2) Le surplus des conclusions du recours du gouvernement de la république fédérale d'Allemagne est rejeté.

3) La Commission est condamnée au dépens.

Mertens de Wilmars Koopmans Bahlmann

Galmot Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe

Bosco Due Everling Kakouris

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 20 mars 1984.

Le greffier
par ordre
H. A. Rühl
administrateur principal

Le président
J. Mertens de Wilmars

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL SIR GORDON SLYNN, PRÉSENTÉES LE 25 JANVIER 1984 [1]

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

Comme on sait, les industries communautaires du textile et de la confection ont été largement affectées à la fois par la récession et par la place de plus en plus grande prise par des produits relativement bon marché provenant de pays tiers. Ces industries constituent un secteur important de l'économie du royaume de Belgique et le gouvernement belge s'est depuis plusieurs années préoccupé de prendre des mesures pour leur soutien. Il était évidemment limité dans sa démarche par le principe de l'interdiction des aides d'État prévu à l'article 92 du traité CEE et son action était en outre soumise aux pouvoirs de contrôle dont la Commission dispose au titre de l'article 93 de ce même traité.

Après une longue série de discussions, les termes d'un plan quinquennal de restruc-

1 — Traduit de l'anglais.

turation de l'industrie belge du textile et de la confection furent approuvés par la Commission pour un an par lettre datée du 18 novembre 1981.

Dans la présente affaire, la république fédérale d'Allemagne demande à la Cour d'annuler cette autorisation au titre de l'article 173 du traité. Si la première demande n'aboutit pas ou si elle aboutit uniquement en raison de la violation de formes substantielles, la République fédérale demande qu'il soit déclaré au titre de l'article 175 que la Commission a violé les articles 92 et 93 du traité dans la mesure où elle n'a pas déclaré le plan incompatible avec le marché commun à l'issue d'un examen approprié.

L'affaire pose une question de procédure importante et, en ce qui concerne la substance de l'autorisation effectivement donnée, elle a amené les parties à examiner en détail les implications économiques, techniques et sociales de ce plan. Il convient tout d'abord de se pencher sur la demande en annulation, laquelle est, à notre avis, considérée à juste titre par la Commission comme recevable; nous traiterons séparément la demande subsidiaire, dont la Commission prétend qu'elle n'est par recevable.

Exposé en termes généraux, l'argument de procédure est que la Commission n'était pas en droit d'autoriser le plan dans les circonstances de la présente affaire sans ouvrir la procédure prévue à l'article 93, paragraphe 2, du traité; or, il est constant que la Commission n'en a rien fait et elle prétend qu'elle n'avait pas à agir de cette manière.

Pris sous une forme résumée, ces circonstances comportent les événements suivants dont nous croyons qu'ils sont pertinents, voire fondamentaux, pour trancher le point de procédure.

Par arrêté royal du 20 décembre 1977 (Moniteur belge du 24. 12. 1977), un régime d'aides a été institué pour les deux industries. Comme l'aide n'avait pas été notifiée préalablement, la Commission a engagé en mars 1978 la procédure d'examen prévue à l'article 93, paragraphe 2, mais après discussion avec le gouvernement belge, ce dernier communiquait qu'un nouveau plan serait établi pour tenir compte des modifications proposées par la Commission. Cette première procédure fut close en mars 1979 mais réouverte en avril 1980 lorsque le gouvernement fut prié de présenter un rapport détaillé sur son plan d'institution d'un régime d'aides. Ce rapport fut établi en date du 28 juillet 1980 et confirmé le 11 août 1980; il a été traité comme la notification d'un projet d'aides au sens de l'article 93, paragraphe 3, du traité. Une correspondance fut échangée et des réunions eurent lieu entre la Commission et le gouvernement belge et il paraît évident que le plan belge a été discuté en tout cas à l'une des réunions régulières de représentants des États membres, qui sont convoquées par la Commission dans le cadre de ses fonctions de contrôle des aides. Lors d'une rencontre entre le gouvernement belge et la Commission le 22 juillet 1981, la Commission a demandé que le plan soit modifié et ces modifications furent reprises et acceptées par le gouvernement belge dans une lettre du 5 août 1981. Elles avaient trait aux modalités de financement de l'aide prévue, à l'exclusion de toute autre forme d'aide d'État

pour les secteurs concernés du textile et de la confection, à une prime de restructuration remboursable de 1 % sur le montant de l'investissement dans des cas particuliers ainsi qu'à la notification à la Commission préalablement à l'octroi de l'aide, en ce qui concerne des produits spécifiques comme le prêt-à-porter pour hommes et les bas. La lettre souligne que des changements importants ont été apportés et tant la Commission que le gouvernement allemand considèrent dans leurs observations que cette lettre constituait la notification d'un nouveau régime d'aides.

La Commission a convoqué une réunion des États membres pour le 17 septembre 1981, dans le cadre des séries ordinaires de réunions multilatérales qu'elle organise habituellement. Le plan belge constituait l'un des points à l'ordre du jour et un document de travail fut distribué qui faisait une présentation succincte du plan tel qu'il se présentait alors (annexe 17 au mémoire en défense).

Plus tard, en septembre, deux autres réunions eurent lieu entre la Commission et le gouvernement belge. Le 1er octobre 1981, le gouvernement belge a fait connaître son accord à un compromis sur le plan d'aides élaboré au cours de ces deux rencontres. Le gouvernement était en particulier prêt à faire passer de 25 à 30 % dans le cas normal la participation de l'industrie au regard des fonds nécessaires à la restructuration; il acceptait à contrecœur les objections de la Commission quant à la prime de restructuration remboursable qui avait été considérée jusqu'alors comme une partie critique du projet; il admettait en outre qu'une demande préalable serait nécessaire en ce qui concerne l'aide au groupe de produits incluant le prêt-à-porter masculin et les bas, pour les entreprises employant plus de 50 personnes (au lieu des 150 proposées initialement).

Le 2 octobre, le gouvernement allemand a présenté ses observations sur le plan tel qu'il le connaissait, soulignant qu'à son avis ce plan limiterait la nécessaire adaptation structurelle d'une industrie confrontée à la récession, que 25 % de participation de la part des industries concernées étaient insuffisants, qu'on ne savait rien des sommes employées au cours des années autres que la première, mais surtout que le plan entraînerait de considérables distorsions dans la concurrence au sein de la Communauté et conduirait à des pertes d'emploi dans d'autres États membres.

