Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MELCHIOR WATHELET
présentées le 1er juillet 2015 [1]

Affaire C-357/14 P

Electrabel SA,
Dunamenti Erőmű Zrt
contre

Commission européenne

«Pourvoi — Aides accordées par les autorités hongroises en faveur de certains producteurs d'électricité — Accords d'achat d'électricité conclus entre l'entreprise publique 'MVM' et certains producteurs d'électricité — Conditions plaçant ces producteurs dans une situation économique avantageuse — Décision déclarant l'aide incompatible avec le marché commun»

I – Introduction

1. Electrabel SA (ci-après «Electrabel») et Dunamenti Erőmű Zrt (ci-après «Dunamenti Erőmű») ont introduit le présent pourvoi contre l'arrêt Dunamenti Erőmű/Commission (T-179/09, EU:T:2014:236, ci-après l'«arrêt attaqué»), en ce que celui-ci a rejeté le recours en annulation de Dunamenti Erőmű dirigé contre la décision 2009/609/CE de la Commission, du 4 juin 2008, concernant les aides d'État C 41/05 accordées par la Hongrie dans le cadre d'accords d'achat d'électricité (ci-après la «décision attaquée») [2].

2. La présente affaire est d'une grande importance parce qu'elle pose trois questions épineuses. En premier lieu, la Cour aura l'occasion de préciser si, dans le cas où la mesure susceptible de constituer une telle aide fut mise en place avant l'adhésion de l'État membre concerné à l'Union européenne, la date de référence pour examiner l'existence d'une aide d'État est celle de l'octroi de la mesure ou de l'adhésion de cet État membre à l'Union. En deuxième lieu, la Cour devra statuer sur la question de savoir si, dans le cas où la date d'adhésion est retenue comme date de référence, tout élément factuel antérieur à cette date doit être exclu de l'analyse portant sur l'existence d'une aide d'État. En troisième lieu, elle offre à la Cour l'opportunité de préciser la frontière entre ses arrêts Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) et Allemagne/Commission (C-277/00, EU:C:2004:238).

1 — Langue originale: le français.
2 — JO L 225, p. 53.

II – Les antécédents et le contexte actuel du litige

3. Dunamenti Erőmű est un producteur d'électricité sur le marché hongrois de l'électricité et exploite une centrale électrique située à environ 30 km au sud de Budapest (Hongrie). Il s'agit d'une ancienne entreprise publique qui a été privatisée au mois de décembre 1995. Au moment des faits, elle était détenue à 74,82 % par Electrabel et fait à présent partie d'un groupe dont GDF Suez SA est la société mère, et à environ 25 % par Magyar Villamos Művek Zrt (ci-après «MVM»), une entreprise publique hongroise active à la fois dans la production d'électricité, mais également dans le commerce de gros, la transmission et la revente d'électricité sur le marché hongrois.

4. Aux mois de mars et de juin 2014, le groupe GDF Suez a vendu sa participation à Dunamenti Erőmű, qui fait partie aujourd'hui du groupe MET.

5. Au milieu des années 90, les objectifs les plus urgents fixés au secteur hongrois de l'énergie étaient les suivants: garantir la sécurité d'approvisionnement au coût le plus bas possible, moderniser l'infrastructure dans le respect des normes de protection environnementale en vigueur et réaliser la nécessaire restructuration du secteur de la distribution d'électricité. Toutefois, les centrales étant essentiellement d'anciennes centrales soviétiques, il est apparu que ces objectifs ne pouvaient être atteints sans l'appui d'investisseurs étrangers.

6. C'est ainsi que des accords d'achat d'électricité à long terme (ci-après les «AAE») ont été proposés aux investisseurs étrangers qui s'engageaient à investir dans la construction et la modernisation des centrales électriques hongroises, l'électricité étant achetée par MVM.

7. Les AAE ont permis à MVM de constituer un portefeuille de production équilibré et de respecter ainsi son obligation de garantir la sécurité d'approvisionnement. Ils lui permettaient également de répondre aux besoins de charge de base (centrales à charbon et centrales nucléaires) tout comme aux besoins de charge maximum (centrales au gaz).

8. Les AAE imposaient aux producteurs d'électricité de dûment entretenir et exploiter leurs unités de production. Ils réservaient à MVM la totalité ou la majeure partie de la capacité de production (MW) des centrales électriques. Cette attribution de la capacité était indépendante du taux d'utilisation réelle de la centrale électrique. Outre la capacité réservée, MVM était tenu d'acheter auprès de chaque centrale électrique exploitée dans le cadre d'un AAE une quantité d'électricité minimale déterminée (MWh).

9. Les AAE ont été conclus dans le cadre de la préparation de la privatisation des centrales électriques et suivaient un même modèle de contrat préparé par un cabinet d'avocats international à la demande du gouvernement hongrois. Contrairement à la privatisation des centrales électriques, les AAE ne firent pas l'objet d'une procédure d'adjudication, mais il n'est pas contesté que les AAE signés avant la privatisation faisaient partie intégrante de l'ensemble des mesures de privatisation.

10. Le 10 octobre 1995, juste avant sa privatisation, Dunamenti Erőmű a conclu un AAE avec MVM, qui concernait les unités «bloc F» et «bloc G2» de sa centrale électrique. Cet accord, entré en vigueur en 1996, devait durer jusqu'en 2010 pour les unités «bloc F», fonctionnant au gaz, et, jusqu'en 2015 pour les unités «bloc G2», équipées d'une turbine à gaz à cycle combiné.

11. Deux mois après la conclusion de l'AAE, à savoir au mois de décembre 1995, Electrabel a acheté Dunamenti Erőmű à l'État hongrois au terme d'une procédure d'adjudication concurrentielle et ouverte.

12. Il convient de noter que, à l'époque de la signature des AAE, le marché de l'électricité hongrois n'était pas encore libéralisé et s'articulait autour d'un acheteur unique, à savoir MVM. En effet, les producteurs d'électricité ne pouvaient vendre directement l'énergie qu'à MVM et lui seul était en droit de fournir l'électricité aux distributeurs régionaux. Ce régime a été en vigueur entre le 31 décembre 1991 et le 31 décembre 2002.

