CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. NIILO JÄÄSKINEN
présentées le 25 novembre 2010[1]

1. Par son pourvoi, la Commission des Communautés européennes demande l'annulation de l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 10 décembre 2008, Kronoply et Kronotex/Commission (T-388/02, ci-après l'«arrêt attaqué»), par lequel celui-ci a déclaré recevable le recours en annulation formé par Kronoply GmbH & Co. KG (ci-après «Kronoply») et Kronotex GmbH & Co. KG (ci-après «Kronotex») à l'encontre de la décision C(2002) 2018 final de la Commission, du 19 juin 2002, de ne pas soulever d'objections concernant l'aide accordée par les autorités allemandes en faveur de Zellstoff Stendal GmbH pour la construction d'une usine de production de pâte à papier (ci-après la «décision litigieuse»). La Commission demande également que le recours en annulation porté devant le Tribunal à l'encontre de ladite décision litigieuse soit déclaré irrecevable.

2. Dans le cadre de la présente affaire, la Commission invite la Cour à se départir de la jurisprudence actuelle, dite «Cook et Matra» [2], portant sur les conditions de recevabilité des recours introduits contre les décisions que la Commission adopte dans le cadre de la procédure de contrôle des aides d'État en vertu de l'article 88, paragraphe 3, CE [3].

3. À cet égard, tout en étant favorable à la protection efficace des droits procéduraux des parties intéressées au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE, je propose à la Cour d'apporter à la jurisprudence Cook et Matra des précisions afin de clarifier la procédure, tout en répondant à un impératif de sécurité juridique qui préside à l'administration de la justice.

1 — Langue originale: le français.

2 — Arrêts du 19 mai 1993, Cook/Commission (C-198/91, Rec. p. I-2487); du 15 juin 1993, Matra/Commission (C-225/91, Rec. p. I-3203), ainsi que du 2 avril 1998, Commission/Sytraval et Brink's France (C-367/95 P, Rec. p. I-1719).

3 — Dans la mesure où l'arrêt attaqué a été rendu le 10 décembre 2008, les références aux dispositions du traité CE suivent la numérotation applicable avant l'entrée en vigueur du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

I — Les faits, la procédure et l'arrêt attaqué

A — *Les antécédents du litige et la décision litigieuse*

4. Kronoply et Kronotex, sociétés de droit allemand, fabriquent des matériaux dérivés du bois dans leurs sites de production implantés à Heiligengrabe, dans le Land de Brandebourg (Allemagne).

5. Par une lettre du 9 avril 2002, les autorités allemandes ont notifié à la Commission un projet d'aides d'État en faveur de Zellstoff Stendal GmbH (ci-après «ZSG») destiné à financer la construction d'une installation de production de pâte à papier de haute qualité ainsi que la création d'une entreprise d'approvisionnement en bois et d'une entreprise de logistique à Arnebourg dans le Land de Saxe-Anhalt (Allemagne).

6. Par une lettre du 19 juin 2002, la Commission a adopté la décision litigieuse. Le 28 septembre 2002, la Commission a, conformément à l'article 26, paragraphe 1, du règlement (CE) nº 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE (JO L 83, p. 1), publié au *Journal officiel des Communautés européennes* une communication succincte mentionnant la décision litigieuse [4].

7. Compte tenu de l'absence de surcapacités dans ce secteur et du nombre d'emplois directs (580 emplois directs dans l'usine à pâte) et indirects (environ 1 000 emplois indirects dans la région concernée ou dans les zones voisines) créés, la Commission a décidé d'autoriser les mesures notifiées, qui consistaient en un prêt non remboursable, une prime fiscale à l'investissement et une caution.

B — *Sur l'arrêt attaqué*

8. Par requête déposée au greffe le 23 décembre 2002, Kronoply et Kronotex ont saisi le Tribunal d'un recours en annulation de la décision litigieuse.

9. Par acte séparé, déposé au greffe du Tribunal le 25 février 2003, la Commission a soulevé une exception d'irrecevabilité fondée sur deux moyens tirés, premièrement, du caractère tardif du recours et, deuxièmement, du défaut de qualité pour agir des requérantes. Par ordonnance du 14 juin 2005, le Tribunal a décidé de joindre l'exception d'irrecevabilité au fond.

10. Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal a rejeté l'exception d'irrecevabilité tirée du caractère tardif du recours tout en accueillant le moyen déniant aux sociétés requérantes la qualité pour agir en contestation du bien-fondé de la décision litigieuse. En revanche, le Tribunal a

4 — JO C 232, p. 2.

déclaré lesdites requérantes recevables dans leur demande visant à sauvegarder des garanties procédurales tout en jugeant celle-ci non fondée.

11. En premier lieu, le Tribunal a mis en exergue, aux points 57 à 59 de l'arrêt attaqué, la distinction, dans le contrôle par la Commission de la compatibilité d'une aide d'État avec le marché commun, entre la phase préliminaire d'examen et la procédure formelle d'examen. En deuxième lieu, le Tribunal s'est appuyé, aux points 60 et 61 dudit arrêt, sur la jurisprudence en vertu de laquelle le recours d'un intéressé, au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE, dirigé contre la décision de la Commission de ne pas émettre d'objections à l'issue de la phase préliminaire doit être déclaré recevable pour autant qu'il vise à sauvegarder des garanties procédurales qu'il tire de cette disposition.

12. En revanche, ayant précisé, au point 62 de l'arrêt attaqué, que, lorsqu'il s'agit de mettre en cause le bien-fondé de la décision litigieuse, un requérant doit démontrer son statut particulier au sens de la jurisprudence Plaumann/Commission [5], le Tribunal a jugé, au point 63 de ce même arrêt, que, par leur recours, les requérantes mettaient en cause à la fois le refus de la Commission d'ouvrir la procédure formelle d'examen et le bien-fondé de la décision litigieuse. Il s'est ainsi livré à un examen de la qualité pour agir des requérantes.

5 — Arrêt du 15 juillet 1963 (25/62, Rec. p. 197).

13. En ce qui concerne la qualité des requérantes pour contester le bien-fondé de la décision litigieuse, le Tribunal a dénié aux requérantes la qualité pour agir dans la mesure où celles-ci n'ont pas établi qu'elles disposaient d'un statut particulier au sens de l'arrêt Plaumann/Commission, précité, et a, en conséquence, rejeté ce volet du recours pour irrecevabilité aux points 64 à 69 de l'arrêt attaqué.

14. S'agissant de la qualité pour agir en vue de sauvegarder des garanties procédurales, le Tribunal a estimé, au point 77 de l'arrêt attaqué, que les requérantes ont établi à suffisance de droit un lien de concurrence et le risque de voir leur position être affectée sur le marché pour pouvoir les considérer comme des parties intéressées au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE et a, en conséquence, déclaré leur recours recevable en ce qu'elles visaient à défendre leurs droits procéduraux.

15. Sur ce fondement, le Tribunal s'est livré à un examen de chaque moyen invoqué par les requérantes.

16. Ayant relevé, au point 80 de l'arrêt attaqué, que seul le deuxième moyen portait sur l'absence d'ouverture de la procédure formelle d'examen, le Tribunal a jugé, aux points 81 à 83 dudit arrêt, que, même s'il ne lui appartenait pas, en vertu de la jurisprudence, d'interpréter les moyens tendant exclusivement à remettre en cause le bien-fondé de la décision comme visant en réalité à sauvegarder des droits procéduraux, il pouvait vérifier si des arguments de fond n'apportaient pas des éléments à l'appui d'un moyen soutenant l'existence de difficultés sérieuses

devant justifier l'ouverture de la procédure visée à l'article 88, paragraphe 2, CE. Il a, par conséquent, déclaré recevables les premier et deuxième moyens, tout en rejetant le troisième moyen comme irrecevable. Enfin, le Tribunal a déterminé que c'est à juste titre que la Commission n'avait pas ouvert la procédure formelle d'examen.

II — Sur le pourvoi principal

A — *Sur le pourvoi de la Commission*

17. À l'appui de son pourvoi, la Commission invoque trois moyens.

18. Par son premier moyen, tiré d'une violation des articles 88 CE et 230, quatrième alinéa, CE, la Commission reproche au Tribunal de s'être fondé sur une jurisprudence contraire auxdits articles du traité. Le Tribunal aurait donc construit à tort son raisonnement sur le principe explicité au point 60 de l'arrêt attaqué selon lequel, lorsque, sans ouvrir la procédure formelle d'examen, la Commission constate la compatibilité d'une aide dans une décision prise sur le fondement de l'article 88, paragraphe 3, CE, les garanties de procédure prévues à l'article 88, paragraphe 2, CE ne peuvent jouer que si leurs bénéficiaires ont la possibilité de contester cette décision devant le juge communautaire [6].

19. Par son deuxième moyen, tiré d'une contradiction de motifs dans l'interprétation des moyens des requérantes, la Commission critique l'approche du Tribunal aboutissant, selon elle, à effacer la différence entre les moyens intéressant les droits procéduraux et les moyens de fond, réservés uniquement aux intéressés dont les droits sont sensiblement affectés par une décision de la Commission. L'interprétation à laquelle se livre le Tribunal aux points 82 et 83 de l'arrêt attaqué conduirait ainsi à élargir le concept de qualité pour agir.

20. Par son troisième moyen, tiré d'une erreur de droit dans l'interprétation de la notion de partie intéressée, la Commission reproche au Tribunal de s'être écarté de la pratique courante en considérant que des concurrents du bénéficiaire d'une aide sur le seul marché d'approvisionnement en matières premières devaient se voir reconnaître le statut d'intéressés au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE.

6 — La Commission vise la jurisprudence Cook et Matra ainsi que l'arrêt Commission/Sytraval et Brink's France, précité, et critique le point 60 de l'arrêt attaqué.

III — Sur le mémoire en réponse de ZSG

21. La Commission est soutenue dans son pourvoi par ZSG qui a déposé un mémoire en réponse le 23 février 2009 en développant une argumentation propre, quoique coïncidant majoritairement avec les moyens de la Commission.

22. ZSG demande à la Cour, premièrement, d'annuler l'arrêt attaqué en ce qu'il juge recevable le recours de Kronoply et de Kronotex, et deuxièmement, de rejeter dans son intégralité le recours en annulation de Kronoply et de Kronotex comme irrecevable.

23. J'observe que ZSG indique expressément dans son mémoire qu'elle se limite à émettre un certain nombre de réflexions complémentaires sur les principaux moyens soulevés par la Commission. Par conséquent, il appartiendra à la Cour d'identifier parmi les arguments présentés par ZSG ceux susceptibles de relever de moyens constituant un pourvoi incident.

24. À cet égard, je rappelle que, conformément à une jurisprudence constante, il découle de l'article 56 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne que les intervenants devant le Tribunal sont considérés comme des parties devant cette juridiction. Partant, lorsque l'arrêt du Tribunal fait l'objet d'un pourvoi, l'article 115, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour leur est applicable, ce qui les dispense de devoir présenter une nouvelle requête en intervention devant la Cour conformément aux articles 93 et 123 dudit règlement de procédure [7].