Des observations sur ce plan ont également été envoyées par d'autres États membres.

Le 5 novembre, une autre réunion s'est tenue entre la Commission et le gouvernement belge et par lettre du 18 novembre (annexe 24 au mémoire en défense) la Commission acceptait que le plan soit appliqué pendant un an aux conditions exposées dans cette lettre. Le point remarquable est que la Commission affirmait qu'elle restait préoccupée par les effets du plan sur la concurrence dans la Communauté; cette préoccupation avait été confortée par les positions prises par d'autres États membres à la réunion du 17 septembre et par les commentaires écrits que ces États avaient postérieurement envoyés à la Commission. Ce n'était, était-il dit, qu'à l'issue d'un examen particulièrement approfondi du plan que la Commission était parvenue à la conclusion selon laquelle, moyennant toutes les garanties prévues, le plan n'altérerait pas les échanges entre les États membres dans une mesure contraire à l'intérêt commun. Le gouvernement belge fut informé qu'il devrait accepter

les conditions énoncées dans les huit jours, faute de quoi la Commission engagerait la procédure au titre de l'article 93, paragraphe 2, du traité.

Le 4 décembre, le ministre fédéral allemand de l'économie a informé le commissaire responsable des affaires de concurrence que le gouvernement allemand était contre l'approbation du plan par la Commission. Cependant, par lettre du 9 décembre 1981, le gouvernement belge acceptait les conditions exposées dans la lettre du 18 novembre; par lettre du 16 décembre, la Commission l'informait alors que le plan pourrait entrer en application à compter du 1er janvier 1982. Les États membres furent informés que moyennant les conditions énoncées dans la lettre du 18 novembre la Commission n'avait aucune objection à formuler à l'encontre du plan.

Il résulte très clairement de la considérable documentation fournie à la Cour que la Commission avait à différents moments émis de sérieuses réserves sur la forme et le montant du financement prévu, sur les secteurs qui seraient aidés, sur la nécessité d'aider certaines entreprises dans certains secteurs de l'industrie, sur celle d'assurer la survie d'entreprises qui n'étaient ni efficaces ni susceptibles de faire des profits, et sur l'effet de cette pratique sur la concurrence. Le gouvernement allemand a en particulier fait savoir sa préoccupation à propos des effets de ce plan sur l'industrie allemande en ce qui concerne le volume des affaires ainsi que le chômage qui pourrait en résulter. La Commission a considéré comme impossible d'approuver le plan sans procéder à une enquête extensive et détaillée sur ces questions.

Il semble qu'à la fois dans la lettre du 18 novembre 1981 et dans la présente procédure, la Commission ait considéré le projet litigieux en question comme étant la version modifiée de celui qui avait été avancé en août 1980 plutôt qu'un plan nouveau proposé le 5 août 1981. A notre avis, il est juste de partir d'une telle hypothèse.

La Commission était-elle en droit d'autoriser la mise en application de ce plan sans engager la procédure visée à l'article 93, paragraphe 2?

Selon le gouvernement allemand, lorsque la Commission est informée de projets d'institution ou de modification d'une aide, elle doit procéder à un examen cursif de la compatibilité du plan avec le marché commun. Cet examen est fondé sur l'article 93, paragraphe 3, et se limite à 1) déterminer si les conditions d'approbation de l'aide sont clairement et objectivement remplies et 2) si une évaluation provisoire des arguments pour et contre l'aide entraînerait son approbation. Lorsque la Commission a des doutes sur la compatibilité du plan avec le marché commun ou lorsqu'elle n'est pas en mesure d'exercer ses pouvoirs d'évaluation en termes objectifs et précis sans recueillir les informations et les observations d'autres États membres et des parties concernées, elle ne peut approuver le plan à ce stade préliminaire et devra procéder à un examen complet du problème au titre de l'article 93, paragraphe 2. Dans la présente affaire, il était — affirme-t-on — évident dès le départ que la compatibilité du plan belge avec le marché commun était douteuse. En conséquence, la Commission aurait dû agir conformément à l'article 93, paragraphe 2. Mais elle a au contraire pris sa décision à l'issue de l'examen préliminaire

prévu à l'article 93, paragraphe 3, en privant ainsi des tiers intéressés de leur droit d'être entendus sur cette question.

La Commission estime que l'article 93, paragraphe 3, envisage un examen détaillé d'un projet de régime d'aides. Elle s'appuie en particulier sur la deuxième phrase de cette disposition aux termes de laquelle: «Si elle (la Commission) estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché commun, aux termes de l'article 92, elle ouvre sans délai la procédure prévue au paragraphe précédent». Il s'ensuit qu'il n'y a pas de droit à être entendu et que la Commission n'a aucune obligation de consulter les États membres ou les tiers intéressés avant de prendre une décision constatant la compatibilité d'un plan avec le marché commun. En tout cas, le résultat de l'enquête aurait été identique même si la Commission avait agi au titre de l'article 93, paragraphe 2, de sorte que la véritable question est de savoir si sa décision était erronée sur le fond, et non pas de savoir si elle était entachée d'un vice de procédure.

Le régime des deux articles du traité est à notre avis le suivant:

(i) D'après les dispositions de l'article 92, une aide qui fausse ou menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines production est, dans la mesure où elle affecte les échanges entre États membres, interdite en tant qu'incompatible avec le marché commun, sauf dans les cas où

a) il s'agit d'une aide relevant du paragraphe 2 de l'article 92, auquel cas elle est automatiquement autorisée;

b) il est précisé par décision du Conseil prise au titre du paragraphe 3, lettre d), de l'article 92 qu'il s'agit d'une aide compatible, auquel cas elle est automatiquement autorisée;

c) il s'agit d'une aide qui répond à la définition de l'article 92, paragraphe 1, mais qui relève en même temps des alinéas a), b) ou c) de l'article 92, paragraphe 3, *et* a été «considérée» comme compatible avec le marché commun; il appartient à la Commission, sous le contrôle de la Cour, de déterminer si une telle aide est compatible à ce titre; l'aide ne cesse d'être interdite que si la Commission s'est prononcée en ce sens.