13. Lors de l'adhésion de la Hongrie à l'Union le 1er mai 2004, le marché hongrois de l'électricité était composé d'un secteur de service public, représentant environ 70 % de la production d'électricité, et d'un secteur concurrentiel, représentant environ 30 % de cette production. Dans le premier secteur, MVM était le seul grossiste tandis que, dans le second, d'autres opérateurs étaient actifs, MVM n'y intervenant que pour écouler les quantités excédentaires achetées dans le cadre des AAE et non demandées dans le secteur public. Ce nouveau régime est entré en vigueur le 1er janvier 2003 et il fut aboli par la loi nº LXXXVI de 2007, à compter du 1er janvier 2008.

14. Le 4 mai 2005, conformément au règlement (CE) nº 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article [108 TFUE] [3], la Commission a, d'office, enregistré, sous la référence NN 49/2005, un dossier d'aide d'État concernant les AAE.

15. Le 4 juin 2008, la Commission a adopté la décision attaquée, prenant la date d'adhésion de la Hongrie à l'Union, à savoir le 1er mai 2004, comme date de référence pour examiner si les AAE constituaient une aide d'État.

16. Par l'article 1er de la décision attaquée, la Commission a qualifié l'obligation d'achat établie par les AAE d'aide d'État en faveur des producteurs d'énergie au sens de l'article 107 TFUE, l'a déclarée incompatible avec le marché commun et a ordonné à la Hongrie de la supprimer dans un délai de six mois. L'article 2 a imposé à la Hongrie de faire rembourser par les bénéficiaires les aides dont ils avaient bénéficié à partir du 1er mai 2004.

17. Le 10 novembre 2008, le Parlement hongrois a adopté la loi nº LXX de 2008 qui mit fin aux AAE à compter du 31 décembre 2008.

18. Quant au calcul et à la récupération du montant d'aide auprès des bénéficiaires, le gouvernement hongrois a décidé de mettre en place pour trois bénéficiaires des AAE, dont Dunamenti Erőmű, un système de compensation des coûts échoués conforme à la Communication de la Commission relative à la méthodologie d'analyse des aides d'État liées aux coûts échoués (ci-après la «Méthodologie») [4].

3 — JO L 83, p. 1.

4 — Le texte de la Méthodologie est disponible sur le site Internet de la Commission http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/stranded_costs_fr.pdf. La directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 décembre 1996, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (JO L 27, p. 20) a posé les principes de l'ouverture à la concurrence du secteur électrique européen. Son article 24, paragraphe 1, disposait que «[l]es États membres où des engagements ou des garanties d'exploitation accordés avant l'entrée en vigueur de la présente directive, risqu[aient] de ne pas pouvoir être honorés en raison des dispositions de la présente directive pourr[aient] demander à bénéficier d'un régime transitoire». Selon la Commission, «[d]e tels engagements ou garanties d'exploitation sont usuellement désignés sous le nom de 'coûts échoués' (*stranded costs*). Ces engagements ou garanties d'exploitation peuvent dans les faits recouvrir des formes diverses: contrats d'achat à long terme, investissements réalisés avec une garantie implicite ou explicite de débouchés, investissements en dehors de l'activité normale, etc.» (voir Méthodologie, p. 3). Toutefois, un système de prélèvement institué par un État membre et transitant par un fonds pour compenser les coûts échoués est susceptible de constituer une aide d'État et doit donc se conformer aux critères énoncés par la Commission dans cette Méthodologie ainsi qu'être notifié à et approuvé par la Commission avant d'être mis en place.

19. Selon ce système, qui a été notifié à et approuvé par la Commission [5], les coûts échoués consistent en la différence entre les coûts d'investissement de chacun des bénéficiaires et leurs bénéfices d'exploitation historiques (à compter de l'entrée en vigueur de l'AAE jusqu'à sa résiliation anticipée) et projetés (entre la date de résiliation anticipée et la date à laquelle le contrat devait prendre fin sur la base du texte de l'AAE) [6].

20. Ce système mettait en place une compensation en deux étapes [7]. Lors de la première étape, les coûts échoués de chaque bénéficiaire devaient être déduits du montant d'aide à rembourser à l'État hongrois. Si la différence entre l'aide à rembourser et les coûts échoués était positive, le bénéficiaire devait rembourser cette différence à l'État. Dans le cas contraire, l'État hongrois ne paierait pas la différence au bénéficiaire [8].

21. La seconde étape devait intervenir à la date d'expiration de l'AAE de chacun des bénéficiaires (dans le cas de Dunamenti Erőmű, le 31 décembre 2015) lors de laquelle les autorités hongroises sont censées recalculer les coûts échoués sur la base des coûts et revenus actuels. Dans l'hypothèse où les coûts échoués réels s'avèrent être inférieurs au montant d'aide à récupérer, le bénéficiaire devra rembourser la différence à l'État hongrois. Dans l'hypothèse contraire, l'État hongrois ne paiera pas au bénéficiaire de l'AAE le surplus de coûts définitivement échoués.

22. À l'heure actuelle, les coûts échoués de Dunamenti Erőmű sont estimés à 22 171 991 000 forints hongrois (HUF) (environ 73 millions d'euros).

23. Le 13 juin 2007, Electrabel a lancé un arbitrage contre la Hongrie devant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), où la Commission est intervenue en tant que partie non contestante. Electrabel prétendait, entre autres, que, en mettant fin aux AAE sans une compensation complète des coûts échoués, la Hongrie avait violé les garanties de traitement juste et équitable des investissements contenues à l'article 10 du traité sur la charte de l'énergie, du 17 décembre 1994, auquel le Royaume de Belgique, la Hongrie et l'Union ont adhéré [9].

24. Electrabel et la Hongrie se sont mis d'accord sur la dissociation («bifurcation») de la procédure entre la phase «compétence et responsabilité» et la phase de quantification («quantum»).