25. Ainsi, l'article 40, quatrième alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce que l'intervenant fasse état d'arguments différents de ceux de la partie qu'il soutient, pourvu qu'il vise à soutenir les conclusions de cette partie [8]. En effet, une partie intervenante bénéficiant du droit de présenter un mémoire en réponse, en vertu de l'article 115 du règlement de procédure, doit, en l'absence d'une limitation expresse, pouvoir soulever des moyens concernant tout point de droit qui constitue le fondement de l'arrêt attaqué [9].

26. Par conséquent, rien ne s'oppose à qualifier certains arguments de ZSG de moyens d'un pourvoi incident.

IV — Observations générales sur la nature du droit conféré aux intéressés en vertu de l'article 88, paragraphe 2, CE

27. Avant d'examiner les moyens invoqués dans le pourvoi, je souhaiterais rappeler quelques règles pertinentes du système de contrôle des aides étatiques institué par le traité CE.

7 — Arrêt du 11 février 1999, Antillean Rice Mills e.a./Commission (C-390/95 P, Rec. p. I-769, point 20).

8 — Arrêt du 8 juillet 1999, Chemie Linz/Commission (C-245/92 P, Rec. p. I-4643).

9 — Arrêt Antillean Rice Mills e.a./Commission, précité (points 21 et 22).

28. L'article 88 CE prévoit une procédure spéciale organisant l'examen permanent et le contrôle des aides d'État par la Commission. Les aides nouvelles, que les États membres auraient l'intention d'instituer, sont soumises à une procédure préalable en l'absence de laquelle aucune mesure ne saurait être considérée comme régulièrement instaurée. En vertu de l'article 88, paragraphe 3, première phrase, CE, les projets tendant à instituer ou à modifier des aides doivent être notifiés à la Commission préalablement à leur mise en œuvre. Celle-ci procède alors à un premier examen des aides projetées. Si, au terme de cet examen, il lui apparaît qu'un projet n'est pas compatible avec le marché commun, elle ouvre sans délai la procédure prévue à l'article 88, paragraphe 2, premier alinéa, CE [10].

29. Ainsi que l'a observé l'avocat général Mengozzi dans l'affaire British Aggregates/Commission, les décisions adoptées sans ouverture de la procédure formelle d'examen sont des actes intervenant à l'issue d'un examen sommaire, conduit dans un laps de temps réduit et, dans la plupart des cas, dans le cadre d'un dialogue exclusif entre la Commission et l'État membre intéressé. Dans l'intention du législateur, ces actes devaient éviter à la Commission les longueurs d'une instruction complète dans les cas où l'absence d'aide ou sa compatibilité avec le marché commun sont d'emblée manifestes [11].

30. Il importe de souligner que, dans son appréciation, la Commission est tenue de respecter des exigences relatives, premièrement, à la limitation de son pouvoir de se prononcer sur la compatibilité d'une aide aux seules mesures ne soulevant pas de difficultés sérieuses, de telle sorte que ce critère revêt un caractère exclusif [12]. Deuxièmement, lorsqu'elle se heurte à des difficultés sérieuses, la Commission ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire au regard de l'ouverture de la procédure formelle d'examen [13]. Troisièmement, la notion de difficultés sérieuses revêt un caractère objectif [14].

31. Ainsi, selon une jurisprudence constante, la Commission ne peut s'en tenir à la phase préliminaire de l'article 88, paragraphe 3, CE pour prendre une décision favorable à une aide que si elle est en mesure d'acquérir la conviction, au terme d'un premier examen, que cette aide est compatible avec le traité. En revanche, si ce premier examen a conduit

10 — Arrêt Commission/Sytraval et Brink's France, précité (points 35 et 36).

11 — Conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 22 décembre 2008 (C-487/06 P, Rec. p. I-10505, point 74).

12 — Selon la jurisprudence du Tribunal, la Commission ne saurait refuser d'ouvrir la procédure formelle d'examen en se prévalant d'autres circonstances, telles que l'intérêt de tiers, des considérations d'économie de procédure ou tout autre motif de convenance administrative. Voir arrêt du Tribunal du 15 mars 2001, Prayon-Rupel/Commission (T-73/98, Rec. p. II-867, point 44).

13 — Arrêt Prayon-Rupel/Commission, précité (point 45).

14 — Voir arrêt du 2 avril 2009, Bouygues et Bouygues Télécom/Commission (C-431/07 P, Rec. p. I-2665, points 61 et 63).

la Commission à la conviction contraire, ou même n'a pas permis de surmonter toutes les difficultés soulevées par l'appréciation de la compatibilité de cette aide avec le marché commun, la Commission a le devoir de s'entourer de tous les avis nécessaires et d'ouvrir, à cet effet, la procédure de l'article 88, paragraphe 2, CE [15].

32. Ce n'est que dans le cadre de cette dernière procédure, qui est destinée à permettre à la Commission d'avoir une information complète sur l'ensemble des données de l'affaire, que le traité prévoit l'obligation, pour la Commission, de mettre en demeure les intéressés de présenter leurs observations [16].

33. À cet égard, je souligne que la nature du droit de déposer des observations conféré par l'article 88, paragraphe 2, CE ne saurait être confondue avec celle du droit d'être entendu, interprété comme le droit de la défense proprement dit.

34. Ainsi, la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la «charte») range, parmi les éléments essentiels du principe de bonne administration, le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre, le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne et l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions [17].

35. En effet, le respect du droit d'être entendu dans toute procédure susceptible d'aboutir à un acte faisant grief à une personne déterminée constitue un principe fondamental du droit communautaire qui doit être respecté même en l'absence de toute réglementation concernant la procédure [18].

36. Or, dans la mesure où le seul destinataire de la décision de la Commission prise en vertu de l'article 88, paragraphe 2, est un État membre [19], ledit principe doit être interprété de manière restrictive aux fins de son application dans le cadre de la procédure formelle d'examen par la Commission.

37. En effet, il importe de relever que, alors même que l'article 88, paragraphe 2, CE

15 — Voir, notamment, arrêts du 20 mars 1984, Allemagne/Commission (84/82, Rec. p. 1451, point 13); Commission/Sytraval et Brink's France, précité (point 39); du 17 juillet 2008, Athinaïki Techniki/Commission (C-521/06 P, Rec. p. I-5829, point 34); Bouygues et Bouygues Télécom/Commission, précité (point 61); Prayon-Rupel/Commission, précité (point 42), ainsi que du Tribunal du 18 septembre 1995, SIDE/Commission (T-49/93, Rec. p. II-2501, point 58).

16 — Arrêts Cook/Commission, précité (point 22); Matra/Commission, précité (point 16); du 13 décembre 2005, Commission/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum (C-78/03 P, Rec. p. I-10737, point 34), et Athinaïki Techniki/Commission, précité (points 34 et 35 ainsi que jurisprudence citée).

17 — Charte proclamée à Nice le 7 décembre 2000 (JO C 364, p. 1). Aux termes de l'article 41, paragraphe 1, de la charte, intitulé «Droit à une bonne administration», «[t]oute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et organismes de l'Union».

18 — Arrêts du 24 octobre 1996, Commission/Lisrestal e.a. (C-32/95 P, Rec. p. I-5373, point 21), ainsi que du 29 juin 2010, Commission/Alrosa (C-441/07 P, Rec. p. I-5949).

19 — À titre d'exemple, voir point 81 des conclusions de l'avocat général Bot dans l'affaire Allemagne e.a./Kronofrance (arrêt du 11 septembre 2008, C-75/05 P et C-80/05 P, Rec. p. I-6619).

habilite les intéressés à présenter leurs observations, cette disposition est interprétée dans la jurisprudence en ce sens que les intéressés disposent uniquement du droit d'être associés à la procédure administrative dans une mesure adéquate tenant compte des circonstances du cas d'espèce [20].

38. Dans la présente procédure, il est essentiel, à mon avis, de souligner que l'article 88, paragraphe 2, CE ne met en jeu que le droit de déposer des observations et non pas les droits de la défense [21].

39. Il ressort clairement de la jurisprudence que les intéressés autres que l'État membre responsable de l'octroi de l'aide ne sauraient prétendre eux-mêmes à un débat contradictoire avec la Commission, tel que celui ouvert au profit dudit État [22]. Ainsi que la Cour l'a jugé dans l'arrêt SFEI e.a., «d'une part, l'obligation de notification et l'interdiction préalable de mise en œuvre des projets d'aides prévues par l'article 93, paragraphe 3, s'adressent à l'État membre. D'autre part, celui-ci est également le destinataire de la décision par laquelle la Commission constate l'incompatibilité d'une aide et l'invite à la supprimer dans les délais qu'elle détermine» [23].

40. Il convient en effet de ne pas perdre de vue que la procédure de contrôle des aides d'État est de nature administrative, dépourvue d'éléments quasi juridictionnels.

V — Sur le premier moyen du pourvoi

A — *Argumentation de la Commission*

41. Par son premier moyen, la Commission soutient que le Tribunal s'est fondé, dans le cadre de son appréciation de la qualité pour agir des requérantes, sur une jurisprudence contraire aux articles 88 CE et 230, quatrième alinéa, CE, dans la mesure où elle donne l'accès au prétoire de la Cour à des requérants qui, sans pour autant remplir les conditions de recevabilité requises par l'article 230,

20 — Arrêts du Tribunal du 25 juin 1998, British Airways e.a./Commission (T-371/94 et T-394/94, Rec. p. II-2405, point 60); du 6 mars 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen/Commission (T-228/99 et T-233/99, Rec. p. II-435, point 125); du 12 septembre 2007, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commission (T-68/03, Rec. p. II-2911, point 42), ainsi que du 26 juin 2008, SIC/Commission (T-442/03, Rec. p. II-1161, points 222 à 225).

21 — Voir, notamment, arrêt Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commission, précité (point 43). Contrairement aux intéressés, dans le cadre de cette procédure, l'État membre jouit de droits de la défense entiers qui lui sont propres et dont la violation peut justifier l'annulation de la décision de la Commission, s'il est établi que, en l'absence de cette irrégularité, la procédure aurait pu aboutir à un résultat différent. Voir points 53 à 56 des conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire Commission/Scott (arrêt du 2 septembre 2010, C-290/07 P, Rec. p. I-7763).

22 — Arrêts Commission/Sytraval et Brink's France, précité (point 59); du 24 septembre 2002, Falck et Acciaierie di Bolzano/Commission (C-74/00 P et C-75/00 P, Rec. p. I-7869, point 82), et du Tribunal du 1er juillet 2010, ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni/Commission (T-62/08, Rec. p. II-3229, point 162).

23 — Arrêt du 11 juillet 1996 (C-39/94, Rec. p. I-3547, point 73).

quatrième alinéa, CE, contestent une décision prise sur le fondement de l'article 88 CE en invoquant la sauvegarde de droits procéduraux prétendument prévus au paragraphe 2 de ce dernier article.

42. Après avoir souligné la différence entre les procédures prévues aux paragraphes 2 et 3 de l'article 88 CE, la Commission précise que ce n'est qu'au titre de l'article 88, paragraphe 2, CE que les parties intéressées ont la possibilité de faire valoir leurs arguments.