(ii) La Commission, toujours sous le contrôle de la Cour, est chargée de contrôler à la fois les aides existantes et les projets d'institution ou de modification d'aides. Quant à ce dernier point, le paragraphe 2 de l'article 93 impose à la Commission d'exiger la suppression ou la modification de l'aide si, après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations, elle estime que l'aide n'est pas compatible avec le marché commun ou qu'elle est appliquée de façon abusive. La Commission doit également être informée des projets d'institution d'aides en temps utile pour présenter ses observations (article 93, paragraphe 3). Si elle «estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché commun, aux termes de l'article 92», elle doit ouvrir «sans délai la procédure prévue au paragraphe 2». Les mesures projetées ne doivent pas être mises à exécution avant que cette procédure ait abouti à une décision finale.

(iii) L'article 93 ne dit rien quant à la conduite à tenir lorsque la Commission

ne considère pas que le plan soit incompatible avec le marché commun ou lorsque la Commission ne répond pas dans un délai raisonnable après la notification.

iv) Dans l'affaire 120/73, Lorenz/Allemagne et dans l'affaire 121/73, Markmann KG/Allemagne (Recueil 1973, p. 1471 et 1495), la Cour a reconnu que, pour de nouvelles aides, le délai préalable de réflexion et d'investigation est suffisant pour permettre à la Commission de «se former une première opinion sur la conformité partielle ou totale, avec le traité» des projets qui lui ont été notifiés. Si elle considère le projet comme compatible, la Commission doit le notifier aux États membres, mais elle n'est pas tenue d'arrêter une décision formelle. C'est uniquement si la Commission considère le projet comme incompatible qu'elle doit ouvrir la «procédure contradictoire». Eu égard à l'importance économique de l'introduction de certaines aides sans retard indû, l'État membre a la possibilité, si la Commission ne statue pas dans un délai raisonnable (considéré comme étant de deux mois), de prendre des mesures aux fins de la mise en œuvre de l'aide, qui pourra alors être contrôlée en tant qu'aide existante, étant entendu qu'elle ne saurait être présumée compatible par le seul fait de l'inaction de la Commission.

Il apparaît donc clairement que la Commission n'est pas empêchée de procéder à des enquêtes et de recueillir des informations au cours de la période préliminaire. Elle n'est pas tenue de se limiter à examiner le projet et à se former une première opinion sur cette seule base. D'autre part, elle doit seulement se former une première opinion en dehors de toute «procédure contradictoire».

Si la première opinion de la Commission est qu'un projet est incompatible, la situation est claire: la procédure de l'article 93, paragraphe 2, doit être ouverte et une décision concluant cette procédure confirmera ou rejettera d'une manière décisive la compatibilité totale ou partielle du projet avec le marché commun.

Si la Commission estime qu'un projet n'est pas à première vue incompatible avec le marché commun et qu'elle en informe un État membre, on peut concevoir deux types de conclusion. L'une consiste à dire que l'État membre est alors en droit de mettre ce projet à exécution. En d'autres mots, quand il est mis en application, le projet doit être considéré comme compatible avec le marché commun. L'autre conclusion possible serait qu'il n'y ait pas de décision affirmant que le projet est compatible; le contrôle préliminaire se bornera alors à lever une interdiction d'application tout en laissant ouverte la question de la compatibilité qui ne pourra être tranchée de manière décisive que si, par la suite, la procédure de l'article 93, paragraphe 2, est ouverte. En d'autres termes, le nouveau projet, n'ayant pas été stoppé immédiatement, resterait soumis au même contrôle qu'une aide existante et pourrait être qualifié d'incompatible, indépendamment de développements ultérieurs.

A notre avis, la première solution est correcte et, à partir du moment où un projet a été autorisé comme n'étant pas incompatible, il doit être considéré dès le départ comme instituant une aide com-

patible avec le marché commun, sous réserve, à notre avis, d'un futur réexamen du projet lorsqu'en cours d'opération il semblera être devenu incompatible avec le marché commun. La deuxième solution conduit à notre avis à une incertitude qui n'a pu avoir été voulue.

Ce résultat est néanmoins surprenant à un certain point de vue, d'ailleurs non négligeable. L'un des objectifs de l'article 92 est d'empêcher les États membres d'instituer des aides qui donnent à leurs industries nationales un avantage de concurrence injuste sur les entreprises dans d'autres État membres. La question de savoir si une aide doit être accordée dans un État membre peut donc être d'une importance critique pour d'autres États membres et pour leurs entreprises. Une aide considérée comme compatible peut être pour un autre État membre (dont nous admettrons qu'il a la qualité d'intéressé au sens de l'article 93, paragraphe 2) plus préoccupante qu'une aide considérée comme incompatible. On pourrait donc s'attendre que les États membres aient le droit de présenter leurs observations lorsque la Commission a proposé d'accepter une aide comme étant compatible.

Cette considération corrobore selon nous la thèse soutenue par la République fédérale. Le pouvoir de la Commission d'approuver (après s'être formé une première opinion) un projet d'aides au cours de la période préliminaire est limité; au delà d'une telle limite, les États membres ont le droit d'être entendus.

On peut soutenir que l'exercice d'un tel pouvoir porte uniquement sur des questions que la Commission est appelée à trancher au titre de l'article 92, paragraphes 1 et 2, mais non au titre de l'article 92, paragraphe 3, qui implique une appréciation du point de savoir si on doit considérer comme compatible ou non une aide tombant sous le coup de l'article 92, paragraphe 1, et sous le coup de l'un des alinéas de l'article 92, paragraphe 1, et sous le coup de l'un des alinéas de l'article 92, paragraphe 3. On peut soutenir que cette appréciation posera très vraisemblablement des problèmes impliquant d'autres États membres et d'autres intéressés, lesquels devraient avoir le droit d'être entendus. Nous ne considérons pas toutefois qu'il faille l'entendre aussi restrictivement; si tel avait été le cas, la référence dans l'article 93, paragraphe 3, aurait été expressément limitée aux paragraphe 1 et 2 de l'article 92.