25. Étant donné que le montant définitif des coûts échoués de Dunamenti Erőmű et d'Electrabel ne pourrait être calculé qu'après le 31 décembre 2015, le Tribunal arbitral a décidé de reporter son jugement sur la question de savoir si le système de compensation des coûts échoués mis en place par la Hongrie violait l'article 10 du traité sur la charte de l'énergie à la phase procédurale du quantum [10]. Toutefois, le Tribunal arbitral a estimé que, à son «avis actuel, provisoire et préliminaire […] le

5 — Voir lettre C(2010) 2532 final du vice-président de la Commission M. Almunia au ministre hongrois des affaires étrangères, du 27 avril 2010, disponible uniquement en langue anglaise sur le site Internet de la Commission (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/234326/234326_1114108_42_1.pdf).

6 — Ibidem (point 8).

7 — Pour une description détaillée, voir ibidem (points 10 à 24).

8 — Voir article 5, paragraphes 1 et 3, de la loi n° LXX de 2008.

9 — Il convient de noter que, à cause du choix d'Electrabel de ne lancer cet arbitrage que contre la Hongrie et uniquement à propos de ses propres actions et omissions, la compatibilité de la décision attaquée avec le traité sur la charte de l'énergie n'a pas fait l'objet de cet arbitrage. Voir *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19) Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, points 3.21, 4.11 et 6.76 (accessible sur le site Internet d'Investment Treaty Arbitration http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf). Par ailleurs, dans son recours en annulation devant le Tribunal, Dunamenti Erőmű n'a pas contesté la validité de la décision attaquée au regard de ce traité. Il en résulte que, à la suite des choix faits par Electrabel et Dunamenti Erőmű, la décision attaquée a complétement échappé à un contrôle de légalité au regard de ce traité.

10 — Ibidem (point 6.118).

non-paiement, à la fin du plan législatif hongrois, de [22 171 991 000 HUF] ou d'un montant inférieur à celui-ci ne paraissait pas constituer nécessairement une violation du standard de [traitement juste et équitable]; mais que le non-paiement (en liquide ou autrement) d'un montant nettement plus élevé des coûts échoués, pourrait l'être» [11].

26. Ceci ne semble pas avoir été l'approche du Tribunal arbitral qui a siégé dans l'arbitrage lancé par Électricité de France (EDF), actionnaire de Budapesti Erőmű, à propos de la résiliation d'AAE, et a condamné la Hongrie à verser 107 millions d'euros à EDF [12].

27. Indépendamment du recours en annulation (dont le rejet par le Tribunal fait l'objet du présent pourvoi) introduit par Dunamenti Erőmű et Electrabel contre la décision attaquée, Dunamenti Erőmű et Electrabel ont introduit au Tribunal, le 10 janvier 2014, un recours en indemnité, fondé sur l'article 340, deuxième alinéa, TFUE, visant à obtenir réparation du préjudice prétendument subi en raison de la décision attaquée.

28. Le 13 novembre 2014, le Tribunal a rejeté ce recours en indemnité comme irrecevable sur le fondement qu'il était prescrit [13]. L'ordonnance du Tribunal fait l'objet d'un pourvoi pendant devant la Cour [14].

III – Le recours devant le Tribunal et l'arrêt attaqué

29. La décision attaquée a fait l'objet de plusieurs recours en annulation introduits devant le Tribunal par chacun des bénéficiaires des AAE [15].

30. Par son recours devant le Tribunal, Dunamenti Erőmű a demandé l'annulation de la décision attaquée.

31. Par son premier moyen, tiré d'une violation de la notion d'«aide d'État», au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, et par son deuxième moyen, tiré de ce que la Commission aurait dû qualifier les mesures en cause d'«aide existante», au sens de l'article 108, paragraphe 1, TFUE, Dunamenti Erőmű contestait la constatation par la Commission de l'existence d'une aide d'État, la qualification de cette aide d'«aide nouvelle» ainsi que la date pertinente retenue pour l'évaluation de l'aide contenue dans l'AAE en cause. Dunamenti Erőmű contestait l'application du critère de l'opérateur privé en économie de marché et la position de MVM, en tant qu'acteur du marché, au moment de l'adhésion de la Hongrie à l'Union. Dunamenti Erőmű invoquait également l'existence d'une violation du principe de protection de la confiance légitime et du principe de sécurité juridique ainsi qu'une appréciation erronée de la part de la Commission des spécificités de l'AAE en cause.

32. Par son troisième moyen, Dunamenti Erőmű prétendait que la Commission avait à tort considéré l'aide contenue dans l'AAE en cause comme une aide au fonctionnement et non comme une aide à l'investissement, et contestait le système de compensation des coûts échoués mis en place par les autorités hongroises.

11 — Ibidem (ma traduction): «It is therefore best, in all the circumstances, for the Tribunal to say little more here, save to express the Tribunal's current, provisional and tentative view that the non-payment of HUF 22,171,991[,000] or a lesser sum at the end of Hungary's legislative scheme does not strike the Tribunal as necessarily amounting to a breach of the FET standard; but that non-payment (in cash or otherwise) of a significantly higher sum for Net Stranded Costs most probably could.»

12 — La sentence arbitrale n'est pas publique. Voir article de presse de Thomson, D., intitulé «EDF wins claim against Hungary» publié le 11 décembre 2014 sur le site Internet de la Global Arbitration Review (http://globalarbitrationreview.com/news/article/33251/edf-wins-claim-against-hungary/).

13 — Voir ordonnance Electrabel et Dunamenti Erőmű/Commission (T-40/14, EU:T:2014:1004).

14 — Voir affaire Electrabel et Dunamenti Erőmű/Commission (C-32/15 P), pendante devant la Cour.

