l'arrêt Autriche/Commission, précité, la seule question soulevée par la Commission, et examinée par la Cour, était celle de savoir si la promesse d'octroyer l'aide faite par les autorités autrichiennes faisait naître, en droit autrichien, une obligation juridiquement contraignante à la charge de l'État d'agir en ce sens. À aucun moment, en revanche, s'est posée la question de savoir si un engagement de ressources étatiques peut être envisagé même en l'absence d'une telle obligation. Enfin, comme le soulignent correctement les sociétés Bouygues, dans les deux affaires, il n'avait pas été établi, ni même soutenu, que les actes visés (la promesse d'octroyer l'aide dans l'affaire Autriche/Commission, précitée, et l'accusé de réception de la demande d'aide dans l'affaire Fleuren Compost, précitée) avaient conféré un avantage quelconque aux futurs bénéficiaires de l'aide, comme c'est en revanche le cas en l'espèce s'agissant des déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002.

35 — Arrêt du 15 février 2001 (C-99/98, Rec. p. I-1101).

36 — Arrêt du 14 janvier 2004 (T-109/01, Rec. p. II-127).

37 — Point 74.

38 — Dans l'arrêt Autriche/Commission, précité, se posait la question de savoir si la mesure en cause devait être considérée comme une aide nouvelle ou comme une aide existante, alors que, dans l'arrêt Fleuren Compost, précité, il s'agissait de vérifier si la mesure litigieuse relevait ou non d'un régime d'aide préalablement autorisé par la Commission.

62. Cela étant précisé, et bien que la thèse du gouvernement français, selon laquelle un engagement juridiquement contraignant de l'État est toujours nécessaire pour qu'une mesure de soutien à une entreprise puisse être considérée comme accordée au moyen de ressources publiques, ne me convainque pas totalement [39], je n'estime pas nécessaire d'examiner davantage cette question, dans la mesure où le Tribunal a néanmoins examiné, au point 288 de l'arrêt attaqué, si, «*en l'absence de caractère juridiquement contraignant,* au regard du droit national, du prétendu engagement résultant des déclarations depuis juillet 2002, celles-ci comporteraient un transfert de ressources d'État» [40]. La troisième branche du premier moyen des sociétés Bouygues porte précisément sur cet examen.

63. Dans cette branche, les sociétés Bouygues soutiennent, en substance, que le Tribunal, après avoir reconnu que l'État français avait mis en œuvre, par les déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002, une stratégie fondée sur sa renommée de créditeur et de débiteur solvable et fiable pour rétablir la confiance des marchés, a, par la suite, ignoré le corollaire d'une telle stratégie, à savoir que cet État aurait subi une perte de crédibilité sur les marchés s'il avait déçu l'attente qu'il avait ainsi créée. Elles font observer que, dans la décision litigieuse, la Commission a reconnu, sur la base d'une étude économique qu'elle avait commissionnée, que cette perte de réputation représentait un coût très important pour l'État. S'agissant d'une question économique complexe, la Commission aurait disposé d'un pouvoir d'appréciation et il n'appartenait pas au Tribunal de substituer sa propre analyse à celle de la Commission.

64. Je relève, tout d'abord, que, après avoir examiné, aux considérants 214 à 218 de la décision litigieuse, tant la question de savoir si les déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002 étaient contraignantes en droit interne que celle de savoir si elles étaient susceptibles de mettre en jeu la crédibilité de l'État, la Commission conclut, au considérant 218, que, «pris dans leur ensemble, [les éléments considérés] peuvent être considérés comme risquant effectivement de mettre en danger des ressources d'État (soit en engageant la responsabilité de l'État vis-à-vis des investisseurs, soit en augmentant le coût des transactions futures de l'État)» et que «la thèse d'après laquelle les déclarations des autorités françaises à partir de juillet 2002 seraient des aides est donc une thèse innovante, mais probablement pas dépourvue de fondement». Cependant, au considérant 219 de la décision litigieuse, elle estime ne pas pouvoir «établir de manière irréfutable la présence d'aides sur cette base». Il s'ensuit que, comme l'observe à juste titre le Tribunal au point 288 de l'arrêt attaqué, la Commission a finalement renoncé à prendre une position définitive sur la question de savoir si les déclarations citées ci-dessus étaient susceptibles de causer une perte de crédibilité de l'État sur les marchés financiers qui entraînerait, pour ce dernier, un risque financier sous forme d'augmentation du coût de ses transactions futures. Dans ces circonstances, les sociétés Bouygues ne sont pas fondées à soutenir que le Tribunal aurait substitué sa propre appréciation à celle de la Commission lorsqu'il a affirmé, au point 288 de l'arrêt attaqué, qu'«il n'est pas avéré que, même en l'absence de caractère juridiquement contraignant, au regard du droit national, du prétendu engagement résultant des déclarations depuis juillet 2002, celles-ci comporteraient un transfert de ressources d'État».

65. Ensuite, j'estime que, dans la mesure où elles font grief au Tribunal de ne pas avoir tenu compte des retombées pour les finances publiques de l'attente créée sur les marchés par les déclarations en cause et d'avoir ainsi méconnu l'effet utile de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, les sociétés Bouygues demandent en réalité à la Cour de procéder à une nouvelle appréciation des faits. En effet, au point 288 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a jugé que, «à supposer même que le non-respect d'une éventuelle promesse de soutien de l'État français au profit d'une entreprise soit susceptible de mettre en péril sa crédibilité et sa réputation sur les marchés financiers, il n'en demeure pas moins que, en l'espèce, il n'est pas démontré que les déclarations depuis juillet 2002 comportaient un engagement

39 — En effet, à la lumière de la jurisprudence citée au point 47 ci-dessus, selon laquelle, au stade de la qualification d'une mesure comme aide d'État, il y a lieu de tenir compte de ses effets, l'on pourrait être amené à considérer remplie la condition de l'engagement de ressources étatiques lorsque le comportement de l'État est tel à créer une charge pour le budget de l'État en l'exposant, *en fait* sinon en droit, à un risque financier suffisamment concret.

40 — C'est moi qui souligne.

précis, inconditionnel et ferme en faveur de FT pouvant générer de telles conséquences préjudiciables». Il poursuit en observant que «le comportement des autorités françaises depuis juillet 2002 visait précisément à éviter de telles conséquences en laissant planer le doute sur la nature, sur la portée et sur les conditions exactes de [l']éventuelle intervention future [de l'État français]». De même, au point 282 de l'arrêt attaqué, après avoir reconnu que, par lesdites déclarations, l'État français avait entendu influer activement sur les marchés financiers afin de rétablir leur confiance, dans le but de préparer le refinancement de FT, le Tribunal affirme que «le seul fait que, dans un tel contexte, l'État français a eu recours à sa réputation particulière auprès des marchés financiers ne saurait suffire à démontrer que ses ressources étaient exposées à un risque tel qu'il puisse être considéré comme constitutif d'un transfert de ressources d'État».