La nature de la limite apportée au pouvoir de la Commission nous paraît autre. Il nous semble que si la Commission n'est pas en mesure de dire que le projet tel qu'il lui est présenté est, à première vue, clairement compatible avec le marché commun alors la procédure de l'article 93, paragraphe 2, doit être engagée.

En l'espèce, que l'on considère le projet comme ayant été notifié en août 1980 ou comme ayant fait l'objet d'une nouvelle mouture en août 1981, la Commission a estimé que tel qu'il se présentait il n'était pas compatible avec le marché commun. Elle a exigé d'importantes modifications et posé en outre certaines conditions essentielles. Elle avait de sérieux doutes sur un certain nombre d'aspects de ce projet dont le moindre n'était pas l'effet qu'un tel projet pouvait avoir sur les échanges intracommunautaires. Elle savait que de nombreux traits caractéristiques de ce projet, en particulier en ce qui concerne les effets sur l'industrie textile allemande et l'emploi dans cette industrie, étaient hautement controversés. De surcroît, certains des changements introduits semblent n'avoir pas été communiqués — par exemple à la République fédérale — avant que la lettre

du 18 novembre ait été acceptée par le gouvernement belge; de fait, le projet ne semble à aucun moment pertinent avoir été mis à la disposition de la Commission ou des États membres, qui ont été consultés à ce propos de manière succincte le 17 septembre 1981.

Nous n'admettons pas l'argument de la Commission selon lequel le résultat aurait été le même avec ou sans procédure au titre de l'article 93, paragraphe 2. Il nous paraît impossible d'admettre en l'espèce que la Commission n'aurait pu être saisie d'aucun élément nouveau susceptible d'influer sur sa décision; nous ne pouvons pas non plus prêter à la Commission l'intention d'avoir voulu écarter a priori de tels éléments nouveaux.

A notre avis, sans vouloir en aucune façon remettre en cause le large pouvoir discrétionnaire de la Commission pour dire, en temps opportun, si un projet est compatible ou non, il est établi, eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire, que la Commission avait estimé que le projet tendant à instituer une aide nouvelle — qu'on considère ce projet comme présenté en août 1980 ou en août 1981 — était, en l'état, incompatible avec le marché commun. Compte tenu du caractère sérieux des questions ainsi posées et de la nécessité de procéder à certaines révisions, l'autorisation ne pouvait et n'aurait pas dû être donnée ainsi. Il y avait lieu au contraire d'ouvrir la procédure de l'article 93, paragraphe 2. La décision de la Commission devrait par conséquent être annulée.

Normalement, le résultat de l'annulation serait que la procédure de l'article 93, paragraphe 2, devrait être ouverte pour le projet de 1980. En l'espèce, cela pourrait sembler académique puisqu'un nouveau projet a été notifié en mars 1982 et qu'après avoir dans un premier temps estimé le plan incompatible avec le marché commun, la Commission, ayant entendu les observations et procédé à une enquête, a conclu que les mesures proposées n'étaient pas compatibles avec le marché commun, à moins que certaines conditions ne soient préalablement remplies. Le plan d'origine a été prorogé au 31 mars 1983, mais semble à présent être arrivé à expiration.

Si l'autorisation doit être annulée sur cette base, la Cour n'aura sans doute pas à traiter des arguments sur le fond puisque le plan prévu à l'origine a de toute façon été remplacé par un autre. Pour notre part cependant, nous devrons les examiner.

La question fondamentale est de savoir si le projet incluait des «aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun». Il y avait donc deux questions à trancher: premièrement, celle de savoir si les critères de base étaient remplis et, deuxièmement, celle de savoir si l'aide pouvait dans son ensemble être considérée comme compatible avec le marché commun. Ces questions étaient, au départ, du ressort de la Commission qui a une très large marge de pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation de facteurs économiques et sociaux complexes (affaire 78/76, Steinike und Weinlig/Allemagne, Recueil 1977, p. 595 et l'affaire 730/79, Philip Morris/Commission, Recueil 1980, p. 2671; voir les conclusions de l'avocat général M. Capotorti, 2701). La Cour peut cependant contrôler la décision

prise par la Commission sur le plan du droit ainsi que les constatations de fait pour déterminer si, compte tenu des éléments dont elle disposait, la Commission pouvait faire ces constatations. La Cour pourra annuler la décision de la Commission lorsqu'il est certain que la Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière étrangère aux fins et à l'esprit des textes.

Un argument préliminaire est tiré de ce que la Commission a exclu de son examen de l'aide litigieuse l'apport en capital qui aurait dû être considéré comme une aide. Pour être approuvé, un plan de restructuration devait exiger de l'entreprise un autofinancement d'au moins 30 % (ou de 25 % dans des cas exceptionnels) des coûts en capital. 45 % au maximum pouvaient venir d'injections de capitaux et 30 % au maximum de prêts au taux du marché, sauf une bonification d'intérêts de 7 % sur cinq ans. Ainsi qu'il apparaît d'une lettre du gouvernement belge du 29 juin 1981, le projet envisageait que les injections de capitaux seraient faites par souscription de parts dans les entreprises concernées. La Commission a estimé que ces injections de capitaux ne constituaient pas une aide d'État. Son raisonnement semble être que la participation de l'État dans une entreprise en difficulté ou insolvable constitue une aide. En revanche, lorsque l'entreprise est financièrement, industriellement et commercialement viable et n'est confrontée qu'à des problèmes temporaires de reconversion, la participation de l'État ne constitue pas une aide. Dans la présente affaire, affirme-t-on, le plan belge envisage l'octroi d'aides à des entreprises qui seront vraisemblablement compétitives à long terme, la participation de l'État devant par conséquent être considérée comme une contribution normale au capital d'une entreprise et non comme une aide puisque les sommes avancées sont — ou sont censées être — d'un certain rapport.