15 — Voir ordonnance Alpiq Csepel/Commission (T-370/08, EU:T:2011:116); arrêt Budapesti Erőmű/Commission (T-80/06 et T-182/09, EU:T:2012:65); ordonnance Pannon Hőerőmű/Commission (T-352/08, EU:T:2013:379); arrêts Tisza Erőmű/Commission (T-468/08, EU:T:2014:235) ainsi que Dunamenti Erőmű/Commission (T-179/09, EU:T:2014:236)

33. Par son quatrième moyen, Dunamenti Erőmű contestait la légalité de l'ordre de récupération de l'aide.

34. Par l'arrêt attaqué, le Tribunal a rejeté ce recours en sa totalité [16].

IV – La procédure devant la Cour

35. Par leur pourvoi déposé à la Cour le 21 juillet 2014, Electrabel et Dunamenti Erőmű demandent à la Cour d'annuler l'arrêt attaqué, de statuer définitivement et d'annuler la décision attaquée ou, à titre subsidiaire, de renvoyer l'affaire devant le Tribunal, ainsi que de condamner la Commission aux dépens de la procédure devant le Tribunal et la Cour.

36. Par son mémoire en réponse déposé le 4 septembre 2014, la Commission demande à la Cour de déclarer le pourvoi irrecevable dans la mesure où il a été formé par Electrabel, de rejeter le pourvoi dans la mesure où il a été formé par Dunamenti Erőmű et de condamner cette dernière aux dépens.

37. Electrabel et Dunamenti Erőmű ont déposé leur mémoire en réplique le 20 novembre 2014 auquel la Commission a répondu par son mémoire en duplique déposé le 25 novembre 2014.

38. Le 26 mars 2015, la Cour a adressé aux parties une demande au titre de l'article 61, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour en les priant de se concentrer à l'audience sur les deuxième et troisième moyens ainsi que, conformément à l'article 62, paragraphe 2, de ce règlement de procédure, deux questions pour réponse à l'audience.

39. Une audience a été organisée, le 20 avril 2015, lors de laquelle Electrabel, Dunamenti Erőmű et la Commission ont présenté leurs observations orales.

V – Le pourvoi

40. Je commencerai mon analyse par l'exception d'irrecevabilité du pourvoi soulevée par la Commission en tant qu'il est formé par Electrabel. Ensuite, je traiterai d'abord les quatrième, cinquième et premier moyens qui, à mon avis, peuvent être rejetés sans difficulté particulière. Enfin, je me concentrerai sur les deuxième et troisième moyens qui, à mon avis, pourraient amener la Cour à annuler l'arrêt attaqué.

A – *Sur la recevabilité du pourvoi en tant qu'il est formé par Electrabel*

41. Dans son mémoire en réponse, la Commission conteste la recevabilité du pourvoi en tant qu'il est formé par Electrabel, dès lors que seule Dunamenti Erőmű a introduit un recours en annulation en première instance.

42. Dans leur mémoire en réplique, Electrabel et Dunamenti Erőmű contestent cette exception d'irrecevabilité en expliquant que, au moment de l'introduction du recours en annulation, elles faisaient partie du même groupe d'entreprises et que leur intérêt économique et juridique pouvait être défendu par l'une d'entre elles. Après la vente de sa participation dans Dunamenti Erőmű, Electrabel devrait être admise à la procédure de pourvoi devant la Cour pour être à même de défendre ses intérêts propres.

16 — Les recours en annulation introduits par les autres bénéficiaires ont été également rejetés. Voir arrêts du Tribunal Budapesti Erőmű/Commission (T-80/06 et T-182/09, EU:T:2012:65) et Tisza Erőmű/Commission (T-468/08, EU:T:2014:235). Seul l'arrêt Dunamenti Erőmű/Commission (T-179/09, EU:T:2014:236) a fait l'objet d'un pourvoi.

43. À mon avis, le pourvoi en tant qu'il est formé par Electrabel doit être déclaré irrecevable.

44. En premier lieu, comme le relève la Commission, l'article 56, deuxième alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne prévoit que le pourvoi contre un arrêt du Tribunal «peut être formé par toute partie ayant partiellement ou totalement succombé en ses conclusions», ce qui n'est pas le cas d'Electrabel qui n'était pas partie au litige devant le Tribunal.

45. En second lieu, Electrabel ne fait pas non plus partie des personnes privilégiées qui, selon le troisième alinéa 3 dudit article, peuvent former un pourvoi contre un arrêt du Tribunal sans être intervenues au litige devant ce dernier. En effet, cette disposition limite ce privilège aux «États membres et [aux] institutions de l'Union» dont Electrabel ne fait pas partie.

46. Il convient donc d'examiner le présent pourvoi comme s'il était formé par la seule Dunamenti Erőmű.

B – *Sur le quatrième moyen selon lequel le Tribunal a commis une erreur de droit en considérant, sans démontrer la présence d'un risque structurel, que l'obligation de prélèvement minimal liant MVM impliquait un avantage*

47. Par son quatrième moyen, Dunamenti Erőmű soutient que le Tribunal a commis une erreur de droit et méconnu son obligation de contrôle juridictionnel en considérant, sans démontrer qu'un risque structurel existait réellement, que l'obligation de prélèvement minimal liant MVM impliquait un avantage, dès lors que le Tribunal a reconnu au point 112 de l'arrêt attaqué que MVM avait régulièrement acheté des quantités supérieures à celles auxquelles elle était tenue en vertu de cette obligation.

1. Sur la recevabilité

48. Selon la Commission, ce moyen est irrecevable car Dunamenti Erőmű n'indique pas la partie de l'arrêt attaqué qui serait entachée d'une erreur de droit.

49. À mon avis, il convient de rejeter cet argument, car, dans la mesure où l'argument de Dunamenti Erőmű consiste à reprocher au Tribunal de ne pas avoir démontré la présence d'un risque structurel, il ne saurait lui être reproché de ne pas avoir identifié des parties spécifiques de l'arrêt attaqué qui devraient contenir l'erreur de droit.

2. Sur le fond

50. Selon la Commission, à chacun des points 112, 113 et 114 de l'arrêt attaqué, le Tribunal aurait donné un motif indépendant de réfuter l'argument selon lequel le fait que, depuis 2004, MVM avait régulièrement acheté plus d'électricité auprès de Dunamenti Erőmű que la quantité à laquelle elle était tenue démontrerait que Dunamenti Erőmű n'a pas pu obtenir un avantage de cette obligation.