66. Force est de constater que, contrairement à ce que soutiennent les sociétés Bouygues, le Tribunal a bien pris en compte la possibilité qu'un engagement de ressources publiques puisse découler des coûts entraînés par une éventuelle perte de crédibilité de l'État vis-à-vis des marchés financiers, mais qu'il l'a exclue en l'espèce faute d'un comportement de la part de l'État susceptible de mettre concrètement en péril une telle crédibilité. Cette conclusion se fonde, encore une fois, sur des appréciations factuelles concernant la teneur et la nature des déclarations en cause. À défaut d'un grief portant explicitement sur une dénaturation du contenu de ces déclarations, de telles appréciations échappent au contrôle de la Cour.

67. Pour les raisons exposées ci-dessus, j'estime que le troisième grief de la première branche du premier moyen des sociétés Bouygues ainsi que la troisième branche de ce moyen doivent être rejetés.

d) Conclusion sur le premier moyen dans l'affaire C-399/10 P

68. À la lumière de l'ensemble des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de rejeter le premier moyen de pourvoi dans l'affaire C-399/10 P, tiré d'erreurs dans la qualification d'aide des déclarations de l'État français des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002 dans son ensemble.

3. Sur la qualification d'aide de l'avance d'actionnaire (second moyen de pourvoi dans l'affaire C-399/10 P et deuxième moyen de pourvoi dans l'affaire C-401/10 P)

69. Par des argumentaires largement convergents, les sociétés Bouygues et la Commission contestent, sous différents aspects, le raisonnement qui a conduit le Tribunal à conclure, dans l'arrêt attaqué, que la Commission n'avait pas démontré à suffisance de droit l'existence d'une aide dans l'avance d'actionnaire accordée par l'État français à FT et à annuler l'article 1er de la décision litigieuse. Les divers griefs et arguments soulevés à cet égard par les requérantes dans les deux pourvois seront regroupés et examinés conjointement ci-dessous.

a) Sur l'erreur prétendument commise par le Tribunal en exigeant la démonstration d'un lien de connexité étroit entre avantage et engagement de ressources étatiques (première et deuxième sous-branches de la première branche du second moyen de pourvoi dans l'affaire C-399/10 P et première branche du deuxième moyen de pourvoi dans l'affaire C-401/10 P)

70. Tout en reconnaissant la nécessité d'établir un lien de connexité entre avantage et engagement de ressources publiques afin de pouvoir conclure à l'existence d'une aide d'État au sens de l'article 107 TFUE, les sociétés Bouygues et la Commission contestent la position adoptée par le Tribunal dans l'arrêt attaqué, selon laquelle une correspondance stricte entre ces deux éléments serait exigée. Une telle conception, à leur avis totalement novatrice, non seulement ne trouverait pas d'appui dans la jurisprudence de la Cour et du Tribunal, mais serait également contredite par celle-ci.

71. Le grief sous analyse est dirigé essentiellement contre le point 262 de l'arrêt attaqué, dans lequel le Tribunal, après avoir rappelé que l'avantage doit découler d'un transfert de ressources d'État, poursuit en précisant que «[c]ette exigence de connexité entre l'avantage identifié et l'engagement de ressources d'État suppose, en principe, que ledit avantage *soit étroitement lié à une charge correspondante* grevant le budget étatique» [41]. Au soutien de cette affirmation, le Tribunal renvoie au point 21 de l'arrêt Sloman Neptun, précité, au point 27 de l'arrêt Allemagne/Commission [42], et au point 58 de l'arrêt PreussenElektra, précité.

72. À titre liminaire, se pose la question de savoir ce que le Tribunal entend précisément lorsqu'il indique que l'avantage doit être étroitement lié à «une charge correspondante» ou, à d'autres endroits de l'arrêt attaqué, qu'il doit «correspondre à une charge équivalente» (point 297) ou, encore, qu'il doit avoir pour «contrepartie une diminution correspondante du budget étatique» (point 309). Selon FT et les gouvernements français et allemand, le Tribunal ne fait que réitérer l'exigence selon laquelle l'avantage doit être accordé directement ou indirectement au moyen de ressources étatiques, alors que les sociétés Bouygues et la Commission font valoir que la correspondance demandée par le Tribunal va au-delà d'un simple lien de connexité et exige qu'avantage et ressources dégagées «se confondent», y compris en ce qui concerne leur montant.

73. Pour ma part, si je ne suis pas convaincu que le Tribunal ait réellement entendu imposer la démonstration d'une équivalence en termes financiers entre avantage et charge, j'estime cependant qu'il ne s'est pas non plus borné à exiger la preuve de l'existence d'une simple corrélation entre ceux-ci, comme le prétend notamment FT. En effet, telle qu'elle est appliquée dans l'arrêt attaqué, l'exigence de correspondance entre avantage et charge théorisée par le Tribunal implique un lien à tel point étroit qu'à une charge donnée grevant le budget de l'État ne pourrait correspondre qu'un type prédéfini d'avantage, avec la conséquence que l'existence de tout lien est exclue lorsque avantage et charge ne sont pas du même ordre.

74. Or, si la jurisprudence exige l'existence d'un lien de connexité entre avantage et charge grevant le budget public, en ce sens que seuls les avantages accordés «directement ou indirectement au moyen de ressources d'État» [43] ou qui créent «une charge supplémentaire pour l'État» [44] constituent des aides au sens de l'article 107 TFUE, en revanche, elle n'exige pas la démonstration d'une correspondance stricte entre avantage et charge, telle qu'interprétée par le Tribunal dans l'arrêt attaqué. En particulier, une telle exigence n'est pas corroborée par les arrêts mentionnés au point 71 ci-dessus, auquel renvoie le Tribunal au point 262 de l'arrêt attaqué.

75. Comme je l'ai exposé au point 39 ci-dessus, le premier de ces arrêts, rendu dans l'affaire Sloman Neptun, précitée, marque une étape importante de la jurisprudence de la Cour, celle-ci ayant pris définitivement ses distances d'une interprétation de l'article 92 du traité qui ne considérait pas le financement public comme une condition nécessaire à la qualification d'aide d'une mesure imputable à l'État. Ainsi, au point 19 de cet arrêt, la Cour souligne que «seuls les avantages accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État sont à considérer comme des aides au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité», alors que «les avantages accordés par d'autres moyens que des ressources d'État» ne tombent pas sous l'empire de cette disposition. Dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, il était question d'une réglementation nationale régissant les relations contractuelles entre certaines entreprises de navigation maritime et leurs salariés. Au point 21 dudit arrêt, auquel renvoie le point 262 de l'arrêt attaqué, la Cour constate que, au vu de la finalité et de l'économie générale de la réglementation en cause, celle-ci ne visait pas «à créer un avantage qui

41 — C'est moi qui souligne.