Le traité ne définit pas le terme «aide»; l'article 92, paragraphe 1, se réfère à toutes «aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit». Dans l'affaire Steinike und Weinlig/Allemagne, la Cour a utilisé l'expression d'«avantage gratuit» (voir point 22 des motifs), mais il s'agissait d'une allusion aux termes de la question déférée par la juridiction nationale (dans l'affaire 173/73, Commission/Italie, Recueil 1974, p. 709 supra, au point 26 des motifs, la Cour s'est simplement référée à des «avantages»). Dans l'affaire 61/79, Amministrazione delle finanze dello Stato/Denkavit (Recueil 1980, p. 1205, au point 31 des motifs), la Cour a estimé que l'article 92, paragraphe 1, «vise . . . les décisions des États membres par lesquelles ces derniers, en vue de la poursuite d'objectifs économiques et sociaux qui leur sont propres, mettent, par des décisions unilatérales et autonomes à la disposition des entreprises ou d'autres sujets de droit, des ressources ou leur procurent des avantages destinés à favoriser la réalisation des objectifs économiques ou sociaux recherchés». En ce qui concerne la notion de «subventions ou aides» visée à l'article 4, lettre c), du traité CECA, la Cour a dit dans l'affaire 30/59, Steenkolenmijnen/Haute Autorité (Recueil 1961, p. 1 à 39), que «la terminologie usuelle voit dans une subvention

une prestation en monnaie ou en nature accordée pour le soutien d'une entreprise en dehors du paiement, par l'acheteur ou l'utilisateur, des biens ou services qu'elle produit; ... elle (la terminologie) voit dans une aide une notion très voisine, qui en accentue cependant le caractère téléologique, l'aide paraissant spécialement destinée à la poursuite d'une fin déterminée, laquelle ne pourrait en général être atteinte sans un concours étranger».

Sur la base des deux dernières affaires, il est possible de soutenir que toute forme d'assistance fournie par un État membre ou au moyen de ressources d'État, tendant à la réalisation d'un objectif spécifique, constitue une aide au sens de l'article 92, paragraphe 1, même si elle n'est pas gratuite. A notre avis, il n'est pas nécessaire aux fins de la présente espèce d'aller aussi loin. Une assistance constitue pour le moins une aide lorsque le destinataire reçoit un avantage qu'il n'aurait pas normalement obtenu. Un prêt à un taux d'intérêt inférieur aux taux du commerce en constitue un exemple évident. Cependant, il peut en être de même d'un apport en capital aux conditions normales du marché, mais à une telle échelle que le marché des capitaux n'aurait pas normalement pu le fournir. Quelle que soit la situation, lorsque des parts d'une entreprise sont achetées par un État membre ou par le moyen de ressources étatiques, sous la forme d'une transaction commerciale normale, les injections de capitaux telles que celles prévues dans le plan belge tombent à notre avis sous le coup de l'article 92, paragraphe 1. Selon nous, le fait qu'en théorie cet appui financier était réservé aux entreprises viables et que des dividendes pourraient être payés pour les parts souscrites n'empêche pas forcément qu'il s'agisse d'une aide. Le montant à verser avait été calculé par référence au coût du plan de restructuration et même si, de manière générale, il devait être payé sous la forme d'une souscription à une augmentation de capital, il était prévu qu'à une date restant à déterminer, il serait remboursé par le biais d'une réduction du capital ou par l'achat des parts en question. Les parts n'auraient été gardées, semble-t-il, que si le remboursement n'avait pu être effectué. La considération prédominante lorsque ces arrangements ont été conclus a apparemment été le désir de trouver un mécanisme approprié pour mettre à la disposition des entreprises les moyens financiers nécessaires à leur restructuration. On ne peut dire que le plan ainsi conçu revenait simplement à faire l'apport d'un capital à risques aux fins d'un investissement. Dans ces circonstances, cette partie du plan belge constituait à notre avis une aide au sens de l'article 92, paragraphe 1. Il n'est pas possible de dire que si la Commission avait adopté ce point de vue plutôt que celui qu'elle a retenu, son appréciation n'en aurait pas été modifiée. C'était là au contraire une partie substantielle du plan. En conséquence, la décision a selon nous été prise sur une base erronée et, ne serait-ce que pour cette raison, encourt votre censure.

La question suivante a trait aux conditions à réunir pour pouvoir bénéficier de l'article 92, paragraphe 3, lettre c). Puisque le plan belge a trait aux industries du textile et de la confection et non pas à des régions particulières de la Belgique, il faut examiner si le projet vise

à instituer des «aides destinées à faciliter le développement de certaines activités . . . économiques». A cet égard, le critère est de savoir si l'aide pourrait avoir l'effet de faciliter le développement plutôt que de savoir si elle avait simplement l'intention de le faciliter. Ainsi que l'arrêt dans l'affaire Philip Morris l'a reconnu, l'aide doit être essentielle pour le développement envisagé, même si elle n'est pas égale à la totalité des sommes nécessaires. Elle doit également garantir à travers les modalités de poursuite de l'activité économique une amélioration, laquelle peut comporter une compression d'activité tout autant qu'une modernisation ou une expansion d'une industrie. Ce n'est pas «faciliter le développement» que de se borner à maintenir une société moribonde en vie au cours d'une période de récession.

Dans la présente affaire, l'agent du gouvernement allemand a soulevé cinq points concernant le respect des conditions fondamentales d'application de l'article 92, paragraphe 3, lettre c):

1) le projet belge se borne à préserver le statu quo;

2) l'aide n'est pas nécessaire;

3) le projet belge ne garantit pas qu'il s'applique uniquement à des entreprises à long terme compétitives;

4) le projet ne prévoit pas de dégressivité de l'aide;

5) le projet envisage un niveau de participation de l'État tellement élevé qu'il préservera simplement la structure actuelle de l'industrie belge.

Sur le premier point, il est dit qu'il est «extrêment douteux» que le projet belge favorise la restructuration, car son objet est en réalité de limiter les pertes d'emploi dans les industries du textile et de la confection. Le projet ne comporte pas de mesures pour réduire les capacités excédentaires ou pour créer des emplois dans d'autres domaines. La Commission s'est fondée en partie sur le fait que le projet s'appuyait sur un rapport établi en juin 1980 par McKinsey & Co. Ce rapport aurait envisagé l'adaptation de la production aux tendances manifestées sur le marché international, la modernisation des machines l'introduction de technologies nouvelles, la diversification et de plus grands efforts d'innovation. Il n'est pas à notre avis nécessaire de se référer à ce rapport de façon détaillée, car le facteur crucial n'est pas ce qui y est dit mais ce que le gouvernement belge a fait.