51. Dunamenti Erőmű ne contestant pas les points 113 et 114 de l'arrêt attaqué, la Commission relève que Dunamenti Erőmű ne remet pas non plus en cause la constatation figurant à ce même point 112 selon laquelle l'obligation de prélèvement minimal allait au-delà des pratiques commerciales habituelles sur les marchés européens de l'énergie, élément ayant lui-même servi de fondement pour considérer que l'AAE lui conférait un avantage.

52. Lors de sa réplique ainsi que lors de l'audience, Dunamenti Erőmű n'a pas contesté l'analyse de la Commission que je considère fondée.

53. Il convient donc de rejeter le quatrième moyen.

C – *Sur le cinquième moyen selon lequel le Tribunal a commis une erreur de droit en confirmant la méthodologie adoptée par la Commission pour le calcul du montant de l'aide*

54. Par son cinquième moyen, qui porte sur la méthode de calcul du montant de l'aide, Dunamenti Erőmű prétend que le fait d'examiner, aux points 185 à 192 de l'arrêt attaqué, ses recettes et non ses bénéfices, ne permet pas de dégager une vision exacte de l'avantage découlant prétendument de l'AAE, dès lors que les recettes pour couvrir les frais de combustibles supplémentaires seraient qualifiées d'avantage devant être remboursé.

55. Il convient donc d'examiner si le Tribunal a eu raison de confirmer l'approche de la Commission qui consistait à quantifier le montant d'aide à récupérer sur la base de recettes et non de bénéfices.

56. À mon avis, il convient de rejeter ce moyen pour les motifs exposés par le Tribunal aux points 187 et 188 de l'arrêt attaqué. Dunamenti Erőmű ne conteste pas que la récupération de l'aide a pour objectif de faire perdre à son bénéficiaire l'avantage dont il a bénéficié sur le marché par rapport à ses concurrents [17]. L'avantage à récupérer doit donc être quantifié par rapport aux montants qui sont versés au bénéficiaire. À ce titre, comme le dit la Commission, c'est à bon droit que le Tribunal a adopté une approche axée sur ce qui a été payé par MVM à Dunamenti Erőmű (c'est-à-dire les recettes de cette dernière) plutôt que sur les bénéfices qu'elle a réalisés.

57. En tout état de cause, comme le relève la Commission, une méthode de récupération fondée sur les bénéfices, par opposition à une méthode fondée sur les recettes, produirait des résultats absurdes qui priveraient de tout effet utile la réglementation relative aux aides d'État. Pour pousser la logique de Dunamenti Erőmű à l'extrême, chaque fois qu'une entreprise vend ses produits ou ses services à un prix imbattable en raison de subventions étatiques, il n'y aurait cependant aucune aide d'État puisqu'elle n'aurait augmenté que ses recettes et non ses bénéfices. Or, les règles en matière d'aides d'État ont précisément pour objet de contrôler ce genre de distorsions de concurrence.

58. Il convient également de rejeter l'argument de Dunamenti Erőmű tiré de l'arrêt Ferring (C-53/00, EU:C:2001:627), selon lequel, aux points 30 à 33 de cet arrêt, la Cour a établi le principe en vertu duquel, si la mesure d'aide entraîne à la fois des bénéfices supplémentaires et des surcoûts, c'est la différence entre ces bénéfices supplémentaires et ces surcoûts qui doit être récupérée.

59. Dans cet arrêt, qui concernait l'avantage que des grossistes répartiteurs tiraient du non-assujettissement à la taxe sur les ventes directes de médicaments, excédant les surcoûts qu'ils supportaient pour l'accomplissement des obligations de service public, la Cour a jugé ce qui suit:

«32. […] s'il s'avère que les grossistes répartiteurs tirent du non-assujettissement à la taxe sur les ventes directes de médicaments un avantage qui excède les surcoûts qu'ils supportent pour l'accomplissement des obligations de service public qui leur sont imposées par la réglementation nationale, cet avantage, pour la partie qui excède lesdits surcoûts, ne saurait, en tout état de cause, être regardé comme nécessaire afin de permettre à ces opérateurs d'accomplir leur mission particulière.

33. Par conséquent, il convient de répondre que l'article [106], paragraphe 2, du traité [FUE] doit être interprété en ce sens qu'il ne couvre pas un avantage fiscal dont bénéficient des entreprises chargées de la gestion d'un service public telles que celles en cause au principal, dans la mesure où cet avantage excède les surcoûts du service public.»

17 — Voir, notamment, arrêt Unicredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774, point 113).

60. Il est donc clair que, si le montant de la subvention de l'État excédant les surcoûts du service public constitue une aide contraire à l'article 107 TFUE qui doit être récupérée, ce principe n'est applicable que dans le cas où le bénéficiaire entre dans le champ d'application de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, à savoir lorsqu'il est chargé de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal, ce qui n'est pas le cas de Dunamenti Erőmű.

61. Pour ces raisons, il convient de rejeter le cinquième moyen.

D – *Sur le premier moyen selon lequel le Tribunal a commis une erreur de droit en qualifiant l'AAE en cause d'aide nouvelle sans avoir préalablement déterminé si cet AAE constituait une aide d'État*

62. Par son premier moyen, Dunamenti Erőmű fait valoir que le Tribunal a commis une erreur de droit, au point 60 de l'arrêt attaqué, en qualifiant l'AAE en cause d'«aide d'État nouvelle», au sens de l'Annexe IV de l'acte d'adhésion de la Hongrie, sans avoir vérifié au préalable si les quatre conditions de l'existence d'une aide d'État étaient réunies. À cet égard, Dunamenti Erőmű reproche au Tribunal une motivation insuffisante et circulaire.

63. À mon avis, le premier moyen ne saurait prospérer.

64. Comme la Cour l'a déjà jugé, «le Tribunal est libre de structurer et de développer son raisonnement de la manière dont il estime devoir le faire pour répondre aux moyens présentés devant lui. Ainsi, la structure et le développement de la réponse choisis par le Tribunal ne sauraient être mis en cause dans le cadre d'un pourvoi par des prétentions qui cherchent à établir que le Tribunal aurait dû conduire son raisonnement en se conformant aux attentes d'une partie requérante» [18].