42 — Arrêt du 19 septembre 2000 (C-156/98, Rec. p. I-6857, point 27).

43 — Voir, entre autres, outre les arrêts précités Sloman Neptun; PreussenElektra et Allemagne/Commission, les arrêts précités Kirsammer-Hack; Viscido e.a., et Ecotrade et l'arrêt du 5 mars 2009, UTECA, C-222/07, Rec. p. I-1407, niant la qualification d'aide à une réglementation générale imposant aux opérateurs de télévision d'affecter une partie de leurs recettes d'exploitation au financement anticipé de films cinématographiques et de télévision, et du 8 septembre 2011, Commission/Pays-Bas (C-279/08 P, Rec. p. I-7671, point 103).

44 — Voir arrêts Piaggio, précité (points 34 et 35), et du 15 juillet 2004, Espagne/Commission (C-501/00, Rec. p. I-6717, points 91 et 92).

constituerait une charge supplémentaire pour l'État» et précise que les conséquences qui en résultaient en termes, notamment, de perte de ressources fiscales étaient «inhérentes à ce régime» et «ne constitu[aient] pas un moyen d'accorder aux entreprises concernées un avantage déterminé». Or, la thèse du Tribunal selon laquelle il faut un lien de correspondance stricte entre avantage et ressources engagées, dans le sens expliqué au point 72 ci-dessus, ne se trouve nullement confortée par les passages repris ci-dessus, dans lesquels la Cour se borne, en substance, à affirmer qu'un avantage, tel que celui que les entreprises de navigation tiraient de la réglementation en cause, ne saurait être considéré comme accordé au moyen de ressources publiques uniquement en raison d'une perte de recettes fiscales entraînée de manière indirecte par le choix de l'État de réglementer d'une certaine manière un secteur donné.

76. Le point 58 de l'arrêt PreussenElektra, précité, également cité par le Tribunal au point 262 et, plus loin, au point 308 de l'arrêt attaqué, reproduit le contenu du point 19 de l'arrêt Sloman Neptun, précité, rappelant l'exigence que l'avantage soit accordé «directement ou indirectement au moyen de ressources d'État». Dans l'arrêt PreussenElektra, précité, la Cour, saisie d'une question préjudicielle portant sur la réglementation d'un État membre imposant à des entreprises privées d'approvisionnement en électricité une obligation d'achat d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables à des prix minimaux supérieurs à la valeur économique réelle de ce type d'électricité, a exclu que la seule diminution de recettes fiscales qu'une telle obligation était susceptible d'entraîner puisse être considérée «comme constituant un moyen d'accorder aux producteurs d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables un avantage déterminé à la charge de l'État» [45]. Comme dans l'arrêt Sloman Neptun, précité, la Cour est arrivée à une telle conclusion au vu du caractère «inhérent» au régime en cause d'une telle diminution de recettes d'impôts. La charge financière qui découlait de l'obligation d'achat à des prix minimaux prévue par le régime en cause reposait ainsi entièrement sur des entreprises privées [46].

77. En ce qui concerne, enfin, l'arrêt Allemagne/Commission, précité, loin d'imposer une stricte correspondance entre avantage et charge grevant les ressources publiques, cet arrêt qualifie d'aide une situation caractérisée par une dissociation entre destinataires de la mesure grevant le budget de l'État – en l'espèce un allégement fiscal accordé, à certaines conditions, aux investisseurs – et bénéficiaires de l'aide, indirectement avantagés par les investissements encouragés par ledit allégement. Pour ainsi faire, la Cour s'appuie sur une analyse des effets de la réglementation en cause qui la conduit à constater, d'une part, que l'avantage indirectement accordé aux entreprises visées par cette réglementation «trouve son origine dans la renonciation par l'État membre aux recettes fiscales qu'il aurait normalement perçues, dans la mesure où c'est cette renonciation qui a donné aux investisseurs la possibilité de prendre des participations dans ces entreprises à des conditions fiscalement plus avantageuses», et, d'autre part, que «l'interposition d'une décision autonome de la part des investisseurs n'a pas pour effet de supprimer le lien existant entre l'allégement fiscal et l'avantage dont bénéficient les entreprises concernées, dès lors que, en termes économiques, la modification des conditions de marché qui génère ledit avantage est la résultante de la perte de ressources fiscales dans le chef des pouvoirs publics» [47]. Contrairement aux arrêts précédemment analysés, ici la diminution de recettes d'impôts est considérée par la Cour comme à l'origine de l'avantage indirectement accordé aux entreprises visées par la réglementation en cause, bien qu'elle soit entraînée par un allégement fiscal

45 — Point 62.

46 — Il convient également d'observer que les arrêts précités Sloman Neptun et PreussenElektra portaient tous les deux sur des réglementations nationales générales régissant un secteur économique donné, visant, dans le premier cas, à assurer la compétitivité du secteur et, dans le deuxième cas, à réaliser des objectifs de protection de l'environnement. Le type d'intervention publique visée était donc très différent par rapport à celui du cas d'espèce.

47 — En ce sens, voir également arrêts du Tribunal du 18 janvier 2005, Confédération nationale du Crédit mutuel/Commission (T-93/02, Rec. p. II-143), et du 4 mars 2009, Associazione italiana del risparmio gestito et Fineco Asset Management/Commission (T-445/05, Rec. p. II-289).

accordé non pas à ces entreprises mais à des tiers. Il en ressort, à mon sens, une interprétation large du lien de connexité entre avantage et charge, impliquant la prise en compte des effets concrets de l'intervention de l'État, qui ne saurait venir à l'appui de l'interprétation restrictive retenue par le Tribunal dans l'arrêt attaqué.

78. Outre qu'elle ne trouve pas d'appui dans la jurisprudence, la thèse avancée par le Tribunal au point 262 de l'arrêt attaqué, pèche, à mon sens, également par un excès de formalisme, qui se concilie mal avec l'application de la notion d'aide en fonction des effets de la mesure en cause. Elle risque, par ailleurs, de rendre extrêmement difficile la preuve de l'existence d'une aide d'État, notamment lorsqu'il s'agit d'interventions publiques qui se traduisent par des opérations parfois extrêmement complexes, englobant, comme en l'espèce, plusieurs mesures composites s'échelonnant dans le temps. Enfin, ainsi que le soutient à juste titre la Commission, certaines typologies d'aides, telles les aides indirectes ou les aides à caractère social octroyées à des consommateurs, prévues à l'article 107, paragraphe 2, sous a), TFUE –dans lesquelles les ressources engagées par l'État ne se traduisent pas de manière automatique par un avantage correspondant pour les bénéficiaires – se prêtent mal à être encadrés dans le schéma rigide imposé par le Tribunal.