Aucun des documents soumis à la Cour ne donne d'information détaillée sur les formes de restructuration qui pourraient être approuvées ou sur les critères à appliquer par deux organismes chargés de contrôler les projets, l'Institut du textile et de la confection de Belgique et la Société nationale pour la restructuration de l'industrie de la confection et du textile («ITCB», «SNCT»). Même dans ces conditions, la Commission était à notre avis en droit de penser que l'effet attendu du projet était de permettre le «développement» au sens de l'article 92, paragraphe 3, lettre c), de l'industrie belge du textile et de la confection. Comme l'effet réel du plan dépendait beaucoup du comportement de l'ITCB et de la SNCT, il était prudent pour la Commission d'approuver le projet pour un an seulement et d'en contrôler cons-

tamment l'application. Bien que les objectifs essentiels du plan aient été, aux dires de ses promoteurs, d'arrêter un déclin dans la production et de limiter les pertes d'emploi, le projet retenait l'hypothèse d'une diminution de la production de l'industrie belge du textile et de la confection par rapport à l'ensemble de la Communauté, accompagnée de la disparition d'un certain nombre d'emplois. Cependant, on espérait que les pertes d'emploi résultant des mesures de restructuration prises pour augmenter la productivité seraient moins importantes que celles qui interviendraient en cas d'inaction. Dans les circonstances de l'espèce et eu égard au fait qu'il appartenait à l'ITCB et à la SNCT d'approuver dans les cas concrets la forme précise de la restructuration à réaliser, nous croyons excessif de dire que le projet ne favorisait absolument pas les changements de structure.

Le projet ne lie pas l'octroi d'aides aux seules mesures de préservation des emplois. Une diminution du nombre des emplois perdus était, le cas échéant, un avantage désirable, mais non pas l'objectif essentiel du projet qui était de restructurer l'industrie. A l'audience, l'agent du gouvernement allemand a dit qu'une association de commerçants belge s'était plainte que le plan était appliqué selon des critères politiques et régionaux. Que tel soit le cas ou non — la Cour ne dispose d'aucun élément en ce sens —, ce n'est pas là un facteur qui importe en l'espèce. La légalité des conclusions tirées par la Commission doit être appréciée par rapport aux circonstances existant au moment où ces constatations ont été faites et non pas en raison d'événements postérieurs.

Le deuxième argument de l'agent du gouvernement allemand est que les difficultés auxquelles l'industrie belge se trouve confrontée ne sont pas plus graves que celle des industries du textile et de la confection dans d'autres États membres. La Belgique a toujours un excédent de commerce extérieur pour les produits du textile et de la confection et le niveau d'investissement par emploi y est à peine moindre qu'en Allemagne. Certains secteurs hautement compétitifs de l'industrie belge ne sont pas exclus du projet. Ces facteurs indiqueraient que l'industrie belge du textile et de la confection n'a aucun besoin d'aide. A l'audience, il a été dit que la plus grande partie des difficultés de l'industrie belge a disparu en raison de la dépréciation graduelle de la monnaie belge; le plan était paraît-il déjà un anachronisme lors de sa mise à exécution en 1982.

La Commission a approuvé le régime d'aides belge à la condition que l'octroi d'une aide à des entreprises employant plus de 50 personnes et travaillant dans plusieurs secteurs déterminés de l'industrie du textile et de la confection ferait l'objet d'une notification préalable à la Commission (prêt-à-porter pour hommes, bas et collants pour dames, filature de laine peignée, tapis, velours et peluches, tissus bouclés et tissus de chenille, tissus éponges en cotons bouclés). La raison en était que les secteurs en question connaissaient de sérieux problèmes de concurrence et une situation de capacité excédentaire dans la Communauté ou bien que l'industrie belge était fortement compétitive et que les exportations

dépassaient les importations. L'agent de la Commission a expliqué que même si un secteur particulier de l'industrie du textile et de la confection pouvait être considéré comme relativement compétitif au niveau communautaire, cela ne signifiait pas que toute entreprise opérant dans ce secteur se trouvait dans une position de force. L'intention de la Commission était de tenir compte de la situation de chaque entreprise dans les secteurs en question. De cette manière, elle pouvait prendre en compte les risques particuliers de distorsion de la concurrence résultant de l'octroi d'aides à ces secteurs, tandis qu'en même temps elle éviterait la discrimination de certaines entreprises à laquelle aurait donné lieu l'interdiction totale d'octroi d'une aide.

Cependant, lorsqu'on en est arrivé au régime d'aides, présenté en mars 1982, la Commission a exigé que plusieurs de ces secteurs soient entièrement exclus du régime, cependant que, dans la mesure où d'autres étaient concernés, la notification préalable de l'octroi de l'aide ne devait être faite que si le bénéficiaire était une entreprise employant plus de 150 personnes. Le changement dans l'approche de la Commission aurait été provoqué par les développements survenus après qu'elle eut porté sa première appréciation. Sur cette base, la Commission ne peut être accusée d'incohérence bien que nous ne soyons pas totalement convaincu par l'explication donnée. Il y a cependant une objection plus fondamentale à l'acceptation par la Commission en 1981 de l'inclusion de ces secteurs dans le régime d'aides.

Il résulte apparemement de l'explication donnée par la Commission sur la situation telle qu'elle lui apparaissait en 1981 que l'octroi de l'aide aux secteurs en question n'était pas considéré comme compatible avec le marché commun. L'objectif réellement visé en permettant à ces secteurs d'être inclus dans le régime était de pouvoir octroyer l'aide à un nombre non spécifié d'entreprises se trouvant dans une position plus faible que le secteur considéré dans son ensemble, cela aux fins d'éviter la discrimination.