65. En l'occurrence, même si le Tribunal s'est en effet d'abord prononcé sur la nature existante ou nouvelle de l'aide en cause (points 49 à 60 de l'arrêt attaqué) avant de juger si l'AAE était une aide d'État (points 74 à 98 et 110 à 121 de l'arrêt attaqué), je ne suis pas d'avis que cette structuration de la motivation a eu une incidence sur le raisonnement du Tribunal.

66. De toute façon, comme le dit la Commission, le Tribunal a examiné et rejeté l'ensemble des arguments avancés par Dunamenti Erőmű dans le cadre de ses premier et deuxième moyens.

67. Je partage également la constatation de la Commission selon laquelle la conclusion du Tribunal que l'AAE en cause constituait une aide d'État ne dépendait pas de sa conclusion préalable sur le caractère nouveau de l'aide en cause. Par conséquent, il n'y a eu aucune circularité dans le raisonnement du Tribunal.

68. Pour ces raisons, il convient de rejeter le premier moyen.

E – *Sur le deuxième moyen selon lequel le Tribunal a commis une erreur de droit en considérant que les quatre critères permettant de qualifier une mesure d'aide d'État devaient être examinés à la date d'adhésion de la Hongrie à l'Union*

69. Par son deuxième moyen, Dunamenti Erőmű reproche au Tribunal d'avoir commis une erreur de droit en prenant la date d'adhésion de la Hongrie à l'Union, soit le 1er mai 2004, comme date de référence pour déterminer si l'AAE en cause constituait, comme le soutenait la Commission aux considérants 156 à 173 de la décision attaquée, une aide d'État.

18 — Arrêt British Telecommunications/Commission (C-620/13 P, EU:C:2014:2309, point 29).

70. Par la première branche de ce moyen, Dunamenti Erőmű affirme que le Tribunal a commis une erreur de droit aux points 55 et 65 de l'arrêt attaqué parce que, contrairement aux conclusions formulées à ces points, aucune disposition de l'annexe IV de l'acte d'adhésion ne permet de déterminer, soit directement, soit par déduction, la date à laquelle une mesure étatique doit être appréciée en tant qu'aide d'État.

71. Par la seconde branche de ce moyen, Dunamenti Erőmű fait valoir que le raisonnement suivi par le Tribunal pour motiver son choix de date de référence pour établir l'existence d'une aide (et, notamment, la présence d'un avantage pour le bénéficiaire à la lumière du critère de l'investisseur privé en économie du marché) est en contradiction avec la «pratique juridique», à savoir les lignes directrices et la pratique décisionnelle de la Commission ainsi que la jurisprudence des juridictions de l'Union.

1. Sur la première branche

72. Comme l'a relevé le Tribunal au point 50 de l'arrêt Budapesti Erőmű/Commission (T-80/06 et T-182/09, EU:T:2012:65), «les mesures étatiques mises à exécution avant l'adhésion, mais qui, d'une part, sont toujours applicables après celle-ci et qui, d'autre part, à la date de l'adhésion, respectent les quatre critères cumulatifs de l'article [107], paragraphe 1, [TFUE], sont soumises aux règles spécifiques établies à l'annexe IV de l'acte d'adhésion soit en tant qu'aides existantes au sens de l'article [108], paragraphe 1, [TFUE], lorsqu'elles relèvent de l'une des trois catégories mentionnées par ladite annexe, soit en tant qu'aides nouvelles à la date de l'adhésion aux fins de l'application de l'article [108], paragraphe 3, [TFUE], lorsqu'elles ne relèvent pas de l'une de ces trois catégories».

73. L'article 1er du titre III, intitulé «Politique de la concurrence», de l'annexe IV de l'acte d'adhésion stipule ce qui suit:

«1. Les régimes d'aides et aides individuelles ci-après, mis à exécution dans un nouvel État membre avant la date de l'adhésion et toujours applicables après cette date, sont considérés lors de l'adhésion comme aide existante au sens de l'article [108], paragraphe 1, du traité [TFUE]:

a) aides mises à exécution avant le 10 décembre 1994;

b) aides énumérées dans l'appendice de la présente annexe;

c) aides examinées par l'autorité chargée de la surveillance des aides publiques du nouvel État membre avant la date de l'adhésion et jugées compatibles avec l'acquis, et à l'égard desquelles la Commission n'a pas soulevé d'objections en raison de doutes sérieux quant à la compatibilité des mesures avec le marché commun, en vertu de la procédure visée au paragraphe 2.

Toutes les mesures encore applicables après la date d'adhésion qui constituent une aide publique et ne satisfont pas aux conditions susvisées sont considérées comme une aide nouvelle à la date de l'adhésion aux fins de l'application de l'article [108], paragraphe 3, du traité CE.

[…]»

74. Dunamenti Erőmű estime que cette disposition ne fait pas mention de la date à laquelle une mesure étatique doit être examinée à la lumière des règles relatives aux aides d'État. Elle ne concernait que le point de savoir si une aide encore applicable au moment de l'adhésion (qui, au sens commun, «existe» à ce moment) doit être considérée comme une aide existante ou nouvelle au regard

de l'acte d'adhésion. Dès lors, selon Dunamenti Erőmű, une mesure qui ne constituait pas une aide au moment de son octroi ne tomberait pas dans le champ d'application de cette disposition. Par conséquent, elle estime que le Tribunal aurait dû prendre comme date de référence celle de l'octroi de l'AAE au mois de décembre 1995.

75. Je ne partage pas cette analyse qui, à mon avis, confond la définition donnée au terme «existant» dans l'acte d'adhésion avec le sens ordinaire de ce terme. En effet, une aide qui est existante en ce dernier sens, comme l'AAE qui était déjà octroyé au moment de son examen par la Commission, peut constituer une aide nouvelle au sens de l'acte d'adhésion pour le seul fait qu'elle ne tombe pas dans la définition d'«aide existante» donnée par l'acte d'adhésion.