79. Pour les motifs exposés, j'estime que le Tribunal a commis une erreur de droit en exigeant la démonstration d'un lien de connexité étroit entre avantage et charge grevant le budget étatique, tel que retenu dans l'arrêt attaqué.

80. Ainsi que je le démontrerai ci-dessous, cette erreur a vicié l'ensemble de l'analyse du Tribunal sur la question de la qualification d'aide de l'avance d'actionnaire.

b) Sur l'erreur prétendument commise par le Tribunal en refusant de reconnaître l'existence d'un lien de connexité entre, d'une part, l'avantage résultant des déclarations depuis juillet 2002 et de l'annonce du 4 décembre 2002 et, d'autre part, l'engagement de ressources étatiques découlant de l'offre de contrat d'avance d'actionnaire du 20 décembre 2002 (troisième sous-branche de la première branche du second moyen de pourvoi dans l'affaire C-399/10 P et première et deuxième branches du deuxième moyen de pourvoi dans l'affaire C-401/10)

81. Selon les sociétés Bouygues et la Commission, l'interprétation que le Tribunal a retenue quant à la nature du lien devant exister entre avantage et utilisation des ressources d'État l'ont amené à conduire une analyse morcelée de l'intervention de l'État français en faveur de FT, qui ne rend pas compte de l'effet de distorsion des différentes mesures adoptées prises dans leur ensemble. Sur la base d'une telle approche erronée, le Tribunal aurait à tort exclu l'existence d'un lien entre, d'une part, l'avantage sous forme d'effet rassurant pour le marché résultant des déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002 et de l'annonce du 4 décembre 2002 et, d'autre part, l'engagement de ressources étatiques par la mise à disposition de ladite avance.

82. Il convient de rappeler que, aux points 262 et suivants de l'arrêt attaqué, le Tribunal aborde la question de savoir si les avantages résultant pour FT des déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002 et de l'annonce du 4 décembre 2002, qu'il a précédemment identifiés, découlent bien d'un transfert de ressources d'État. Un tel examen est mené séparément et successivement en ce qui concerne: i) les déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002 (points 268 à 289) [48]; ii) l'annonce du 4 décembre 2002 (points 291 à 298), et iii) l'offre de contrat d'avance d'actionnaire du 20 décembre 2002 (points 299 à 231). Dans les trois cas, le Tribunal conclut à l'absence d'un transfert de ressources étatiques.

48 — Voir points 44 à 78 ci-dessus.

83. S'agissant de l'annonce du 4 décembre 2002, le Tribunal constate tout d'abord que ni la Commission ni les sociétés Bouygues n'ont soutenu que cette annonce comportait, au regard du droit administratif ou civil français, un transfert de ressources d'État (points 293 à 295). Or, dans la mesure où, ainsi que le Tribunal lui-même le reconnaît au point 302 de l'arrêt attaqué, l'engagement de ressources publiques retenu par la Commission dans la décision litigieuse résulte *de l'envoi de l'offre de contrat d'avance d'actionnaire du 20 décembre 2002 couplé avec l'annonce du 4 décembre 2002* et non pas de celui-ci pris isolément, ledit constat n'apparaît pas pertinent et, en tout état de cause, n'est pas déterminant pour conclure que la Commission n'a pas démontré l'existence d'un engagement de ressources étatiques [49].

84. Ensuite, le Tribunal poursuit en affirmant, au point 296 de l'arrêt attaqué, que, «en tout état de cause, *un transfert de ressources d'État résultant de l'annonce* du 4 décembre 2002 *ne pourrait correspondre* qu'à un avantage résidant dans l'ouverture de la ligne de crédit de 9 milliards d'euros qui y était expressément envisagée» et qu'un tel avantage, que la Commission aurait omis de caractériser à suffisance de droit dans la décision litigieuse, «*est distinct de celui découlant des déclarations depuis juillet 2002,* tel que retenu dans ladite décision» [50]. Dans ce passage, le Tribunal exclut donc a priori qu'un lien suffisant pour caractériser une aide étatique puisse exister entre, d'une part, *l'avantage sous forme d'effet rassurant* pour le marché, résultant des déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002 et de l'annonce du 4 décembre 2002 [51], et, d'autre part, à le supposer établi par la Commission, *un engagement de ressources étatiques découlant de cette même annonce*.

85. Il résulte des termes employés par le Tribunal qu'une telle conclusion repose *uniquement* sur la constatation qu'il n'existe pas un rapport de *correspondance* ou d'*équivalence* entre l'avantage constitué par ledit effet rassurant et l'éventuelle obligation juridiquement contraignante de l'État de procéder à l'avance d'actionnaire mentionnée par l'annonce du 4 décembre 2002. Le Tribunal applique ici la thèse précédemment débattue et rejetée aux points 70 à 78 ci-dessus, selon laquelle, pour établir l'existence d'une aide étatique, l'avantage identifié doit être étroitement lié à une *charge «correspondante»* ou *«équivalente»* grevant le budget étatique. L'application de cette conception du lien de connexité entre avantage et engagement de ressources étatiques le conduit à exclure en l'espèce l'existence d'un tel lien, dès lors qu'avantage (effet rassurant pour les marchés financiers dû à la seule annonce de l'ouverture d'une ligne de crédit en faveur de FT) et charge (engagement juridiquement contraignant de procéder à l'ouverture de la ligne de crédit envisagée) ne sont pas du même ordre.

86. Il s'ensuit que, selon le Tribunal, une aide ayant pour objet l'avantage constitué par l'amélioration des conditions de refinancement de FT due à la réaction positive des marchés financiers à la suite de l'annonce du 4 décembre 2002 n'aurait pas pu être constatée même au cas où la Commission aurait établi que ladite annonce, en ce qu'elle créait une obligation juridiquement contraignante à la charge de l'État, comportait *en elle-même* un transfert de ressources d'État, à savoir même lorsque avantage et charge pour le budget de l'État avaient trouvé leur origine dans *un seul et même acte* (l'annonce du 4 décembre 2002). Or, un tel résultat aurait été d'autant plus difficile à comprendre que le Tribunal

49 — Dans la deuxième branche de son deuxième moyen, la Commission fait valoir que, contrairement à ce qui est constaté au point 293 de l'arrêt attaqué, elle a apporté des éléments permettant de considérer que les déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002, prises dans leur ensemble, constituaient un engagement de ressources publiques. Elle fait également valoir que le Tribunal lui-même, aux points 303 à 305 de l'arrêt attaqué, aurait considéré qu'un tel engagement était déjà implicite dans l'annonce du 4 décembre 2002. Ces arguments ne me semblent pas pouvoir prospérer. S'agissant du premier, il ressort du considérant 219 de la décision litigieuse que la Commission s'est finalement abstenue de prendre une position définitive sur la question de savoir si, prises ensemble, les déclarations depuis le mois de juillet 2002 impliquaient un engagement de ressources étatiques. En ce qui concerne le second argument, il ressort clairement du point 293 de l'arrêt attaqué que le Tribunal n'a pas abordé la question de savoir si l'annonce du 4 décembre 2002 impliquait pour l'État un engagement juridiquement contraignant en force du droit français.