A notre avis, la Commission ne pouvait véritablement considérer l'octroi de l'aide dans de telles circonstances comme compatible avec le marché commun. En effet, en premier lieu, l'article 92, paragraphe 3, lettre c), se réfère à l'aide qui facilite le développement d'«activités» économiques. Il ne se refère pas au développement d'«entreprises». En conséquence, c'est la situation d'ensemble dans un secteur donné qui doit être prise en considération et non la situation de quelques entreprises travaillant dans ce secteur. En deuxième lieu, l'aide n'est pas nécessairement compatible avec le marché commun si elle a pour seul objet d'éviter une prétendue discrimination. L'article 92, paragraphe 3, expose les critères qui sont d'application. Le souci d'éviter la discrimination ne figure pas au nombre de ces critères. Par conséquent, dans la mesure où l'aide a été approuvée pour ces produits de l'industrie, la Commission a commis une erreur et même si la décision ne devait pas être annulée dans son ensemble, il nous semble qu'elle devrait être pour le moins déclarée de nul effet sur ce point.

Cela dit, ce deuxième problème semble être axé sur la question de la nécessité d'un développement, plutôt que sur la justification de l'intervention de l'État. Cela nous paraît davantage porter sur le

problème de l'exercice global du pouvoir discrétionnaire que sur la question de savoir si les critères de l'article 92, paragraphe 3, lettre c), étaient satisfaits.

La troisième question soulevée est la suivante: tandis que le plan est censé se fonder sur le principe «back the winners», c'est-à-dire qu'il prétend n'aider que les entreprises potentiellement compétitives, sa portée générale et l'absence de toute directive relative à la restructuration contredisent ce principe et ne permettent nullement à la Commission de s'assurer que seules les entreprises compétitives sont aidées. La Commission prétend que le principe «back the winners» peut être déduit de l'idée que l'aide est destinée à «faciliter» le développement. Elle souligne que, dans le projet litigieux, l'appui financier n'est pas donné au hasard mais de façon sélective, sur la base d'un programme de restructuration présenté par l'entreprise demanderesse. Le gouvernement belge avait souligné que l'aide ne serait accordée qu'à des entreprises qui, une fois restructurées, pourraient être économiquement viables et rentables. Des détails complémentaires sur le sens de cet argument ont été donnés dans une annexe à une note datée du 10 septembre 1981 qui devait servir de base pour un exposé que la délégation belge devait présenter lors de la réunion multilatérale du 17 septembre.

«Backing the winners» (miser sur ceux qui gagnent), c'est au moins aussi difficile dans ce contexte qu'aux courses. Mais même ainsi, la Commission a, à juste titre, selon nous, jugé qu'une aide ne peut être considérée comme facilitant le développement au sens de l'article 92, paragraphe 3, lettre c), que si les bénéficiaires de cette aide sont au moins potentiellement compétitifs. L'octroi de l'aide à des entreprises qui ne sont pas économiquement viables à long terme ne saurait conduire au développement des activités économiques dans lesquelles elles sont engagées. Dans la présente affaire, la Commission était en droit d'exiger que le projet belge ait pour effet de soutenir les entreprises potentiellement compétitives. Nous ne sommes pas convaincu que le système adopté pour contrôler l'application du projet ne pouvait être approuvé par la Commission.

Le quatrième argument est que pour garantir que l'aide financière restaure la compétitivité d'une entreprise, le niveau d'aide doit être progressivement réduit, alors que le projet belge ne prévoit aucune disposition en ce sens. La Commission reconnaît que des aides de ce type doivent être temporaires et dégressives car, dans le cas contraire, elles financent purement et simplement le fonctionnement d'une entreprise et non sa restructuration. La Commission n'a pas jugé nécessaire d'insister sur l'aspect dégressif, car elle n'approuvait le projet que pour une année seulement. La dégressivité d'une aide n'est, a-t-on-dit, pas d'une grande importance lorsque le programme d'aide est aussi limité dans le temps. En outre, la Commission soutient que les modalités de l'aide en impliquaient la dégressivité.

Mis à part le fait que la valeur de la bonification d'intérêts baisserait avec le temps au fur et à mesure du remboursement du capital, il n'y a aucune indication que, dans le projet belge, l'aide ait été accordée selon une formule dégressive. Le fait qu'une partie de l'aide a été versée sous forme de participation au

capital rend difficile l'application d'une formule dégressive à moins qu'on n'ait prévu le remboursement du capital à des dates déterminées; mais rien de tel n'a apparemment été envisagé en l'espèce. D'autre part, la dégressivité ne nous semble pas une condition essentielle pour accorder une approbation de court terme. Si le projet avait été examiné pour les quatre années restantes, des considérations différentes eussent été d'application. Nous ne considérons pas que la Commission a commis une erreur de principe dans la décision qu'elle a prise sur ce point.

Le cinquième argument est que lorsque l'aide d'État est trop élevée, il y a un danger que des entreprises bénéficiaires ne prennent pas leurs décisions sur une base purement commerciale, l'aide préservant alors simplement le statu quo. En conséquence, il est essentiel que la majeure partie du financement de toute action de restructuration soit assurée par l'entreprise elle-même si l'on veut que les investissements soient réalisés sur la base de décisions administratives prises en toute responsabilité. La Commission admet que les entreprises doivent, dans la mesure du possible, s'adapter à la situation économique par leurs propres moyens. En conséquence l'«intensité» d'une aide doit être limitée au strict nécessaire pour faciliter le développement. Les parties ont discuté de la méthode correcte à appliquer pour calculer le degré d'intensité du projet belge. A notre avis, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question. Le conflit entre les parties sur ce point ne peut être tranché par un oui ou par un non. La question de savoir si l'intensité d'une aide est excessive ou non est une question de degré et c'est donc à la Commission qu'il appartient de la trancher dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire.

Conformément à l'article 92, paragraphe 3, l'aide ne doit pas altérer les conditions des échanges «dans une mesure» contraire à l'intérêt commun. Dans l'affaire 47/69, France/Commission (Recueil 1970, p. 487), la Cour semble avoir estimé que ceci exige seulement un examen du point de savoir si les conditions des échanges sont affectées de cette manière, alors qu'il n'est nul besoin de faire la pondéraion entre l'effet défavorable contraire à l'intérêt commun et les effets bénéfiques de l'aide proposée.