76. Je me réfère aux points 60 à 64 de l'arrêt OTP Bank (C-672/13, EU:C:2015:185) qui concernait la même disposition de cet acte d'adhésion applicable à une garantie octroyée par l'État hongrois en 2001, à savoir trois ans avant son adhésion à l'Union. Étant donné que la garantie en cause ne remplissait aucune des trois conditions énumérées à l'annexe IV, point 3, la Cour a jugé qu'elle «[devait], dès lors, le cas échéant, être considérée comme une aide nouvelle» [19].

77. De même, dans le cas d'espèce, comme l'a jugé le Tribunal au point 59 de l'arrêt attaqué, l'AAE en cause n'appartient à aucune des trois catégories d'aide considérées comme existantes à l'article 1er, paragraphe 1, du titre 3 de l'annexe IV de l'acte d'adhésion. L'AAE ne fut pas mis à exécution avant le 10 décembre 1994, n'était pas cité dans l'appendice de l'annexe en cause et n'a pas été examiné par l'autorité hongroise chargée de la surveillance des aides publiques avant la date d'adhésion et jugé compatible avec l'acquis sans objection de la part de la Commission.

78. De plus, prendre en considération une date antérieure, comme la date d'octroi de l'AAE en cause, ne respecterait pas la volonté des rédacteurs de l'acte d'adhésion qui, comme l'a jugé le Tribunal au point 60 de l'arrêt attaqué [20], entendaient s'écarter de la jurisprudence antérieure des juridictions de l'Union selon laquelle «constituent des aides existantes les aides instituées avant l'entrée en vigueur du traité ou l'adhésion de l'État membre concerné [à l'Union]» [21].

79. De toute façon, comme l'a jugé le Tribunal au point 65 de l'arrêt attaqué, «le libellé même de l'annexe IV de l'acte d'adhésion laisse clairement entendre qu'une mesure qui n'était pas considérée comme étant une aide d'État, lorsqu'elle a été mise en place, peut en devenir une par la suite» [22].

80. En effet, comme l'indique la Commission au considérant 165 de la décision attaquée, «les AAE qui ont été conclus (comme les parties intéressées le reconnaissent) dans des circonstances économiques considérablement différentes avant l'adhésion au marché intérieur libéralisé de l'énergie, [pouvaient] devenir des aides d'État dans le nouveau contexte économique et juridique [résultant de l'adhésion à l'Union]».

19 — Arrêt OTP Bank (C-672/13, EU:C:2015:185, point 64). Il convient à cet égard de noter la conclusion du Tribunal arbitral qui a considéré qu'Electrabel n'avait pas apporté les preuves nécessaires afin d'étayer son argument selon lequel la Hongrie avait violé ses obligations découlant de l'article 10 du traité sur la charte de l'énergie en ne faisant pas le nécessaire pour inclure les AAE dans la définition d'«aide existante», au sens de l'annexe IV. Voir, en ce sens, *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19) Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, point 6.66.

20 — Voir également, en ce sens, arrêt Budapesti Erőmű/Commission (T-80/06 et T-182/09, EU:T:2012:65, point 60).

21 — Arrêt Banco Exterior de España (C-387/92, EU:C:1994:100, point 19). Voir également, en ce sens, arrêts Piaggio (C-295/97, EU:C:1999:313, point 48) et Alzetta e.a./Commission (T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 à T-607/97, T-1/98, T-3/98 à T-6/98 et T-23/98, EU:T:2000:151, point 142).

22 — Voir également, en ce sens, arrêt Budapesti Erőmű/Commission (T-80/06 et T-182/09, EU:T:2012:65, point 54).

81. Comme l'a jugé le Tribunal au point 58 de son arrêt Budapesti Erőmű/Commission (T-80/06 et T-182/09, EU:T:2012:65), «après l'entrée en vigueur des AAE, la Hongrie, agissant d'abord de sa propre initiative, puis en transposant la législation de l'Union applicable au marché intérieur de l'électricité, a considérablement modifié le cadre juridique dans lequel les producteurs d'électricité exerçaient leur activité».

82. Il incombait donc à la Commission et ensuite, dans le cadre du recours en annulation, au Tribunal d'examiner si les AAE constituaient, au moment de l'adhésion de la Hongrie à l'Union et dans le cadre d'un marché d'électricité libéralisé, une aide d'État et, le cas échéant, s'il s'agissait d'une aide nouvelle ou existante au sens de l'annexe IV de l'acte d'adhésion.

83. Par conséquent, pour autant que l'AAE soit une aide, il n'y a aucun doute qu'il constitue alors une aide nouvelle au sens de l'acte d'adhésion.

2. Sur la seconde branche

84. Quant aux arguments de Dunamenti Erőmű tirés de la «pratique juridique» de la Commission et des juridictions de l'Union, je rappelle que, comme le relève la Commission, la Cour a déjà préconisé la date d'adhésion comme date de référence.

85. En effet, comme la Cour l'a déjà jugé par rapport à la disposition de l'annexe V de l'acte d'adhésion de la Bulgarie (qui correspond à l'article 1 du titre III de l'annexe IV de l'acte d'adhésion de la Hongrie), «les mesures mises à exécution avant ladite adhésion, mais qui, d'une part, sont toujours applicables après celle-ci et qui, d'autre part, *à la date de l'adhésion*, satisfont aux critères cumulatifs de l'article [107], paragraphe 1, [TFUE], sont soumises aux règles spécifiques établies à l'annexe V de l'acte d'adhésion soit en tant qu'aides existantes au sens de l'article [108], paragraphe 1, [TFUE], lorsqu'elles relèvent de l'une des trois catégories mentionnées par cette annexe, soit en tant qu'aides nouvelles à la date de l'adhésion aux fins de l'application de l'article [108], paragraphe 3, [TFUE], lorsqu'elles ne relèvent pas de l'une de ces trois catégories» [23].

86. À mon avis, il ressort de cette jurisprudence que la Commission et le Tribunal ont correctement appliqué en l'espèce les règles énoncées dans l'annexe de l'acte d'adhésion de la Hongrie à l'Union.