50 — C'est moi qui souligne.

51 — Il y a lieu de considérer que, lorsque, aux points 296 et 297 de l'arrêt attaqué, le Tribunal mentionne «les déclarations depuis juillet 2002», il se réfère également à l'annonce du 4 décembre 2002.

lui-même reconnaît que l'annonce a conféré un avantage indéniable à FT et que cet avantage était précisément celui recherché par l'État français et visé par toutes les mesures qui se sont succédé dans le temps, du mois de juillet au mois de décembre 2002, dans le cadre d'une même stratégie de soutien en faveur de FT.

87. Sur la base des considérations qui précèdent, j'estime que c'est en se fondant sur une interprétation erronée de la portée du lien de connexité devant exister entre avantage et engagement de ressources publiques que le Tribunal a considéré, aux points 296 et 297 de l'arrêt attaqué, qu'un tel lien n'aurait pas pu être établi entre, d'une part, l'avantage constitué par l'effet rassurant sur les marchés financiers de l'annonce du 4 décembre 2004 et, d'autre part, un éventuel transfert de ressources de l'État lié à cette annonce. Cependant, la constatation d'une telle erreur ne permet pas, en elle-même, d'en tirer la conclusion que l'arrêt attaqué doit être annulé. En effet, dans l'économie du raisonnement du Tribunal, lesdits points 296 et 297 font partie d'une branche de motivation à titre surabondant.

88. Cela étant précisé, je remarque que la même interprétation erronée se répercute également sur la suite de l'analyse du Tribunal.

89. Il en est ainsi notamment en ce qui concerne le point 299 de l'arrêt attaqué, où, s'agissant de la question de savoir si l'envoi de l'offre de contrat d'avance d'actionnaire du 20 décembre 2002 avait comporté un transfert de ressources d'État, le Tribunal considère que, «dans la mesure où la Commission n'[avait] pas établi à suffisance, dans la décision [litigieuse], un avantage découlant de l'offre contractuelle en tant que telle, […] il n'[était], à plus forte raison, pas possible pour [lui] de conclure à l'existence d'un transfert de ressources d'État qui serait connexe à cet avantage». Or, si, dans le raisonnement du Tribunal, cette conclusion découle logiquement des constats effectués aux points 246 à 267 de l'arrêt attaqué [52], en revanche, le choix du Tribunal de ne pas rallier, à ce stade, l'éventuel engagement de ressources étatiques résultant de l'envoi de cette offre avec l'effet rassurant sur les marchés financiers découlant de l'annonce du 4 décembre 2002, comme l'avait fait la Commission dans la décision litigieuse, ne se justifie qu'à la lumière de l'interprétation restrictive du lien de connexité entre avantage et engagement de ressources étatiques examinée et rejetée aux points 70 à 78 ci-dessus.

90. Cette interprétation se reflète également sur l'analyse contenue aux points 302 et suivants de l'arrêt attaqué, où le Tribunal, en abordant la question de savoir si la Commission était parvenue à établir un transfert de ressources d'État sur le fondement de son «approche globale», s'attache à vérifier, «d'une part, si la charge potentielle pour le budget étatique que la Commission a retenue en ce qui concerne l'annonce du projet d'avance d'actionnaire et l'envoi du contrat d'avance d'actionnaire était déjà implicite dans les déclarations depuis juillet 2002 et, d'autre part, si cette charge correspondait à l'avantage que la Commission a attribué à ces déclarations». Dans le cadre de cette analyse, le Tribunal constate, aux points 303 à 305 de l'arrêt attaqué, que, en raison du caractère ouvert, imprécis et inconditionnel des déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002, l'annonce du 4 décembre 2002 constituait «une rupture importante dans la succession des événements ayant conduit au refinancement de FT» et il conclut, au point 308, que, compte tenu de cette rupture, la Commission n'était pas en droit d'établir un lien «entre un éventuel engagement de ressources d'État, à ce stade, et des avantages octroyés par des mesures antérieures, à savoir les déclarations depuis juillet 2002». En effet, selon le Tribunal, «un tel lien […] entre les éléments constitutifs de la notion d'aide s'agissant d'éléments factuels distincts intervenus à des stades différents serait contraire à l'exigence de connexité entre l'avantage et le transfert de ressources d'État […], telle qu'entérinée par l'arrêt

52 — Pour rappel, au point 246 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a exclu que l'envoi de l'offre de contrat d'avance d'actionnaire du 20 décembre 2002 ait pu avoir, en soi, un effet rassurant pour le marché similaire à celui produit par l'annonce du 4 décembre 2002, faute d'avoir été rendu public, et, aux points 264 à 267, il a constaté que la Commission n'avait pas établi un avantage lié à cet envoi qui soit distinct de celui résultant des déclarations depuis juillet 2002 et de ladite annonce.

PreussenElektra». Au point suivant, le Tribunal affirme que «la circonstance que les déclarations depuis juillet 2002 ainsi que l'annonce du 4 décembre 2002 ont entraîné un avantage en faveur de FT […] n'a pas pour contrepartie *une diminution correspondante du budget étatique*» et renvoie, à cet égard, aux points 296 et 297 de l'arrêt attaqué.

91. S'agissant des conséquences que le Tribunal rattache à la constatation d'une rupture entre les déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002 et l'annonce du 4 décembre 2002, je relève que, ainsi que le Tribunal lui-même le reconnaît, entre autres, au point 243 de l'arrêt attaqué, l'avantage sous forme d'effet rassurant pour les marchés financiers retenu dans la décision litigieuse découle non seulement desdites déclarations, *mais également* de l'annonce du 4 décembre 2002 et se manifeste, dès lors, même après ladite rupture. Il s'ensuit que la seule constatation d'une telle rupture ne permet pas en elle-même d'exclure le lien établi par la Commission entre cet avantage et l'engagement de ressources étatiques au stade de l'envoi de l'offre de contrat d'avance d'actionnaire du 20 décembre 2002.