43. En outre, selon la Commission, à la lumière du traité, il ne serait en aucun cas nécessaire d'instaurer une protection juridique particulière qui justifierait une dérogation à l'article 230, quatrième alinéa, CE pour répondre au principe de la légalité de l'action de la Commission et garantir une protection juridictionnelle entière en cas d'adoption d'une décision de compatibilité sans ouverture de la procédure formelle d'examen. En effet, en démontrant le lien de causalité entre la carence de la Commission (non-ouverture de la procédure formelle d'examen) et l'illégalité alléguée de sa décision, le contrôle juridictionnel d'une telle décision serait garanti pour autant que le requérant remplisse lesdites conditions de recevabilité.

44. Enfin, selon la Commission, il ressortirait de l'arrêt attaqué, et notamment de son point 70, que le Tribunal défend une thèse selon laquelle la qualité pour agir en vue de sauvegarder des droits procéduraux n'exigerait pas que le requérant soit individuellement et directement concerné par la décision litigieuse. Afin de pouvoir défendre une telle position, il serait nécessaire de prouver que l'article 88, paragraphe 2, CE ne consacre pas uniquement une obligation juridique de la Commission, mais crée aussi un droit pour les intéressés.

45. Or, d'une part, l'article 88, paragraphe 2, CE serait une disposition administrative régissant la procédure particulière du contrôle des aides d'État et non les conditions d'accès au prétoire de la Cour. D'autre part, le législateur communautaire ayant fixé explicitement les conditions de recevabilité à l'article 230, quatrième alinéa, CE, il serait absurde de considérer qu'il a voulu y déroger de manière implicite au travers de l'article 88 CE.

B — *La recevabilité des recours en matière d'aides d'État et l'introduction de la solution Cook et Matra*

46. À titre liminaire[24], il suffit de rappeler que, conformément à l'article 230, quatrième alinéa, CE, une personne physique ou morale ne peut former un recours contre une décision adressée à une autre personne que si

24 — J'observe que les modifications introduites par le traité de Lisbonne n'ont pas eu d'impact sur l'examen de l'affaire en cause.

ladite décision la concerne directement et individuellement [25].

47. En ce qui concerne la première condition ainsi formulée, il est de jurisprudence constante que le fait, pour un particulier, d'être directement affecté requiert que la mesure communautaire en cause produise directement des effets sur la situation juridique de celui-ci et qu'elle ne laisse aucun pouvoir d'appréciation aux destinataires de cette mesure qui sont chargés de sa mise en œuvre, celle-ci ayant un caractère purement automatique et découlant de la seule réglementation communautaire sans application d'autres règles intermédiaires [26].

48. S'agissant de la seconde condition prévue à l'article 230 CE, la portée de la notion d'«individuellement» concerné a été définie par la Cour dans l'arrêt Plaumann/Commission [27], dont il ressort qu'une personne physique ou morale, autre que le destinataire de la décision attaquée, ne saurait prétendre être concerné individuellement que si la disposition litigieuse l'atteint en raison de certaines qualités qui lui sont particulières ou d'une situation de fait qui la caractérise par rapport à toute autre personne [28].

49. Il est constant que, dans le domaine des aides d'État, la Cour a introduit des solutions particulières portant sur la recevabilité des recours de personnes tierces afin de répondre à la spécificité de la procédure applicable dans ce domaine. En général, en la matière, les conditions de recevabilité diffèrent selon que la décision attaquée a été adoptée au terme de la phase préliminaire ou au terme de la phase formelle d'examen.

50. En ce qui concerne les recours visant à annuler la décision de la Commission de ne pas ouvrir la procédure formelle d'examen, l'approche de la Cour, qualifiée de libérale par la doctrine, est centrée sur la protection des droits procéduraux des parties intéressées au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE, à savoir les parties qui auraient la possibilité de présenter des observations dans le cadre de la procédure entamée en vertu de l'article 88, paragraphe 2, CE, mais qui ont été privées de cette possibilité en raison de la décision définitive adoptée par la Commission sur la base de l'article 88, paragraphe 3, CE.

51. Dans l'arrêt Cook/Commission [29], suivant les propositions de l'avocat général

25 — Arrêt du 17 septembre 2009, Commission/Koninklijke FrieslandCampina (C-519/07 P, Rec. p. I-8495, points 47 à 54).

26 — Arrêts du 5 mai 1998, Dreyfus/Commission (C-386/96 P, Rec. p. I-2309, point 43 et jurisprudence citée), ainsi que Commission/Koninklijke FrieslandCampina, précité (points 47 à 54).

27 — Arrêt précité, ayant été confirmé depuis par une jurisprudence constante. Voir arrêts du 19 octobre 2000, Italie et Sardegna Lines/Commission (C-15/98 et C-105/99, Rec. p. I-8855, point 33 et jurisprudence citée), ainsi que Commission/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, précité (point 33).

28 — Arrêt du 22 juin 2006, Belgique et Forum 187/Commission (C-182/03 et C-217/03, Rec. p. I-5479, point 59).

29 — Arrêt précité.

Tesauro [30], au lieu de recourir aux critères dégagés dans l'arrêt Cofaz e.a./Commission [31], la Cour a jugé recevable le recours d'un concurrent en érigeant la notion de partie tierce concernée au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE au rang de règle jurisprudentielle applicable dans le contexte de la décision de la Commission adoptée en vertu de l'article 88, paragraphe 3, CE, et a réaffirmé cette approche un mois plus tard dans l'arrêt Matra/Commission [32].

52. En vertu de la jurisprudence Cook et Matra, lorsque, sans ouvrir la procédure de l'article 93, paragraphe 2, du traité CEE (devenu article 88, paragraphe 2, CE), la Commission constate, sur le fondement du paragraphe 3 du même article, que la mesure notifiée ne constitue pas une aide étatique ou est une aide compatible avec le marché commun, les personnes, entreprises ou associations éventuellement affectées dans leurs intérêts par l'octroi de l'aide, notamment les entreprises concurrentes et les organisations professionnelles qui, en tant que parties intéressées, bénéficient de garanties de procédure lorsque la procédure de l'article 88, paragraphe 2, CE, est mise en œuvre, doivent être admises à intenter un recours en annulation contre la décision opérant cette constatation.

53. La recevabilité du recours, conformément à la doctrine Cook et Matra, dépend donc de la nature des moyens, d'une part, et de la qualité du requérant, d'autre part. Les conditions de recevabilité sont vérifiées en établissant une distinction entre les parties qui contestent le fond de la décision de la Commission et les parties qui invoquent la protection de leurs droits procéduraux. À la suite de l'arrêt Commission/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, cette distinction assez claire détermine le test applicable [33].

54. La solution adoptée par la Cour dans les arrêts précités Cook/Commission et Matra/Commission ne fait pas l'unanimité en doctrine et il est utile de rappeler ici les principaux éléments du débat qu'elle suscite [34].

55. Certains relèvent que, dans l'arrêt Commission/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, précité, la Cour va au-delà des suggestions émises par l'avocat général Jacobs dans l'affaire Unión de Pequeños Agricultores/Conseil [35] pour alléger les conditions d'accès des personnes physiques et morales au prétoire de la Cour [36].

30 — Conclusions de l'avocat général Tesauro dans cette affaire Cook/Commission.

31 — Test prévoyant le critère pour une partie d'«être substantiellement affectée» par la mesure. Voir arrêt du 28 janvier 1986 (169/84, Rec. p. 391).

32 — Arrêt précité.

33 — Arrêt précité, dans lequel la Cour a tenté d'expliciter la solution Cook et Matra.

34 — Pour un commentaire général, voir Winter, J., «The rights of complainants in State aid cases: judicial review of Commission decisions adopted under article 88 (ex 93) EC», *Common Market Law Review*, 1999, nº 36.

35 — Arrêt du 25 juillet 2002 (C-50/00 P, Rec. p. I-6677).

36 — Voir Honoré, M., «The standing of third parties in State aid cases: the lessons to be drawn from the judgement case C-78/03 P, Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum v. Commission», *European state aid law quarterly*, EStAL, vol. 5 (2006), nº 2, p. 269 à 284, en particulier p. 274.

56. En effet, à la suite desdits arrêts Cook/Commission et Matra/Commission, la catégorie des personnes recevables à attaquer la décision de la Commission est plus étendue que celle admise à contester l'acte en cause sous l'empire de l'article 88, paragraphe 2, CE. Ainsi, toutes les parties intéressées au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE sont considérées comme «individuellement concernées» par la décision de la Commission de ne pas ouvrir la procédure formelle d'examen [37]. Le Tribunal a même clairement jugé que le fait même que les parties ont eu la possibilité de faire valoir leurs arguments dès la procédure préliminaire d'examen, au titre de l'article 88, paragraphe 3, CE, ne saurait les priver du droit au respect de la garantie procédurale qui leur est expressément conféré par l'article 88, paragraphe 2, CE [38].

57. Or, il est constant que, dans le cadre de la décision adoptée en vertu de l'article 88, paragraphe 2, CE, le simple fait que les requérantes puissent être considérées comme parties «intéressées» ne saurait suffire pour admettre la recevabilité du recours car cela ne leur confère pas en soi la qualité pour agir. Au contraire, dès lors qu'elles contestent la décision de la Commission clôturant la procédure formelle d'examen, les parties doivent disposer d'un statut particulier conformément à la jurisprudence Plaumann/Commission, précitée, comprenant, notamment, la preuve de l'affectation substantielle de sa position concurrentielle par une aide autorisée dans la décision de la Commission.

58. Il s'ensuit que, en l'état actuel de la jurisprudence, les requérantes ont la qualité pour agir dans la mesure où elles visent à obtenir le respect des droits procéduraux qu'elles tirent de l'article 88, paragraphe 2, CE sans qu'elles soient tenues de démontrer que leur position sur le marché concerné ait été affectée substantiellement par l'adoption de la décision litigieuse [39].

59. Plusieurs avocats généraux ont déjà émis de sérieuses critiques sur les conséquences de la jurisprudence Cook et Matra.

60. Ainsi, l'avocat général Jacobs a qualifié la jurisprudence issue des arrêts précités Cook/Commission et Matra/Commission d'insatisfaisante, de complexe et comme étant apparemment dépourvue de logique et de cohérence [40]. Ayant souligné la confusion consistant à assimiler le critère de la qualité pour agir de l'article 88, paragraphe 2, CE et de l'article 88, paragraphe 3, CE, il a également

37 — Voir, à titre d'exemples, arrêts précités Commission/Sytraval et Brink's France (point 41); Commission/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum (point 35), ainsi que British Aggregates/Commission (point 28). Voir arrêts du Tribunal du 21 mars 2001, Hamburger Hafen- und Lagerhaus e.a./Commission (T-69/96, Rec. p. II-1037, point 37), et du 13 janvier 2004, Thermenhotel Stoiser Franz e.a./Commission (T-158/99, Rec. p. II-1, point 73).

38 — Arrêt du Tribunal du 12 février 2008, BUPA e.a./Commission (T-289/03, Rec. p. II-81, point 76).

39 — Voir arrêt Allemagne e.a./Kronofrance, précité (point 44).