L'argumentation du gouvernement allemand est qu'en raison de la stagnation de la demande dont souffre l'ensemble des industries du textile et de la confection dans tous les États membres, le projet belge donnera un avantage de concurrence artificiel et injustifié à l'industrie belge au détriment des industries du textile et de la confection d'autres États membres qui ne bénéficient pas de telles aides. Ceci aura pour effet de préserver des emplois en Belgique aux dépens d'autres États membres et de transférer simplement d'un État membre à un autre le problème économique de l'industrie du textile et de la confection. A l'audience, il a été dit qu'en 1983 l'industrie allemande du textile et de la confection avait perdu 1 400 emplois de plus que ce qui était prévu. Les informations dont dispose la Cour sont cependant insuffisantes pour établir un lien direct avec le plan belge. Le gouvernement allemand craint également une prolifération des programmes d'aide nationaux dans le secteur du textile et de la confection.

La Commission excipe pour sa défense de ce que la restructuration de l'industrie du textile et de la confection est très importante pour l'intérêt commun et que,

dans la forme approuvée par la Commission et limité comme il l'était à une période de seulement un an, le projet belge sert l'intérêt commun en apportant une contribution effective à une restructuration de l'industrie belge. La Commission a néanmoins soumis l'approbation du projet à diverses conditions destinées à garantir que les conditions des échanges ne soient pas altérées dans une mesure contraire à l'intérêt commun:

1) toute autre forme d'aide que celles envisagées dans le projet était exclue;

2) la production de fil et de fibres synthétiques était exclue;

3) l'aide accordée à certains secteurs était soumise à examen et à approbation préalables par la Commission.

La lettre du 18 novembre 1981 contient des passages qui semblent indiquer que la Commission a fait la pondération entre les effets du projet défavorables pour l'intérêt commun et les avantages que l'économie belge peut en retirer même si, à la fin, elle a admis que les conditions des échanges n'étaient pas affectées dans une mesure contraire à l'intérêt commun. La décision de la Commission ne serait pas nécessairement viciée pour autant si, dans la version ayant fait l'objet de l'approbation, le projet n'était pas véritablement susceptible de s'opposer à l'intérêt commun.

En bref, l'argument invoqué au nom du gouvernement allemand est qu'un projet d'aides adopté par un État membre aux fins de faciliter le développement d'un secteur particulier de l'industrie est contraire à l'intérêt commun, car 1) il donne à ce secteur de l'industrie nationale un avantage de concurrence; 2) il augmente les problèmes économiques de l'industrie dans d'autres États membres et 3) il encourage d'autres États membres à adopter des programmes d'aides similaires. Le dernier argument est de portée générale et s'il était conforme à la réalité il rendrait virtuellement impossible toute approbation d'une aide au titre de l'article 92, paragraphe 3, lettre c). Les critiques spécifiques opposées au projet litigieux par le gouvernement allemand ont trait en substance à l'étendue de l'aide financière fournie et à l'absence de moyens de moyens adéquats pour contrôler l'application du projet. S'agissant du premier point, l'appréciation faite par la Commission de l'étendue du projet d'aides était erronée parce qu'elle refusait, à tort selon nous, de tenir compte des injections de capitaux sous prétexte qu'elles ne constituaient pas des «aides». Cependant, nous ne considérons pas que la prétendue omission de la Commission de garantir un contrôle adéquat de l'application du plan ait pu être un facteur affectant la compatibilité du plan lui-même avec l'intérêt commun. C'est un point qui entre dans le cadre de l'exercice par la Commission de son pouvoir discrétionnaire, d'une part, de considérer un projet comme compatible avec le marché commun et, d'autre part, de le garder sous un contrôle constant.

Il faut ajouter que de nombreux points de détail ont été discutés, mais ils nous semblent plutôt relever de la compétence de la Commission que de celle de la Cour.

En conclusion, indépendamment de tout vice de procédure, nous avons le sentiment que la décision de la Commission de considérer le projet belge comme compatible avec le marché commun au titre de l'article 92, paragraphe 3, lettre c), devrait être annulée, au motif que la Commission a fait une mauvaise interprétation de l'article 92, paragraphe 1, en

ce qui concerne les injections de capitaux prévues dans le projet. A titre subsidiaire, la partie de l'approbation ayant trait aux secteurs spécifiquement mentionnés ci-dessus devrait être déclarée de nul effet. Exception faite ces points, nous ne croyons pas qu'un quelconque détournement de pouvoir ou erreur manifeste aient été démontrés dans la façon dont la Commission a globalement exercé son pouvoir discrétionnaire.

Il reste à examiner la demande subsidiaire présentée par le gouvernement allemand au titre de l'article 175. Selon cette disposition, la Cour peut être saisie si 1) l'institution défenderesse a été préalablement invitée à agir et 2) si cette même institution n'a pas pris position à l'expiration d'un délai de deux mois. Dans la présente affaire, la Commission aurait été priée d'agir lors de la rencontre qui a eu lieu le 4 décembre 1981 entre le ministre fédéral allemand de l'économie et le commissaire responsable des affaires de concurrence. Le représentant du gouvernement allemand a reconnu qu'aucune invitation expresse à agir n'a été prononcée lors de cette rencontre: c'est une pratique diplomatique que de formuler ce genre d'invitation en termes voilés. A notre avis, ceci suffit pour rejeter le recours comme irrecevable. Qu'une invitation à agir doive ou non être faite par écrit, comme on l'a soutenu (par exemple Bebr, Development of Judicial Control of the European Communities, p. 166, et Schermers, Judicial Protection in the European Communities, 3e édition, au point 333) et comme nous croyons qu'elle devrait être lancée en règle générale, elle doit en tout cas être suffisamment claire pour que l'institution défenderesse sache qu'elle a été invitée à agir au sens de l'article 175. Si l'on en croit le gouvernement allemand lui-même, tel n'a pas été le cas. En tout état de cause, la Commission a par lettre datée du 7 janvier 1982 informé le gouvernement allemand de la position qu'elle avait adoptée à l'égard du projet belge. La deuxième condition pour engager une action au titre de l'article 175 n'était dès lors pas remplie. En conséquence, cette demande doit être rejetée. Le gouvernement allemand restait en mesure de protéger sa position juridique en engageant une action en annulation, ce qu'il a d'ailleurs fait.

Néanmoins, pour les raisons exposées ci-dessus, nous pensons que la décision de la Commission devrait être annulée et que la Commission devrait être condamnée aux dépens.