92. En revanche, il ressort clairement des passages repris au point 90 ci-dessus que, même dans le cadre de l'analyse menée sur l'ensemble des mesures ayant conduit au refinancement de FT, ce qui empêche concrètement le Tribunal de reconnaître l'existence du lien établi par la Commission entre, d'une part, l'effet rassurant sur les marchés financiers produit par l'annonce de la mise à disposition de FT d'une avance d'actionnaire d'un certain montant et par «l'apparence donnée aux marchés de l'existence de cette avance» [53] et, d'autre part, le transfert de ressources étatiques connexe à la mise en œuvre de cette mesure [54], est l'idée qu'un tel lien suppose une correspondance stricte entre avantage et charge pour le budget de l'État, correspondance qui n'existerait pas entre une charge (en l'espèce, l'envoi de l'offre de contrat d'avance d'actionnaire du 20 décembre 2002) qui ne se reflète pas sur le patrimoine du bénéficiaire par un avantage du même ordre (à savoir, en l'espèce, par la possibilité de s'octroyer à tout moment ledit montant).

93. Il ressort de l'ensemble des considérations qui précèdent que c'est par une interprétation erronée de la portée du lien de connexité entre avantage et engagement de ressources étatiques que le Tribunal a exclu que la Commission avait démontré en l'espèce un transfert de ressources étatiques.

94. Cela étant, il reste encore à apprécier si la Commission a pu correctement établir, dans la décision litigieuse, un lien entre l'avantage sous forme d'effet rassurant sur les marchés financiers produit, entre autres, par l'annonce du 4 décembre 2002 et le prétendu engagement de ressources étatiques découlant de l'envoi de l'offre de contrat d'avance d'actionnaire du 20 décembre 2002 [55].

95. À cet égard, il me semble que, s'agissant de mesures intimement liées comme l'annonce qu'une certaine intervention étatique est en train d'être mise en place et la réalisation de celle-ci (par l'envoi du contrat signé et paraphé) [56], entre lesquelles il n'existe par ailleurs qu'un décalage temporel d'environ deux semaines, la seule circonstance que l'avantage pour le bénéficiaire découle de la première de ces mesures, alors que l'engagement de ressources publiques serait lié à la deuxième, n'exclut pas qu'un lien de connexité caractérisant une aide puisse être établi entre elles. Il serait, à mon

53 — Voir considérant 194 de la décision litigieuse ainsi que note 116.

54 — Plus précisément, «la charge potentielle supplémentaire […] crée par l'annonce de la mise à disposition de l'avance d'actionnaire couplée avec la réalisation des conditions préalables à cette mise à disposition l'apparence donnée au marché que cette avance avait été mise effectivement à disposition et finalement par l'envoi du contrat d'avance paraphé et signé par l'ERAP à FT» (considérant 196 de la décision litigieuse).

55 — Comme le Tribunal, je ne prends pas position sur la question de savoir si, comme l'affirme la Commission au considérant 196 de la décision litigieuse, l'envoi du projet de contrat d'avance d'actionnaire implique en soi un engagement de ressources étatiques sous forme de charge potentielle pour le budget de l'État, dans la mesure où ce dernier «devait […] tenir à la disposition de FT, à travers l'ERAP, le montant de ressources correspondant» et, donc, indépendamment tant de l'examen des conditions auxquelles ce contrat était soumis que de la circonstance qu'il n'a jamais été exécuté. Je relève cependant que, contrairement au gouvernement allemand, ni le gouvernement français ni FT ne contestent qu'un engagement de ressources étatique ait pu se produire à ce stade.

56 — La Commission parle à cet égard, dans son pourvoi, de «deux manifestations d'un même fait, qui, de surcroît, a été perçu de manière unitaire par les marchés».

sens, excessivement formaliste d'exclure un tel lien du seul fait que l'avantage en cause découle non pas directement de la mesure susceptible de comporter un transfert de ressources publiques, mais plutôt de la publicité faite par l'État au sujet de la mise en œuvre imminente de cette mesure. Plus généralement, nier un tel lien me semble méconnaître la réalité économique de l'intervention de l'État français dans le cadre du refinancement de FT, dès lors que, d'une part, il est constant que cette dernière n'a pu se refinancer sur les marchés que grâce aux déclarations de soutien répétées de l'État en sa faveur [57], parmi lesquelles notamment l'annonce du 4 décembre 2002, et, d'autre part, que les différentes mesures adoptées par l'État, y compris l'envoi par l'ERAP de l'offre de contrat d'avance d'actionnaire du 20 décembre 2002, seule susceptible d'engager des ressources publiques, s'inséraient dans une même stratégie de l'État au soutien de FT, ayant «pour objectif et pour conséquence, dans son ensemble, de regagner la confiance des marchés» [58], afin de permettre le refinancement de FT dans des conditions plus favorables.

96. Sur la base de l'ensemble des considérations qui précèdent, j'estime que le Tribunal a commis une erreur de droit en refusant de reconnaître, sur la base d'une interprétation erronée de l'article 87, paragraphe 1, CE, l'existence d'un lien entre, d'une part, l'avantage résultant des déclarations depuis juillet 2002 et de l'annonce du 4 décembre 2002 et, d'autre part, l'engagement potentiel de ressources étatiques résultant de l'envoi de l'offre de contrat d'avance d'actionnaire du 20 décembre 2002. Une telle erreur est de nature à entraîner l'annulation de l'arrêt attaqué [59].

97. Les autres moyens et arguments soulevés par les sociétés Bouygues et par la Commission seront examinés brièvement dans la suite des présentes conclusions pour le cas où la Cour ne partagerait pas les conclusions auxquelles je suis arrivé ci-dessus.

c) Sur les erreurs prétendument commises par le Tribunal s'agissant de la notion d'avantage résultant de la mise à disposition d'une ligne de crédit (deuxième branche du second moyen de pourvoi dans l'affaire C-401/10 P)

98. Dans le cadre de la deuxième branche de leur second moyen de pourvoi, les sociétés Bouygues font valoir que c'est à tort que le Tribunal, dans son analyse de l'existence d'un avantage, a pris en considération séparément l'annonce du 4 décembre 2002 et l'envoi de l'offre de contrat d'avance d'actionnaire du 20 décembre 2002, alors que, selon elles, il s'agit d'éléments d'une seule et même intervention de l'État, qui ne peuvent pas être analysés de manière isolée.

99. Dans la mesure où il vise à remettre en cause l'appréciation du Tribunal portant sur l'existence d'un avantage lié à l'envoi de l'offre de contrat d'avance d'actionnaire du 20 décembre 2002, ce grief doit, à mon sens, être déclaré irrecevable. Dans la mesure où, en revanche, il critique la conclusion du Tribunal selon laquelle il n'existe pas de lien suffisamment étroit entre «l'effet rassurant résultant de la publication de l'ouverture d'une ligne de crédit de 9 milliards [d'euros et] le transfert de ressources d'État résultant de cette ouverture», ledit grief se recoupe avec celui avancé dans le cadre de la troisième sous-branche de la première branche du second moyen de pourvoi, examiné ci-dessus conjointement aux griefs similaires soulevés par la Commission.