40 — Conclusions dans l'affaire Commission/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, précitée (point 138).

remis en question l'existence même de la dérogation aux dispositions de l'article 230, quatrième alinéa, CE. M. l'avocat général a, par conséquent, suggéré d'appliquer, dans tous les cas où le requérant conteste une décision prise en vertu de l'article 88, paragraphe 3, CE, le critère de l'intérêt direct et individuel, indépendamment des moyens sur lesquels le recours est fondé, tout en interprétant le critère de l'intérêt individuel de manière moins restrictive que dans la jurisprudence Plaumann/Commission, précitée [41].

61. Eu égard à la nature des actes adoptés en vertu de l'article 88, paragraphe 3, CE, l'avocat général Mengozzi [42], pour sa part, s'est demandé s'il ne serait pas plus opportun que le contrôle du juge communautaire sur ces actes se limite en toute hypothèse, et donc indépendamment du fondement de la qualité du requérant pour agir, à vérifier l'existence des conditions qui légitiment la non-ouverture de la procédure formelle d'examen, c'est-à-dire à déterminer l'absence de doutes sérieux quant au fait que la mesure ne constitue pas une aide ou qu'elle est en toute hypothèse compatible avec le marché commun. La décision sur les «questions de fond» serait ainsi renvoyée, en cas d'annulation, à l'examen du recours éventuellement introduit contre la décision finale adoptée par la Commission à l'issue de la procédure susmentionnée.

62. La distinction opérée par le juge communautaire en ce qui concerne les conditions de recevabilité des recours introduits contre une décision adoptée sur le fondement de l'article 88, paragraphe 3, CE a également conduit l'avocat général Bot à émettre des critiques [43]. Selon ce dernier, la jurisprudence Cook et Matra aboutit à limiter les droits reconnus aux parties intéressées dans le cadre de la procédure de contrôle des aides d'État. Ayant souligné le caractère artificiel de la construction jurisprudentielle en vigueur, l'avocat général Bot a relevé que l'objectif que poursuit le requérant est identique selon qu'il poursuit la sauvegarde de ses droits procéduraux ou qu'il conteste le bien-fondé de la décision d'appréciation de l'aide dès lors qu'il tend à faire ouvrir la phase formelle d'examen. En conséquence, il a proposé à la Cour d'admettre que, lorsqu'une personne conteste le bien-fondé de l'appréciation de la Commission, adoptée à l'issue de l'examen préliminaire, cette personne met nécessairement en cause l'absence d'ouverture de la procédure formelle d'examen et vise, par conséquent, à sauvegarder ses droits procéduraux [44].

63. Enfin, l'affaire 3F/Commission [45] a suscité de la part de l'avocat général Sharpston des commentaires récusant une approche formaliste qui pénaliserait un requérant ayant

41 — Ibidem (points 139 et 141).

42 — Voir conclusions dans l'affaire British Aggregates/Commission, précitées (point 75).

43 — Conclusions dans l'affaire Allemagne e.a./Kronofrance, précitées (points 106 et 109).

44 — Ibidem (points 104 et suiv.).

45 — Conclusions de l'avocat général Sharpston dans cette affaire (arrêt du 9 juillet 2009, C-319/07 P, Rec. p. I-5963, points 39 à 43).

soulevé des observations auxiliaires sur la teneur des mesures contestées.

C — *Sur la validité de la jurisprudence Cook et Matra*

64. En premier lieu, il convient, selon moi, de partir d'une prémisse selon laquelle le traité attribue clairement le droit aux parties intéressées de présenter des observations dans le cadre de la procédure formelle d'examen.

65. La partie intéressée doit être en mesure de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et des circonstances faisant l'objet de l'examen par la Commission, dès lors qu'il lui semble que la Commission a adopté la décision de ne pas soulever d'objections en vertu de l'article 88, paragraphe 3, CE sans avoir eu la pleine connaissance de toutes les données susceptibles de donner lieu à des difficultés dans l'appréciation de la mesure en question.

66. À mon avis, il s'agit donc d'un droit procédural autonome qui appelle une protection juridictionnelle spécifique et qui ne devrait pas être annihilé par l'absence de qualité pour agir en contestation du bien-fondé de la décision.

67. Cette qualité pour agir ne saurait suffire toutefois pour mettre en cause le bien-fondé de la décision en tant que telle. Il convient à cette fin de disposer du statut particulier défini par l'arrêt Plaumann/Commission, précité.

68. En deuxième lieu, dans les conclusions qu'il a présentées dans l'affaire British Aggregates/Commission, précitée, l'avocat général Mengozzi a relevé que la jurisprudence Cook et Matra, particulièrement complexe et plutôt formaliste, s'explique par la nécessité de garantir que, si le recours est introduit par une personne qui ne fait valoir que sa qualité d'intéressée au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE, le contrôle exercé par le juge communautaire sur la décision attaquée n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer le respect des prérogatives procédurales reconnues par cette disposition [46].

69. Certes, il est, selon moi, primordial de s'attacher à la nature administrative de la procédure conduite par la Commission afin de distinguer la question du locus standi pour contester la légalité d'un acte de droit

46 — Selon l'avocat général Mengozzi, cela se produirait si le juge ne se limitait pas à vérifier l'existence des conditions qui justifient de ne pas ouvrir la procédure formelle d'examen, c'est-à-dire l'absence de difficultés sérieuses dans la qualification de la mesure en tant qu'aide ou dans l'évaluation de sa compatibilité avec le marché commun, mais constatait l'existence d'une aide (ou des éléments constitutifs d'une aide que la Commission a jugé inexistants) ou bien l'absence des conditions invoquées par la Commission pour déclarer sa compatibilité avec le traité. Ce cas de figure permettrait en effet au requérant non seulement d'obtenir une éventuelle ouverture de la procédure formelle d'examen, mais également de lier la Commission aux constatations faites par le juge communautaire et de prédéterminer, au moins en partie, le contenu de la décision qui sera adoptée à l'issue de cette procédure, c'est-à-dire d'un acte qu'il n'aurait pu légitimement attaquer en sa seule qualité d'intéressé au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE (point 71 des conclusions).

de l'Union de la question du bénéfice de droits procéduraux devant une autorité administrative.

70. J'observe, en effet, que l'article 88, paragraphe 2, CE établit une règle de la procédure administrative européenne, tandis que l'article 230 CE énonce une règle du contentieux administratif européen.

71. Il convient à cet égard de souligner la pertinence du principe de bonne administration. Ce principe d'origine prétorienne, consacré récemment à l'article 41 de la charte, est un principe général du droit communautaire [47].

72. Ledit principe exigeant un examen diligent et impartial [48], je considère que le droit de pouvoir exiger l'ouverture de la procédure visée à l'article 88, paragraphe 2, CE afin de sauvegarder ses prérogatives procédurales résulte de l'obligation incombant à la Commission de prendre sa décision en vertu de l'article 88, paragraphe 3, CE, en l'absence de difficultés sérieuses.

73. La Cour a récemment jugé que la participation au processus décisionnel en matière d'environnement dans les conditions prévues par la directive 85/337/CEE [49] est distincte et a une finalité autre que le recours juridictionnel, ce dernier pouvant, le cas échéant, être exercé contre la décision prise à l'issue de ce processus. Cette participation est, dès lors, sans incidence sur les conditions d'exercice du recours [50]. Sans vouloir rapprocher le droit d'être associé à la procédure en vertu de l'article 88, paragraphe 2, CE et le droit de participer à une procédure administrative en matière d'environnement, je souhaiterais souligner que ce dernier est défini de manière plus large que le droit d'agir au fond.

74. En troisième lieu, j'observe que l'application de la jurisprudence Matra/Commission, précitée, ne risque pas d'étendre les droits procéduraux que le traité et le droit dérivé confèrent aux intéressés dans le cadre des procédures de contrôle des aides d'État.

75. Il s'agit, au contraire, de l'affirmation d'un droit expressément conféré par le traité dans le cadre de la procédure dans laquelle la notion de partie intéressée trouve pleinement à s'appliquer. Ainsi, l'objectif de ladite jurisprudence Matra/Commission consiste en la

47 — Voir le texte des explications relatives au texte complet de la charte: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_fr.pdf. Voir conclusions dans l'affaire Commission/Scott, précitées (point 60 et jurisprudence citée), ainsi que arrêt du 22 février 2005, Commission/max.mobil (C-141/02 P, Rec. p. I-1283, point 72). Voir, également, arrêts du 19 octobre 1983, Lucchini Siderurgica/Commission (179/82, Rec. p. 3083, point 27), et du 31 mars 1992, Burban/Parlement (C-255/90 P, Rec. p. I-2253).

48 — Arrêts Commission/Sytraval et Brink's France, précité (point 62), ainsi que du Tribunal du 30 janvier 2002, max.mobil/Commission (T-54/99, Rec. p. II-313, point 48).

49 — La directive 85/337/CEE du Conseil, du 27 juin 1985, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement (JO L 175, p. 40), telle que modifiée par la directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 mai 2003 (JO L 156, p. 17).

50 — Arrêt du 15 octobre 2009, Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening (C-263/08, Rec. p. I-9967, point 38).

confirmation d'un droit reconnu dans le cadre de la procédure formelle d'examen et non en une reconnaissance d'un nouveau droit dans le cadre de la procédure préliminaire.

76. Par ailleurs, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence précitée, la nature du droit découlant de l'article 88, paragraphe 2, CE est circonscrite au fait d'être associé à la procédure d'examen et ne confère nullement aux intéressés une qualité susceptible de compromettre les conditions de l'article 230, paragraphe 4, CE.

77. En quatrième lieu, eu égard aux critiques de la doctrine ainsi qu'aux invitations de plusieurs avocats généraux, je suis enclin à considérer que le moment est venu pour la Cour, tout en préservant l'idée conductrice de la protection juridictionnelle des droits des intéressés dans le cadre de la procédure formelle d'examen, de clarifier définitivement les règles régissant la recevabilité des recours contre les décisions de la Commission adoptées en vertu de l'article 88, paragraphe 3, CE.

78. Il est désormais constant que les règles régissant la qualité pour agir des personnes physiques et morales qui visent à contester les décisions prises par la Commission en vertu de l'article 88, paragraphe 3, CE sont actuellement floues et confuses. Il me semble, en effet, qu'il est impossible à l'heure actuelle, tant pour les parties que pour le Tribunal, d'identifier clairement dans un amalgame de moyens ceux visant à préserver les droits procéduraux et ceux portant sur le fond.

79. Plusieurs exemples tirés de la jurisprudence témoignent d'une incertitude quant à l'issue de l'examen et quant au traitement [51]. En outre, les derniers arrêts du Tribunal, tels ceux rendus dans les affaires Kronoply [52], Deutsche Post et DHL International/Commission [53] et Scheucher-Fleisch e.a./Commission [54], ont suscité dans la doctrine des doutes concernant le respect de la sécurité juridique dès lors que le Tribunal tend à choisir, parmi les arguments visant le fond, les arguments relatifs, à ses yeux, aux moyens visant la protection des droits procéduraux [55]. Par ailleurs, dans son pourvoi, la Commission soutient qu'une telle approche aboutit à affecter ses droits de la défense et le principe d'égalité des armes.

80. À cet égard, j'observe que, selon la jurisprudence rappelée aux points 30 et 31 des

51 — Voir dans Honoré, M., op. cit., l'analyse comparative des affaires (p. 275 et suiv.).

52 — Arrêt attaqué.

53 — Arrêt du Tribunal du 10 février 2009 (T-388/03, Rec. p. II-199), faisant l'objet du pourvoi dans l'affaire Belgique/Deutsche Post e.a. (C-148/09 P), pendante devant la Cour.

54 — Arrêt du Tribunal du 18 novembre 2009 (T-375/04, Rec. p. II-4155).

55 — Maitrepierre, A., «Aides d'État — Qualité et intérêt à agir: Le TPICE admet la recevabilité d'un recours mixte contre une décision de la Commission de ne pas soulever d'objections à l'encontre d'une prétendue mesure d'aide d'État, dès lors que les requérantes ont la qualité de concurrentes directes du bénéficiaire de cette mesure (Deutsche Post AG — DHL)», *Concurrences,* n° 2-2009, n° 25983, p. 154 et 155; Peytz, H., et Mygind, T., «Direct Action in State Aid Cases — Tightropes and Legal Protection», *EStAL*, 2/2010, points 331 et suiv.

présentes conclusions, la Commission ne peut considérer une aide comme étant compatible que si elle n'éprouve aucun doute sur cette compatibilité. Le requérant doit alors s'attacher à démontrer que la Commission s'est heurtée à des difficultés sérieuses dans l'appréciation des mesures en question. Or, l'objectif d'un requérant qui attaque la décision de la Commission adoptée à l'issue de la procédure préliminaire d'examen est l'ouverture de la phase formelle en vertu de l'article 88, paragraphe 2, CE. Alors même que l'objectif poursuivi par le requérant pouvait consister en l'annulation sur le fond de la décision de la Commission, selon la logique procédurale, le requérant vise à contraindre la Commission à ce qu'elle s'engage dans un examen plus approfondi susceptible d'aboutir à un changement de son appréciation.

81. J'admets que la notion de difficultés sérieuses est complexe voire artificielle dans son application, parce que la vraie question est celle de savoir si la Commission aurait pris une décision différente sur la base de la procédure formelle d'examen. Toutefois, il est constant que l'économie générale des dispositions régissant le contrôle des aides d'État est incontestablement caractérisée par un certain formalisme. Ce formalisme qui a suscité des critiques en doctrine [56] et qui est reflété dans la jurisprudence Cook et Matra, peut paradoxalement contribuer à clarifier les règles applicables et à renforcer la sécurité juridique des justiciables dans la formulation de moyens devant la juridiction de l'Union.

82. À mon avis, le moyen soulevé devant le Tribunal au titre de la sauvegarde de prérogatives procédurales doit être explicitement procédural, à savoir que la procédure en vertu de l'article 88, paragraphe 2, CE aurait dû être ouverte, mais les arguments avancés à son appui peuvent viser les faits ou les indices qui auraient dû amener la Commission à éprouver des doutes sérieux. Ces éléments sont nécessairement de nature matérielle puisqu'ils constituent le fond de la procédure administrative. Le test établi dans l'arrêt Plaumann/Commission, précité, trouve sa pleine application dès lors que le requérant demande l'annulation de la décision au motif que la mesure constitue une aide illégale ou une aide incompatible avec le marché commun.

83. C'est vers ce choix que la Cour s'est orientée dans l'arrêt 3F/Commission [57]. La Cour a en effet jugé que, «[c]ertes, ainsi qu'il ressort de l'article 4, paragraphe 3, du règlement nº 659/1999, une décision de la Commission de ne pas soulever d'objections est prise par celle-ci lorsqu'elle constate que la mesure notifiée ne suscite pas de doutes quant à sa compatibilité avec le marché commun. Lorsqu'un requérant demande l'annulation

56 — Voir conclusions dans l'affaire Commission/Scott, précitées (point 55).

57 — Arrêt précité (point 35). À cet égard, voir Haasbeek, L., «A Step in the Right Direction», *ESтAL*, 1/2010, p. 147.

d'une telle décision, il met en cause essentiellement le fait que la décision relative à l'aide a été adoptée sans que la Commission ouvre la procédure formelle d'examen, violant ce faisant ses droits procéduraux. Afin de réussir dans son action, le requérant peut chercher à démontrer que la compatibilité de la mesure en cause aurait dû susciter des doutes. L'utilisation de tels arguments ne saurait pour autant avoir pour conséquence de transformer l'objet du recours ni d'en modifier les conditions de recevabilité».

84. Enfin, du point de vue constitutionnel, je considère que, dès lors qu'une juridiction suprême ouvre une voie de protection juridictionnelle aux particuliers au-delà du libellé du texte législatif, cette protection d'origine prétorienne ne peut être définitivement refusée que par le législateur lui-même. La Cour devrait donc s'efforcer d'expliciter les modalités d'exécution du droit conféré dans sa jurisprudence, mais elle ne saurait condamner une telle voie elle-même. Il appartient au seul pouvoir constituant de l'Union de fermer la porte ouverte par la jurisprudence Cook et Matra.

85. Eu égard à tout ce qui précède, la Cour a plusieurs options permettant d'aménager ladite jurisprudence Cook et Matra.

86. En ce qui concerne le test de recevabilité à appliquer, la Cour peut explicitement juger que, indépendamment de la nature du moyen, une seule condition est requise, à choisir entre une stricte formule tirée de la jurisprudence Plaumann/Commission, précitée, et le test beaucoup plus souple de la partie intéressée [58]. L'application de la jurisprudence Plaumann conduirait à invalider purement et simplement la solution permettant aux parties intéressées, au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE, de bénéficier de la qualité pour agir contre les décisions de la Commission adoptées en vertu du paragraphe 3 du même article.

87. En ce qui concerne la nature des moyens à invoquer, la Cour pourrait abandonner la distinction entre moyens procéduraux et moyens portant sur le fond.

88. En ce qui concerne le cercle des requérants potentiels, la Cour pourrait circonscrire la notion de partie intéressée de telle sorte que soit exclu tout risque de prolifération des contentieux nés de l'article 88, paragraphe 3, CE.

D — *Sur l'arrêt attaqué*

89. En l'espèce, après avoir mis en avant, aux points 57 à 59 de l'arrêt attaqué, la distinction entre la phase préliminaire d'examen et la procédure formelle d'examen qui caractérise le contrôle, par la Commission, de la

58 — Buendia Sierra, J.-L., «Standing before the Community Courts in the context of State aid litigation», *EStAL*, novembre 2007, p. 11.

compatibilité d'une aide d'État avec le marché commun, le Tribunal a souligné, au point 60 de ce même arrêt, que le recours en annulation d'un intéressé, au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE, dirigé contre la décision de la Commission de ne pas émettre d'objections à l'issue de la phase préliminaire doit être déclaré recevable pour autant que, par ce recours, il vise à faire sauvegarder les droits procéduraux qu'il tire de cette disposition.

90. Ayant précisé, au point 62 de l'arrêt attaqué, que la qualité de partie intéressée ne pouvait toutefois fonder que la qualité pour agir dans un recours limité à la sauvegarde de droits procéduraux, la qualité pour agir d'un requérant contre le bien-fondé d'une décision devant satisfaire aux conditions de la jurisprudence Plaumann/Commission, précitée, le Tribunal a constaté que, par leurs moyens, les requérantes mettent en cause, en l'espèce, à la fois le refus de la Commission d'ouvrir la procédure formelle d'examen et le bien-fondé de la décision litigieuse.

91. Dans la mesure où je défends la légalité de la solution adoptée par la Cour dans ses arrêts précités Cook/Commission et Matra/Commission en ce qui concerne la reconnaissance de la sauvegarde de droits procéduraux, je propose à la Cour de rejeter le premier moyen de la Commission dès lors que le raisonnement du Tribunal constitue une application correcte de ladite jurisprudence. Il est, en revanche, évident que, si la Cour choisissait de se départir de la jurisprudence en question, le raisonnement du Tribunal serait entaché d'une erreur de droit.

92. Enfin, les deuxième et troisième moyens du pourvoi ne doivent être examinés que si la jurisprudence Cook et Matra est maintenue. À l'inverse, si le premier moyen était accueilli, l'arrêt attaqué devrait être annulé et la Cour pourrait se prononcer sur la recevabilité du recours de Kronoply et Kronotex.

VI — Sur le deuxième moyen

A — *Argumentation de la Commission*

93. La Commission, soutenue par ZSG, reproche au Tribunal, malgré le fait que celui a indiqué au point 81 de l'arrêt attaqué qu'il ne lui appartenait pas d'interpréter les moyens des requérantes pour déterminer dans quelle mesure elles mettraient en cause le bien-fondé de la décision litigieuse ou tendraient à faire sauvegarder leurs droits procéduraux, de s'être précisément livré à une telle interprétation au point 82 de l'arrêt attaqué.

94. À cet égard, la Commission cite l'arrêt Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a./

Commission [59], dont il ressort clairement que le Tribunal n'était pas habilité à requalifier, comme il l'a fait, au point 51 de l'arrêt attaqué, l'objet du recours. Or, ce faisant, d'une part, le Tribunal outrepasserait ses compétences en ce qu'il est lié par le recours tel qu'il résulte des mémoires déposés devant lui. Une telle approche conduirait, d'autre part, à privilégier les requérantes et donc à violer le principe de l'égalité des armes des parties à la procédure devant le Tribunal.

95. La Commission souligne, en particulier, que, eu égard au point 83 de l'arrêt attaqué, le Tribunal avait pour intention de prendre en considération l'ensemble des moyens, en effaçant ainsi la différence existant entre l'invocation de droits procéduraux et l'invocation de moyens de fond.

96. ZSG ajoute que, en procédant de la sorte, le Tribunal anticipe, à tort, l'examen qu'il ferait d'une décision de la Commission prise au terme d'une procédure formelle d'examen.

B — *Sur l'arrêt attaqué et la problématique d'une requalification du recours initial en première instance*

97. À titre liminaire, ainsi que l'a rappelé l'avocat général Mengozzi dans les conclusions qu'il a présentées dans l'affaire British Aggregates/Commission, il convient de souligner que la Cour exclut toute possibilité de pallier l'absence de moyens tirés expressément de la violation des garanties de procédure reconnues par l'article 88, paragraphe 2, CE, ou de la violation de l'obligation de la Commission d'ouvrir la procédure formelle d'examen. La Cour exclut par ailleurs pratiquement toute possibilité de pallier l'absence d'invocation de ces moyens par une requalification de ceux qui ont été expressément soulevés [60].

98. Ainsi, la Cour a considéré comme constitutive d'une erreur de droit, alors même que les conclusions présentées devant le Tribunal et l'ensemble des moyens soulevés à l'appui de celles-ci tendaient à l'annulation de la décision litigieuse sur le fond, la requalification, par le Tribunal, de l'objet même du recours dont il était saisi et qui l'a conduit à estimer, à tort, que les requérantes entendaient sauvegarder des garanties procédurales dont elles auraient dû bénéficier [61].