57 — Ces déclarations, bien qu'ayant joué sur les réactions subjectives des acteurs des marchés financiers, ont conféré un avantage matériel objectif à FT.

58 — Voir arrêt attaqué (point 303).

59 — Cette conclusion ainsi que l'ensemble des considérations exposées ci-dessus sont, bien évidemment, sans préjudice de la question de savoir si l'intervention de l'État français en cause satisfait ou non le critère de l'investisseur privé avisé dans une économie de marché.

d) Sur l'erreur prétendument commise par le Tribunal en n'examinant pas le critère de l'investisseur privé avisé afin de déterminer l'existence ou non d'un avantage dans le chef de FT (troisième branche du deuxième moyen de pourvoi dans l'affaire C-401/10 P)

100. Par la troisième branche de son deuxième moyen de pourvoi, la Commission soutient en substance que le Tribunal aurait dû vérifier, comme elle l'a fait dans la décision litigieuse, si l'avantage octroyé à FT résultant de l'ensemble des déclarations depuis juillet 2002 et de l'annonce du 4 décembre 2002 «était octroyé dans des conditions normales du marché ou si une entité privée aurait pu bénéficier du même avantage aux mêmes conditions si l'État s'était comporté en investisseur privé». En ne procédant pas à un tel examen, le Tribunal aurait violé l'article 87, paragraphe 1, CE.

101. Ce grief doit à mon sens être rejeté en tant qu'inopérant. En effet, il ressort clairement des motifs de l'arrêt attaqué que le Tribunal a conclu que la Commission avait méconnu la notion d'aide au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE du fait que, bien qu'elle ait prouvé à suffisance de droit l'existence d'un avantage découlant pour FT des déclarations depuis juillet 2002 et de l'annonce du 4 décembre 2002, elle était néanmoins restée en défaut de démontrer qu'un tel avantage résultait d'un transfert de ressources d'État. Or, la Commission n'a pas expliqué comment un éventuel examen de la légalité de la méthode suivie par elle dans l'application du test de l'investisseur privé aurait pu conduire le Tribunal à modifier une telle conclusion, sur laquelle repose l'annulation de la décision litigieuse.

e) Sur la prétendue violation de l'article 87 CE en liaison avec l'article 230 CE, du fait que le Tribunal aurait méconnu la marge d'appréciation dont bénéficie la Commission lorsqu'elle se livre à des analyses économiques complexes (quatrième branche du deuxième moyen de pourvoi dans l'affaire C-401/10 P)

102. Par la quatrième branche de son deuxième moyen de pourvoi, la Commission reproche, tout d'abord, au Tribunal d'avoir méconnu la marge d'appréciation dont elle bénéficiait lorsqu'elle s'est livrée à des appréciations économiques complexes en appliquant, dans la décision litigieuse, le critère de l'investisseur privé avisé dans une économie de marché. Ce grief doit également être rejeté, la Commission n'ayant pas expliqué comment le Tribunal aurait pu méconnaître la marge d'appréciation dont elle a fait usage en appliquant le critère de l'investisseur privé alors qu'il n'a pas examiné la légalité de la décision litigieuse dans la partie où il a été procédé à une telle application.

103. Dans cette même branche de moyen, la Commission reproche ensuite au Tribunal d'avoir substitué son approche à celle de la Commission, effectuant un contrôle d'opportunité de la décision litigieuse. En particulier, la Commission semble reprocher au Tribunal d'avoir rejeté comme non justifié, lors de l'examen de l'existence d'un transfert de ressources d'État, l'«approche globale» que la Commission aurait en revanche suivie dans le cadre de l'application du critère de l'investisseur privé. Cet argument ne saurait non plus prospérer. En effet, il ne saurait être reproché au Tribunal d'avoir outrepassé les limites du contrôle de légalité sur l'application de la notion d'aide lorsqu'il a conclu, s'appuyant entre autres sur sa propre appréciation des faits, que, même en considérant conjointement l'ensemble des événements qui se sont succédé depuis le mois de juillet 2002, un transfert de ressources d'État ne pouvait pas être établi.

104. Pour le reste, les arguments soulevés par la Commission dans cette branche de son deuxième moyen de pourvoi se recoupent avec ceux déjà exposés dans les première et deuxième branches de ce même moyen.

B – *Sur le caractère prétendument contradictoire de la motivation de l'arrêt attaqué (premier moyen de pourvoi dans l'affaire C-401/10 P)*

105. Selon la Commission, le Tribunal développe, à différents endroits de l'arrêt attaqué, des analyses des événements examinés inconciliables entre elles. En particulier, d'une part, il analyserait conjointement les déclarations des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002 et l'annonce du 4 décembre 2002 pour conclure que, prises dans leur ensemble, ces mesures comportaient un avantage pour FT et, d'autre part, en contradiction avec ses affirmations précédentes, il constaterait l'existence d'une rupture importante entre ces déclarations et cette annonce.

106. Je ne partage pas le point de vue de la Commission. Au contraire, il me semble que l'arrêt attaqué suit une logique assez linéaire, et sa motivation m'apparaît exempte des contradictions alléguées par la Commission. En particulier, je ne vois aucune contradiction entre, d'une part, l'affirmation que les des 12 juillet, 13 septembre et 2 octobre 2002 et l'annonce du 4 décembre 2002, considérées ensemble ou séparément, confèrent un même avantage (ou un avantage similaire) à FT, en ce qu'elles manifestent une intention de l'État d'intervenir en son soutien, et, d'autre part, la constatation que ces diverses mesures ne présentent pas le même degré de précision s'agissant de la définition des moyens à mettre en œuvre pour réaliser un tel soutien et qu'elles ont une nature et une portée différente quant à leur aptitude à engager de manière juridiquement contraignante l'État. De même, si l'on tient compte de l'interprétation retenue par le Tribunal s'agissant du lien de connexité entre avantage et transfert de ressources d'État, aucune contradiction ne peut être décelée, contrairement à ce que prétend la Commission, entre, d'une part, le point 259 de l'arrêt attaqué, où le Tribunal conclut que «les déclarations depuis juillet 2002 et l'annonce du 4 décembre 2002 […] comportaient l'octroi d'un avantage à FT» et le point 296, où il indique qu'«un transfert de ressources d'État résultant de l'annonce du 4 décembre 2002 ne pourrait correspondre qu'à un avantage résidant dans l'ouverture de la ligne de crédit de 9 milliards d'euros qui y était expressément envisagée». En effet, comme je l'ai exposé ci-dessus, ce dernier point constitue l'application en l'espèce de la thèse selon laquelle il ne peut exister de lien de connexité qu'entre un avantage et un transfert de ressources étatiques du même ordre, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce, selon le Tribunal, entre, d'une part, l'avantage consistant en l'effet rassurant pour les marchés financiers découlant desdites déclarations et de ladite annonce et, d'autre part, le transfert de ressources publiques résultant de l'ouverture en faveur de FT de la ligne de crédit de 9 milliards d'euros.