99. Une telle réinterprétation du recours, qui revient à requalifier l'objet de celui-ci, a été censurée par la Cour dans l'arrêt Commission/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum. En effet, la Cour a jugé dénuées de fondement objectif les constatations du Tribunal selon lesquelles, même en l'absence d'un moyen tiré explicitement d'une violation par la Commission de l'obligation d'ouvrir la

59 — Arrêt du 29 novembre 2007 (C-176/06 P).

60 — Conclusions précitées (point 70).

61 — Arrêt Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a./Commission, précité (point 25).

procédure prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE, le recours doit, compte tenu des moyens d'annulation invoqués à son appui, être interprété comme faisant grief à la Commission de ne pas avoir ouvert, malgré les difficultés sérieuses dans l'appréciation de la compatibilité des aides en cause, la procédure formelle d'examen prévue et comme visant, en dernière analyse, à faire sauvegarder les droits procéduraux conférés par celle-ci [62].

100. En l'espèce, après avoir rappelé, à juste titre, la jurisprudence régissant l'examen d'un recours par le Tribunal, il a jugé au point 82 de l'arrêt attaqué qu'une telle limite au pouvoir d'interprétation des moyens par le Tribunal n'a pas pour effet d'empêcher celui-ci d'examiner des arguments de fond avancés par un requérant afin de vérifier s'ils apportent aussi des éléments à l'appui d'un moyen, également formé par le requérant, soutenant expressément l'existence de difficultés sérieuses qui auraient justifié l'ouverture de la procédure visée à l'article 88, paragraphe 2, CE.

101. De surcroît, au point 83 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a jugé que, pour se prononcer sur la recevabilité du deuxième moyen, il convient d'examiner l'ensemble des autres moyens avancés par les requérantes à l'encontre de la décision litigieuse afin d'apprécier si les arguments présentés dans le cadre des premier et troisième moyens peuvent se rattacher au moyen tiré de la méconnaissance des garanties procédurales, en ce qu'ils viseraient à identifier une difficulté sérieuse face à laquelle la Commission aurait été tenue d'ouvrir la procédure formelle d'examen.

102. Or, il va de soi que, ce faisant, le Tribunal a recherché dans tous les autres moyens soulevés devant lui et mettant en cause le bien-fondé de la décision litigieuse des éléments pouvant fonder un moyen tiré de la méconnaissance des garanties procédurales.

103. Alors même que la démarche en l'espèce n'est pas identique à celle visée par la jurisprudence Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a./Commission, précitée, celle-ci me paraît critiquable et peut constituer, à mon avis, une erreur de droit au regard de ladite jurisprudence [63].

104. À cet égard, j'observe que, conformément à une jurisprudence classique, le juge communautaire doit interpréter les moyens d'un requérant par leur substance plutôt que par leur qualification [64], et que le Tribunal a

62 — Arrêt précité (points 44 et 45).

63 — La violation de la jurisprudence Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a./Commission, d'une part, et celle de la jurisprudence Cook et Matra, d'autre part.

64 — Arrêt du 15 décembre 1961, Fives Lille Cail e.a./Haute Autorité (19/60, 21/60, 2/61 et 3/61, Rec. p. 559, 588).

déjà adopté cette approche afin de vérifier si le requérant apporte également des éléments à l'appui d'un moyen soutenant l'existence des difficultés sérieuses qui auraient justifié l'ouverture de la procédure visée à l'article 88, paragraphe 2, CE [65].

105. Il est constant que le Tribunal est tenu d'appliquer l'adage connu «donne moi le fait, je te dirai le droit» [66]. Toutefois, je me demande si, après avoir invoqué sa qualité d'intéressée ainsi qu'une méconnaissance de ses droits procéduraux, une partie peut se borner à présenter une description sommaire des constatations de fait prétendument erronées de la Commission, sans expliquer, pour autant, pourquoi et dans quelle mesure ces constatations seraient susceptibles de justifier, au-delà de l'illégalité de la décision litigieuse, l'existence des difficultés sérieuses au sens d'une jurisprudence constante. En l'espèce, le Tribunal a examiné si les arguments présentés dans le troisième moyen de la requête peuvent se rattacher au moyen tiré de la méconnaissance des garanties procédurales bien que le contenu du deuxième moyen ne puisse être interprété comme se référant, au-delà du premier moyen, également au troisième moyen de la requête déposée devant le Tribunal.

106. Je souhaiterais souligner que, dans le cadre de l'application de la jurisprudence Cook et Matra, il convient d'établir une distinction nette entre, d'une part, la reconnaissance d'un droit aux intéressés, à savoir la possibilité d'invoquer un moyen visant la sauvegarde des droits procéduraux, et, d'autre part, la protection judiciaire ex officio, à savoir l'obligation pour le Tribunal de s'efforcer de rechercher parmi des arguments de fait visant à mettre en cause le bien-fondé de la décision litigieuse des éléments qui pourraient également justifier le moyen tiré d'un droit procédural reconnu par la jurisprudence. Il me semble évident que la Cour n'a pas conféré un instrument de protection juridictionnelle conçu d'une telle façon aux intéressés au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE.

107. Ainsi, dans un tel cas, le juge ne devrait statuer que sur la demande des parties, auxquelles il appartient de délimiter le cadre du litige, et clairement identifier l'argumentation factuelle visant à démontrer l'existence des difficultés sérieuses dans le cadre de l'application de l'article 88, paragraphe 3, CE, justifiant l'ouverture de la procédure formelle d'examen par la Commission. Il n'appartient pas au Tribunal de se substituer aux parties afin de rechercher, dans la requête, des éléments susceptibles de fonder le moyen tiré de la violation de droits procéduraux.

65 — Arrêts Thermenhotel Stoiser Franz e.a./Commission, précité (points 148, 155, 161 et 167), ainsi que du Tribunal du 20 septembre 2007, Fachvereinigung Mineralfaserindustrie/Commission (T-254/05, p. 124).

66 — Adage «Da mihi factum, dabo tibi ius» selon lequel le juge doit appliquer les règles de droit appropriées aux faits tels qu'ils sont présentés par les parties. Cet adage découle du principe général «jura novit curia», consacré par le droit continental. Voir point 33 des conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire van Schijndel et van Veen (arrêt du 14 décembre 1995, C-430/93 et C-431/93, Rec. p. I-4705).

108. Par conséquent, j'estime qu'il incombe au requérant d'énoncer clairement un moyen «procédural» en explicitant la nature de difficultés sérieuses qui auraient pu justifier l'ouverture de la procédure formelle d'examen par la Commission et en exposant ainsi des faits constituant des éléments du fond.

109. Enfin, il importe de souligner que le Tribunal s'est engagé récemment, dans plusieurs affaires, sur la voie de la réinterprétation des moyens. Cela exige une réponse claire de la Cour quant à la légalité d'une telle approche [67].

110. Eu égard à ce qui précède, il convient de constater que le Tribunal a commis une erreur de droit et, partant, de faire droit au deuxième moyen de la Commission.

VII — Sur le troisième moyen

A — *Argumentation de la Commission*

111. Par ce moyen, tiré d'une erreur de droit dans l'interprétation de la notion de partie intéressée, la Commission reproche au Tribunal de s'être écarté de l'usage dès lors qu'il a jugé que des concurrents du bénéficiaire d'une aide sur le seul marché de l'approvisionnement en matières premières devaient se voir reconnaître le statut d'intéressés au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE.

112. L'interprétation préconisée par l'arrêt attaqué reviendrait, selon la Commission, à autoriser, au moyen de la notion de partie intéressée, une forme d'action populaire contre les décisions en matière d'aides d'État. La Commission souligne que le fait d'accorder un droit de recours à de prétendus concurrents sur les marchés autres que ceux sur lesquels opère l'entreprise bénéficiaire conduit à un risque d'explosion du contentieux communautaire.

113. ZSG précise à cet égard que son activité nécessite principalement de la pâte à bois, mais qu'elle utilise d'autres composants dans sa production. Dès lors qu'il faudrait considérer également des consommateurs d'eau ou d'électricité comme étant des intéressés, l'arrêt attaqué aurait pour conséquence d'élargir démesurément le cercle des entreprises susceptibles de contester une décision en matière d'aide d'État. Partant, cette notion devrait être limitée aux concurrents directs du bénéficiaire d'une aide d'État, actifs sur le marché sur lequel opère ledit bénéficiaire.

67 — Arrêts précités Scheucher-Fleisch e.a./Commission ainsi que Deutsche Post et DHL International/Commission.

B — *Appréciation*

1. Sur la notion de «partie intéressée»

114. La notion de sujets «intéressés» [68] fait l'objet d'interprétations qui évoluent dans la jurisprudence de la Cour. En particulier, dans le domaine de la concurrence, les parties intéressées se sont vu attribuer des possibilités assez larges de contester les décisions de la Commission [69].

115. Il convient, tout d'abord, d'évoquer l'arrêt Eridania e.a./Commission [70], dans lequel la Cour a jugé que la seule circonstance qu'un acte est susceptible d'exercer une influence sur les rapports de concurrence existant dans le marché dont il s'agit ne saurait suffire pour que tout opérateur économique se trouvant dans une quelconque relation de concurrence avec le destinataire de l'acte puisse être considéré comme directement et individuellement concerné par ce dernier. Ainsi, seule l'existence de circonstances spécifiques pourrait habiliter un justiciable, prétendant que l'acte se répercute sur sa position dans le marché, à se pourvoir en vertu de l'article 173 du traité CEE (devenu, après modification, article 230 CE).

116. La notion de «partie intéressée» au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE a été précisée dans l'arrêt Intermills/Commission [71]. À l'heure actuelle, il est constant que les intéressés au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE, qui peuvent ainsi, conformément à l'article 230, quatrième alinéa, CE, introduire un recours en annulation pour méconnaissance de leurs droits procéduraux, sont les personnes, entreprises ou associations éventuellement affectées dans leurs intérêts par l'octroi d'une aide, c'est-à-dire en particulier les entreprises concurrentes des bénéficiaires de cette aide et les organisations professionnelles [72].

117. Ladite notion, au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE, a donc été posée de façon très large par la Cour. Il s'ensuit que toute entreprise se prévalant d'un rapport de concurrence, même potentiel, peut se voir reconnaître la qualité d'«intéressé», au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE, et disposer, à

68 — Sur le rôle des parties intéressées dans le cadre de la procédure administrative engagée en vertu de l'article 88, paragraphe 2, CE, voir article 20 du règlement nº 659/1999 et arrêts du 12 juillet 1973, Commission/Allemagne (70/72, Rec. p. 813, point 19); Allemagne/Commission, précité (point 13); Commission/Sytraval et Brink's France, précité (point 59), ainsi que du 6 octobre 2005, Scott/Commission (C-276/03 P, Rec. p. I-8437, point 34).

69 — Sur les développements concernant les articles 81 CE et 82 CE, voir Kapteyn & VerLoren van Themaat, *The Law of the European Union and the European Communities,* Kluwer, 2008, p. 462.

70 — Arrêt du 10 décembre 1969 (10/68 et 18/68, Rec. p. 459, point 7).

71 — Arrêt du 14 novembre 1984 (323/82, Rec. p. 3809).

72 — Arrêts précités Commission/Sytraval et Brink's France (point 41) ainsi que Commission/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum (point 36).

ce titre, de garanties procédurales qui lui permettent de déposer ses observations [73].

118. La jurisprudence née de l'arrêt Intermills/Commission, précité, a été consacrée à l'article 1er, sous h), du règlement nº 659/1999 [74].

119. Il importe de souligner que la jurisprudence précise certaines limites à la notion d'intéressé en ce sens qu'une personne physique ou morale, afin de se voir reconnaître la qualité d'intéressé au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE [75], doit pouvoir justifier d'un intérêt légitime à ce que les mesures d'aides en cause soient ou ne soient pas mises en œuvre, ou soient maintenues lorsqu'elles ont déjà été accordées. S'agissant d'une entreprise, un tel intérêt légitime peut, notamment, consister en la protection de sa position concurrentielle sur le marché, dans la mesure où celle-ci serait affectée par des mesures d'aides [76].

120. Selon le Tribunal, reconnaître la qualité d'intéressée au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE à toute personne ayant, à l'égard des mesures étatiques mises en cause, un intérêt purement général ou indirect constituerait une interprétation manifestement incompatible avec les dispositions de l'article 88, paragraphe 2, CE et aurait pour conséquence de priver de toute portée juridique la notion de «personne individuellement concernée», au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE, dans les recours en annulation dirigés contre des décisions prises sur le fondement de l'article 88, paragraphe 3, CE [77], en transformant cette voie de recours en une sorte d'actio popularis.

121. Toutefois, j'observe que l'arrêt Waterleiding Maatschappij/Commission, précité, implicitement confirmé par l'affaire BP Chemicals/Commission [78], plaide en faveur d'une interprétation large de la notion d'intéressé, par opposition à la jurisprudence Kahn Scheepvaart/Commission [79] qui impliquait l'irrecevabilité d'un recours en raison de la portée générale de la mesure approuvée par la Commission. Ainsi, cette portée générale ne fait plus obstacle à ce que des opérateurs intéressés au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE soient recevables à agir contre une décision de la Commission approuvant, sans avoir

73 — Voir conclusions dans l'affaire Allemagne e.a./Kronofrance, précitées (point 89).

74 — Ce règlement énonce que la notion de parties intéressées comprend «tout État membre et toute personne, entreprise ou association d'entreprises dont les intérêts pourraient être affectés par l'octroi d'une aide, en particulier le bénéficiaire de celle-ci, les entreprises concurrentes et les associations professionnelles».

75 — Arrêts précités Cook/Commission (point 23); Matra/Commission (point 17), et Commission/Sytraval et Brink's France (point 47), ainsi que arrêt du Tribunal du 15 septembre 1998, Gestevisión Telecinco/Commission (T-95/96, Rec. p. II-3407, point 64).

76 — Voir, en ce sens, arrêts précités Cook/Commission (point 25); Matra/Commission (point 19), et Gestevisión Telecinco/Commission (point 66).

77 — Arrêt du Tribunal du 16 septembre 1998 Waterleiding Maatschappij/Commission (T-188/95, Rec. p. II-3713, point 68), ainsi que ordonnance du Tribunal du 25 juin 2003, Pérez Escolar/Commission (T-41/01, Rec. p. II-2157, point 36).

78 — Arrêt du Tribunal du 27 septembre 2000 (T-184/97, Rec. p. II-3145, points 33 à 40).

79 — Arrêt du Tribunal du 5 juin 1996 (T-398/94, Rec. p. II-477).

ouvert la procédure formelle d'examen, des mesures d'aides figurant dans une réglementation nationale.

122. En ce qui concerne les développements plus récents, le Tribunal a considéré qu'il n'est pas nécessaire que le requérant prouve l'existence d'un rapport de concurrence concret et direct avec chaque bénéficiaire des aides dénoncées pour être considéré comme un intéressé au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE. En effet, il suffit qu'il démontre l'existence d'un tel rapport de concurrence avec des bénéficiaires de l'aide [80]. Ainsi, un concurrent même futur ou encore simplement potentiel du bénéficiaire de l'aide dénoncée a été considéré comme une partie intéressée au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE [81].

123. Enfin, s'agissant de la jurisprudence de la Cour, celle-ci a admis dans l'arrêt 3F/Commission que des organismes représentant les travailleurs des entreprises bénéficiaires d'une aide peuvent être considérés comme des intéressés au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE [82].

80 — Arrêt du Tribunal du 11 juillet 2007, Asklepios Kliniken/Commission (T-167/04, Rec. p. II-2379, point 55).

81 — Ibidem (point 50).

82 — Arrêt précité (point 70).

2. Sur l'arrêt attaqué

124. Tout d'abord, je relève que la réponse à ce moyen est tributaire de la réponse donnée au premier moyen.

125. Ainsi, si la Cour s'exprime en faveur de l'opinion selon laquelle la jurisprudence Cook et Matra doit être invalidée — une position à laquelle je n'adhère pas —, cela conduirait automatiquement à l'adoption de la définition plus restreinte de la partie ayant qualité pour agir. La conception soumettant les intéressés aux critères classiques de la jurisprudence Plaumann/Commission, précitée, conformément aux exigences de l'article 230 CE, pour pouvoir défendre leurs droits procéduraux réduira notablement le cercle des requérants recevables en leurs recours.

126. Dans le cas inverse, je ne trouve pas que l'analyse du Tribunal soit en contradiction avec la ligne jurisprudentielle adoptée par la Cour portant sur la notion de partie intéressée. Il me semble plutôt que le raisonnement du Tribunal constitue un développement en quelque sorte naturel et logique de l'approche très large défendue par la jurisprudence de la Cour et, ainsi que le démontre sa lecture, celui-ci semble logique du point de vue des réalités économiques.

127. Ayant relevé, au point 74 de l'arrêt attaqué, que les effets non négligeables sur

la concurrence peuvent se produire sur des marchés situés en amont ou en aval et que, dès lors, la position des entreprises opérant sur ces marchés peut être affectée, le Tribunal a, aux points 75 et 76 de cet arrêt, explicité des éléments de fait l'ayant conduit à considérer l'existence de l'affectation potentielle de la position de Kronoply et de Kronotex sur le marché. Il a, par conséquent, jugé que la situation des requérantes relève de la notion de partie intéressée et qu'elles sont recevables dans leur recours visant à la sauvegarde de droits procéduraux.

128. Alors même qu'il est constant que la Cour est allée très loin dans la définition de la notion de partie intéressée, le fait que le Tribunal ait pris en compte en l'espèce le marché en amont ne me paraît, d'emblée, pas sans fondement.

129. En effet, la logique qui sous-tend cette approche est fondée sur la notion d'«être éventuellement affecté». Par conséquent, il ne saurait être exclu que le marché des matières premières puisse jouer un rôle dans le cadre d'une telle analyse dans les secteurs économiques où la rentabilité de l'activité dépend de l'approvisionnement continu à distance. En ce qui concerne le secteur forestier, un producteur de pâte est actif sur plusieurs marchés tant en amont qu'en aval. Dans ce secteur, l'approvisionnement en bois dépend d'une façon déterminante des distances ainsi que de l'accès à des sources d'énergie stables et à des prix intéressants.

130. Il me semble que la justification de l'approche adoptée par le Tribunal figure au point 75 de l'arrêt attaqué, dont il découle que les requérantes et la bénéficiaire de l'aide ne sont certes ni actuellement ni potentiellement concurrentes sur les mêmes marchés de produits, mais qu'elles utilisent dans leurs processus de production les mêmes matières premières, qui ne sont pas disponibles de manière illimitée dans la région concernée par le projet d'investissement en cause. Une telle disponibilité devant être appréciée en fonction des zones d'approvisionnement respectives des différents opérateurs établis dans cette région ainsi qu'en fonction des coûts de transport de ces matières premières, il convient de considérer qu'il existe une relation entre les positions respectives des requérantes et de ZSG sur le marché.

131. Je souhaiterais néanmoins faire quelques observations sur les conséquences d'une telle appréciation du Tribunal.

132. Ayant considéré que les requérantes et la bénéficiaire de l'aide n'étaient ni actuellement ni potentiellement concurrentes sur les mêmes marchés de produits, le Tribunal a, tout de même, vu un rapport de concurrence dans l'accès aux matières premières. Il a donc opté pour la concurrence non pas dans la vente des produits mais dans leur achat.

133. Une telle extension du rapport de concurrence éventuel conduit toutefois clairement à étendre le droit d'agir en vertu de

l'article 88, paragraphe 3, CE. La question est donc de définir la portée de la notion de concurrence dans la jurisprudence relative à la partie intéressée au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE, à savoir s'il s'agit d'une concurrence directe ou indirecte et si seule la concurrence dans le marché concerné par la mesure peut être prise en compte.

134. La jurisprudence apporte peu d'éclaircissements à la question posée ci-dessus. Il en ressort que le Tribunal n'est pas tenu d'exiger de la partie qui invoque son statut de partie intéressée sur le marché concerné de démontrer qu'elle a été affectée substantiellement par la décision litigieuse [83]. En outre, la jurisprudence du Tribunal penche pour une concurrence potentielle [84].

135. Il suffit d'indiquer de manière générale que la concurrence directe montre que les entreprises opèrent sur le même marché et que les produits vendus sont en concurrence [85]. Toutefois, un rapport de concurrence directe peut aussi exister entre les acheteurs, ce qui explique l'existence de cartels d'achat [86]. La concurrence indirecte provient d'entreprises qui opèrent sur des marchés distincts même s'il s'agit de marchés proches [87]. En outre, la prise en compte d'une concurrence plus globale peut se justifier également dès lors que la Commission peut être amenée, en vue d'apprécier la position concurrentielle détenue par une entreprise, à tenir compte de l'«effet de portefeuille» [88].

136. Toutefois, aux fins de l'examen de la notion de «partie intéressée», il me semble que les marchés de la vente et les marchés de l'achat ne présentent pas de différence fondamentale du point de vue de la concurrence [89]. La concurrence peut exister sur le marché de

83 — Arrêt Allemagne e.a./Kronofrance, précité (point 44), où la Cour a jugé que le Tribunal n'était nullement tenu, eu égard notamment aux arrêts précités Cook/Commission et Matra/Commission, d'exiger également qu'il soit démontré que la position de Kronofrance sur le marché concerné était affectée substantiellement par l'adoption de la décision litigieuse. Voir Quigley, C., *European State Aid Law and Policy*, Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 522.

84 — Arrêts du Tribunal du 10 mai 2006, Air One/Commission (T-395/04, Rec. p. II-1343), et Asklepios Kliniken/Commission, précité.

85 — Voir, sur le rapport de concurrence dans le cadre de la décision en vertu de l'article 88, paragraphe 2, CE, les conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire Sniace/Commission (arrêt du 22 novembre 2007, C-260/05 P, Rec. p. I-10005, points 34 et suiv.).

86 — En effet «les prix d'achat ou de vente» sont mentionnés comme les objets des restrictions de concurrence aux articles 81, paragraphe 1, CE et 82, paragraphe 2, CE.