107. J'estime, par conséquent, que le premier moyen de pourvoi de la Commission doit être rejeté.

C – *Sur l'interprétation prétendument erronée et sur la dénaturation de la décision litigieuse (troisième moyen de pourvoi dans l'affaire C-401/10 P)*

108. Dans son troisième moyen de pourvoi, la Commission reproche au Tribunal d'avoir effectué une lecture erronée de la décision litigieuse et d'avoir dénaturé les éléments factuels sur lesquels cet acte était fondé. En particulier, elle lui reproche d'avoir considéré, aux points 254 et 255 de l'arrêt attaqué, qu'elle aurait dû examiner et motiver de manière plus détaillée l'existence d'un avantage distinct résultant de l'offre de contrat d'avance d'actionnaire du 20 décembre 2002, alors qu'il ressortirait de manière claire des points 190 et 194 de la décision litigieuse qu'elle n'a jamais pris en considération un tel avantage, mais qu'elle a toujours retenu uniquement l'avantage consistant en la réouverture du marché des capitaux à des conditions optimales pour FT, découlant de l'«apparence donnée au marché de l'existence de l'avance d'actionnaire». Elle conteste en outre l'affirmation contenue au point 247 de l'arrêt attaqué selon laquelle elle aurait reconnu, lors de l'audience du 21 avril 2009 devant le Tribunal, qu'elle considérait que ladite offre de contrat d'avance d'actionnaire en tant que telle impliquait un avantage supplémentaire et distinct de celui qui découlait de l'annonce du 4 décembre 2002. Contrairement à ce que soutient la Commission, il ressort clairement des motifs de l'arrêt attaqué, notamment des points 244 et 245 de celui-ci, que le Tribunal a bien pris en considération, en premier lieu, l'avantage découlant de l'«apparence donnée au marché de l'existence

de l'avance d'actionnaire», que la Commission invoque comme le seul retenu dans la décision litigieuse, et que ce n'est que dans un souci d'exhaustivité que, aux points 254 et 255, il a examiné si cette décision pouvait être interprétée dans le sens qu'un avantage ultérieur et distinct avait également été envisagé par la Commission. Dans ces circonstances, et sans qu'il soit nécessaire de vérifier si le Tribunal a dénaturé les affirmations de la Commission lors de l'audience du 21 avril 2009, le grief tiré d'une interprétation erronée de la décision litigieuse, exposé au point précédent, doit, à mon sens, être rejeté comme non fondé.

109. Dans le cadre de son troisième moyen, la Commission reproche en outre au Tribunal d'avoir «dénaturé la décision [contestée] et les faits sur lesquels celle-ci repose» en présentant une rupture importante dans la succession des événements de juillet à décembre 2002, entre la déclaration du 12 juillet 2002 et l'annonce du 4 décembre 2002, «en omettant de rappeler les deux autres déclarations qui sont intervenues en septembre et octobre 2002», qui témoignent, selon la Commission, de la concrétisation progressive des engagements de l'État français vis-à-vis de FT. Ce grief doit également être rejeté. En effet, il ressort notamment des points 303 et 304 de l'arrêt attaqué que le Tribunal a estimé que l'annonce du 4 décembre 2002 constituait une «rupture importante» dans la succession des événements par rapport *aux trois déclarations* de juillet, septembre et octobre 2002 [les «déclarations depuis juillet 2002», selon la convention d'écriture adoptée par le Tribunal au point 21 de l'arrêt attaqué] – dont la nature et la portée avaient déjà été examinées dans les détails, pour chacune d'entre elles, aux points 273 à 276 de l'arrêt attaqué – et qu'il n'a donc pas omis de considérer, ainsi que le prétend la Commission, l'ensemble des mesures ayant précédé cette annonce.

110. À la lumière de l'ensemble des considérations qui précèdent, j'estime que le troisième moyen de pourvoi de la Commission doit être rejeté dans son ensemble comme non fondé.

D – *Sur la demande de substitution de motifs avancée par la République française*

111. Dans son mémoire en réponse au pourvoi de la Commission, le gouvernement français fait valoir que c'est en commettant une erreur de droit que, aux points 240 et 259 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a qualifié d'avantage au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE les effets produits par les déclarations depuis le mois de juillet 2002 et par l'annonce du 4 décembre 2002, avant d'examiner ces mesures à l'aune du critère de l'investisseur privé avisé.

112. La demande de substitution de motifs que le gouvernement français adresse en substance à la Cour par ledit argumentaire ne saurait, à mon sens, être accueillie. En effet, au point 217 de l'arrêt attaqué, le Tribunal affirme que «l'application du critère de l'investisseur privé présuppose nécessairement que les mesures prises par l'État en faveur d'une entreprise confèrent un avantage découlant de ressources d'État». Au point 221, il annonce qu'il procéderait, d'abord, à apprécier si les mesures prises par l'État français en faveur de FT lui avaient conféré un avantage et, ensuite, si un tel avantage avait été octroyé dans le respect du critère de l'investisseur privé. Enfin, au point 313, le Tribunal déclare le non-lieu à statuer en ce qui concerne les moyens et arguments soulevés par les requérantes en première instance portant sur la légalité de l'application par la Commission du critère de l'investisseur privé avisé. Dans ces circonstances, ainsi que FT l'admet elle-même, il ne saurait être considéré que le Tribunal s'est prononcé sur le caractère «indu» au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE de l'avantage matériel résultant des mesures prises par l'État français en faveur de FT, tel qu'identifié aux points 234 à 240 de l'arrêt attaqué [60].

60 — Voir également arrêt du 5 juin 2012, Commission/EDF e.a (C-124/10 P, point 89).

V – Conclusion

113. Pour les motifs exposés, je propose à la Cour d'annuler l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 21 mai 2010, France e.a./Commission (T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04). En outre, dans la mesure où l'erreur commise par le Tribunal vicie l'ensemble de son analyse et étant donné que ce dernier n'a pas procédé à l'examen de la totalité des moyens soulevés à l'encontre de la décision 2006/621/CE de la Commission, du 2 août 2004, concernant l'aide d'État mise à exécution par la France en faveur de France Télécom, parmi lesquels celui portant sur l'application par la Commission du principe de l'investisseur privé avisé en économie de marché, je crois opportun que la Cour renvoie l'affaire devant le Tribunal, conformément à l'article 61, premier alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, pour un nouvel examen du recours de première instance, et qu'elle réserve les dépens de la procédure de pourvoi.