87 — Voir conclusions de l'avocat général Tizzano dans l'affaire Commission/Tetra Laval (arrêt du 15 février 2005, C-12/03 P, Rec. p. I-987, point 152).

88 — Arrêt du Tribunal du 3 avril 2003, BaByliss/Commission (T-114/02, Rec. p. II-1279, point 343), selon lequel «[l]a Commission peut être amenée, en vue d'apprécier la position concurrentielle détenue par une entreprise, à tenir compte du portefeuille de marques détenu par celle-ci ou de la circonstance selon laquelle elle détient des parts de marchés importantes sur de nombreux marchés de produits concernés (ci-après l'"effet de portefeuille")».

89 — Par exemple l'abus de position dominante sur le marché des matières premières, à savoir un «upstream monopoly» a été reconnue par la Cour des années 1970. Voir arrêt du 6 mars 1974, Istituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents/Commission (6/73 et 7/73, Rec. p. 223), selon lequel «[u]n abus de position dominante sur le marché des matières premières peut avoir des répercussions et restreindre la concurrence sur le marché où s'écoulent les produits dérivés qui sont à prendre en considération, dans l'appréciation des effets de l'infraction, même si le marché des dérivés ne constitue pas un marché en soi».

l'achat des produits (acheteurs concurrents sur le marché en amont) [90]. Notamment dans le marché du bois, on trouve des exemples dans le droit de la concurrence américain et finlandais [91].

137. En effet, la relation de concurrence directe constitue une problématique distincte de l'effet direct de la mesure susceptible de constituer une aide d'État. Les acheteurs sont les concurrents directs des autres acheteurs et les vendeurs sont les concurrents directs des autres vendeurs. Des acheteurs ou vendeurs du produit A peuvent être des concurrents indirects des acheteurs/vendeurs du produit B s'il existe une interchangeabilité entre A et B.

90 — Voir arrêt du Tribunal du 8 octobre 2002, M6/Commission (T-185/00, T-216/00, T-299/00 et T-300/00, Rec. p. II-3805, point 63), qui énonce que, «[e]n ce qui concerne les effets du système de l'Eurovision sur la concurrence, comme il ressort de la décision attaquée (points 71 à 80), celui-ci comporte deux types de restrictions. D'une part, l'acquisition des droits de télévision pour les manifestations sportives en commun, leur partage et l'échange du signal restreignent ou éliminent même la concurrence entre les membres de l'UER qui sont des concurrents tant sur le marché en amont, celui de l'acquisition des droits, que sur le marché en aval, celui de la retransmission télévisée des manifestations sportives. D'autre part, ce système entraîne des restrictions de concurrence vis-à-vis des tiers du fait que ces droits, comme il est exposé au point 75 de la décision attaquée, sont généralement vendus dans des conditions d'exclusivité, circonstance qui fait que les non-membres de l'UER n'auraient pas en principe accès à eux».

91 — En ce qui concerne la République de Finlande, voir arrêt du Korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême) du 20 décembre 2001 (KHO 20.12.2001/3179) concernant un cartel d'achat du bois entre les trois grandes entreprises de l'industrie forestière. Le cartel du même type a fait l'objet de l'examen par le markkinaoikeus (tribunal de la concurrence) du 3 décembre 2009 (MAO: 614/09). S'agissant du droit américain, voir arrêt de la Cour suprême (U.S. Supreme Court) du 20 février 2007, Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., n° 05-381. Commentaire sur le site de la Cour suprême: http://www.oyez.org/cases/2000-2009/2006/2006_05_381 ainsi que http://www.calt.iastate.edu/predatorybuying.html.

138. À la lumière de la jurisprudence précitée, il importe de souligner que la notion d'intéressé visée à l'article 88, paragraphe 2, CE n'est pas restreinte aux concurrents mais est susceptible de couvrir également un éventail d'organisations ou de collectivités publiques susceptibles d'être intéressées au sens de la procédure administrative, alors même qu'elles n'auraient pas la qualité pour agir au fond.

139. Ainsi, en l'état de la jurisprudence actuelle, le moyen de la Commission ne pourrait être accueilli, à mon sens, que si la Cour optait pour une interprétation plus restrictive de la notion d'intéressé.

140. Eu égard à tout ce qui précède, et dès lors que la Commission ne fait pas grief au Tribunal d'avoir dénaturé les faits pour établir la relation de concurrence entre les requérantes et la société bénéficiaire de l'aide, je propose à la Cour de rejeter le troisième moyen comme non fondé.

VIII — Sur le mémoire en réponse de ZSG

141. Dans son mémoire en réponse, au-delà de plusieurs observations d'ordre général, ZSG a soulevé, au soutien de la Commission, des arguments pouvant être qualifiés de moyens autonomes qui me paraissent, toutefois, être en partie irrecevables et en partie couvrir la même problématique que celle évoquée par la Commission.

142. À cet égard, selon une jurisprudence constante, il résulte de l'article 225 CE, de l'article 58, premier alinéa, du statut de la Cour et de l'article 112, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure qu'un pourvoi doit indiquer de façon précise les éléments critiqués de l'arrêt dont l'annulation est demandée ainsi que les arguments juridiques qui soutiennent de manière spécifique cette demande [92].

143. Ne répond pas aux exigences de motivation résultant de ces dispositions un pourvoi qui se limite à répéter ou à reproduire textuellement les moyens et les arguments qui ont été présentés devant le Tribunal. Un tel pourvoi constitue en réalité une demande visant à obtenir un simple réexamen de la requête présentée devant le Tribunal, ce qui échappe à la compétence de la Cour [93].

144. Cependant, dès lors qu'un requérant conteste l'interprétation ou l'application du droit communautaire faite par le Tribunal, les points de droit examinés en première instance peuvent être à nouveau abordés dans une procédure de pourvoi. Si un requérant ne pouvait fonder de la sorte son pourvoi sur des moyens et des arguments déjà utilisés devant le Tribunal, la procédure de pourvoi serait privée d'une partie de son sens [94].

145. Ainsi, en premier lieu, en ce qui concerne les arguments relatifs au défaut de qualité pour agir des requérantes en ce qu'elles ne seraient pas individuellement concernées au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE, je relève que ladite problématique a fait l'objet d'une exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission, soutenue par ZSG. Il ressort notamment du point 37 de l'arrêt attaqué que ces parties avaient, conjointement, invoqué le bénéfice des critères issus de la jurisprudence Plaumann/Commission, précitée, question à laquelle le Tribunal a répondu clairement en déclarant le recours de Kronoply et de Kronotex irrecevable quant au fond, au point 69 de l'arrêt attaqué. Il convient, ainsi, de considérer comme irrecevable l'argumentation relative à la qualité pour agir.

146. En ce qui concerne l'interprétation extensive de la notion de concurrents aux fins de la détermination de la notion d'intéressé au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE, eu égard aux développements relatifs au troisième moyen de la Commission, il n'y a pas lieu de l'examiner.

147. En second lieu, tout en soulevant que le Tribunal ne s'est pas limité à apprécier des droits procéduraux, ZSG reproche au Tribunal d'avoir requalifié un recours mettant en cause le bien-fondé de la décision litigieuse en recours visant à sauvegarder des droits procéduraux. Enfin, il indique que la jurisprudence Cook et Matra appelle une interprétation restrictive.

92 — Voir, notamment, arrêt du 19 janvier 2006, Comunità montana della Valnerina/Commission (C-240/03 P, Rec. p. I-731, point 105).

93 — Ibidem (point 106).

94 — Arrêt British Aggregates/Commission, précité (points 121 et suiv.).

148. À cet égard, je considère que, vu la réponse apportée à cette problématique dans le cadre de l'examen du deuxième moyen qui a abouti à retenir une erreur de droit du Tribunal, il n'y a pas lieu de l'examiner de façon autonome.

IX — Sur le règlement des dépens

149. Dans les conclusions de son pourvoi, la Commission demande à la Cour de condamner Kronoply et Kronotex aux dépens de l'instance. Pour sa part, ZSG demande de condamner solidairement Kronoply et Kronotex aux dépens.

150. Je souhaiterais donc émettre une observation sur le règlement des dépens dans un pourvoi introduit par un requérant institutionnel ayant déjà obtenu satisfaction quant au fond en première instance et dirigé exclusivement contre la partie de l'arrêt attaqué portant sur la recevabilité du recours. En effet, je m'interroge, dans ces circonstances particulières, sur le degré de protection juridique devant la Cour d'une partie qui a succombé en ses conclusions sur le fond en première instance et qui ne souhaite pas prendre part à la procédure de pourvoi.

151. En l'occurrence, conformément au dispositif de l'arrêt attaqué, Kronoply et Kronotex ont été condamnées à supporter, outre leurs propres dépens, ceux exposés par la Commission ainsi que ceux exposés par deux autres parties à la procédure.

152. Or, à la suite du pourvoi de la Commission, Kronoply et Kronotex se trouvent, d'office, engagées dans une procédure devant la Cour, dont le résultat ne vise qu'à clarifier ou à modifier la jurisprudence relative à la recevabilité des recours en matière d'aides d'État, et non à contester le dispositif de l'arrêt attaqué.

153. Par conséquent, dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, la Commission agit «dans l'intérêt de la loi», il me paraîtrait judicieux que la Cour dispense la partie qui n'a pris l'initiative ni de saisir la Cour ni de déposer des observations dans le cadre du pourvoi des dépens de la Commission et des autres parties au pourvoi, quelle que soit l'issue du pourvoi.

154. À mon avis, une telle solution, qui peut être déduite du libellé de l'article 69, paragraphe 3, du règlement de procédure, serait mieux à même de respecter les exigences du droit à un procès équitable.

X — Conclusion

155. Eu égard à tout ce qui précède et dès lors que j'invite la Cour de justice de l'Union européenne à réaffirmer la jurisprudence issue des arrêts du 19 mai 1993, Cook/Commission (C-198/91), et du 15 juin 1993, Matra/Commission (C-225/91):

«Je propose de rejeter les premier et troisième moyens du pourvoi principal de la Commission des Communautés européennes.

Toutefois, je propose à la Cour de justice de l'Union européenne de faire droit au deuxième moyen du pourvoi principal et d'annuler l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 10 décembre 2008, Kronoply et Kronotex/Commission (T-388/02), en ce qu'il a déclaré recevable le deuxième moyen visant la protection des garanties procédurales des requérantes alors qu'elles n'avaient pas indiqué clairement et de façon conforme à la jurisprudence constante les raisons pour lesquelles la Commission des Communautés européennes aurait dû ouvrir la procédure formelle d'examen au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE. Dès lors qu'il peut être admis que les requérantes n'ont pas introduit de recours susceptible d'être recevable au titre de la défense de leurs droits procéduraux, il me semble que la Cour est en droit de statuer définitivement sur le litige et, pour des raisons d'économie de procédure, je propose de déclarer le recours initial en première instance irrecevable sans renvoyer l'affaire devant le Tribunal de l'Union européenne.

En ce qui concerne les dépens, je propose que la Commission européenne et Zellstoff Stendal GmbH supportent leurs propres dépens.»