87. De toute façon, comme le souligne la Commission, aucun des arrêts du Tribunal et de la Cour cités par Dunamenti Erőmű [24] ne concerne des mesures adoptées par un État membre avant son adhésion à l'Union et toujours applicables après cette adhésion. Étant donné que la question de respecter les limites temporelles des compétences de l'Union ne s'était pas posée dans ces affaires, il n'est guère étonnant que les juridictions de l'Union aient jugé que l'existence de l'aide devait être appréciée au moment de son octroi.

23 — Voir arrêt Kremikovtzi (C-262/11, EU:C:2012:760, point 52). C'est moi qui souligne. Voir également, en ce sens, arrêt Rousse Industry/Commission (T-489/11, EU:T:2013:144, points 61 à 64, 66 et 67).

24 — Voir arrêts France/Commission (C-482/99, EU:C:2002:294, points 71 et 76 à 83); Commission/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, point 104); Cityflyer Express/Commission (T-16/96, EU:T:1998:78, point 76); Westdeutsche Landesbank Girozentrale et Land Nordrhein-Westfalen/Commission (T-228/99 et T-233/99, EU:T:2003:57, point 246) ainsi que Pays-Bas/Commission (T-29/10 et T-33/10, EU:T:2012:98, point 78).

88. Quant à la pratique de la Commission, qui consistait [25] à analyser une mesure d'aide octroyée avant l'adhésion d'un État membre en tenant compte également d'éléments antérieurs à l'adhésion, je relève que les décisions de la Commission citées par Dunamenti Erőmű [26] ne soutiennent pas la thèse de Dunamenti Erőmű selon laquelle la date de référence devrait être celle de l'octroi de l'aide en cause.

89. En ce qui concerne d'abord la décision 2008/214 de la Commission dans l'affaire GE Capital Bank, la mesure d'aide en cause consistait en des garanties, des sûretés et des promesses d'indemnisation ainsi qu'en une option de vente octroyées par l'État tchèque dans le cadre de la restructuration et de la privatisation de la banque AGB.

90. Même si ces mesures avaient été octroyées avant l'adhésion de la République tchèque à l'Union, elles restaient «applicable[s] après l'adhésion» [27] en ce sens que les bénéficiaires pouvaient encore en profiter après l'adhésion. La date de référence prise par la Commission a donc bien été celle de l'adhésion.

91. La mesure d'aide en cause dans la décision 2009/174 de la Commission dans l'affaire Postabank consistait en une indemnisation au titre de créances inconnues octroyée par l'État hongrois dans le cadre de la restructuration et de la privatisation de Postabank en faveur de son repreneur Erste Bank.

92. Comme l'a estimé la Commission au point 47 de sa décision, il s'agissait d'une mesure encore en cours après l'adhésion qui devait, comme dans le cas présent, être considérée comme une aide nouvelle au sens du même acte d'adhésion.

93. Il en va de même de la décision 2010/690 de la Commission dans l'affaire PZL Hydral qui, dans le cadre d'un plan de sauvetage de cette société, concernait, entre autres mesures d'aide, la non-exécution, pour la période 1998-2007, d'obligations à l'égard des créanciers publics de PZL Hydral.

94. Malgré le fait que les créances non exécutées étaient devenues exigibles avant l'adhésion de la République de Pologne à l'Union, mais restaient exigibles après son adhésion, cette mesure faisait partie d'un plan de sauvetage mis en place en 2007, à savoir trois ans après l'adhésion. Il en résulte que la date de référence dans cette affaire était également celle de l'adhésion de la République de Pologne à l'Union et non celle de l'octroi de l'aide en cause.

95. Il convient de noter que, dans toutes ces décisions, la Commission a pris en compte des éléments antérieurs à l'adhésion, ce que Dunamenti Erőmű lui reproche de ne pas avoir fait dans son cas. Toutefois, ceci concerne la question de savoir si, dans des cas comme celui de l'espèce, la Commission doit, dans l'application du critère de l'investisseur privé, tenir compte de faits antérieurs à l'adhésion, comme la privatisation et ses buts ainsi que le lien intrinsèque entre celle-ci et l'AAE. Cette question (à laquelle je reviendrai dans le cadre du troisième moyen) est différente de celle de savoir quelle est la date de référence pour décider s'il y a lieu de qualifier une mesure étatique d'aide d'État.

96. Pour ces raisons, il convient de rejeter le deuxième moyen.

25 — Ce qui est quelque peu paradoxal quand on lit la thèse de la Commission dans la présente affaire (voir mon analyse de la troisième branche du troisième moyen aux points 125 à 127 des présentes conclusions).

26 — Il s'agit des décisions 2008/214/CE, du 18 juillet 2007, concernant l'aide d'État C 27/2004 mise à exécution par la République tchèque en faveur des sociétés GE Capital Bank a.s. et GE Capital International Holdings Corporation, USA (JO L 67, p. 3); 2009/174/CE, du 21 octobre 2008, concernant l'aide d'État C 35/04 mise à exécution par la République de Hongrie en faveur de Postabank és Takarékpénztár Rt./Erste Bank Hungary Nyrt. (JO L 62, p. 14); 2010/690/UE, du 4 août 2010, concernant l'aide d'État C 40/08 (ex N 163/08) mise à exécution par la Pologne en faveur de PZL Hydral S.A. (JO L 298, p. 51).

27 — Décision 2008/214, point 58.

F – *Sur le troisième moyen selon lequel le Tribunal a commis des erreurs de droit en considérant que l'AAE en cause accordait un avantage à Dunamenti Erőmű au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE*

97. Par son troisième moyen, Dunamenti Erőmű reproche au Tribunal d'avoir commis une erreur de droit aux points 67 à 70 de l'arrêt attaqué en ayant exclu de son appréciation de l'existence d'une aide la privatisation de Dunamenti Erőmű du fait de son choix du 1er mai 2004 comme date de référence. Selon Dunamenti Erőmű, l'analyse permettant de déterminer si l'AAE en cause constituait une aide d'État ne pouvait légalement être effectuée sans tenir compte de la privatisation et de son contexte, car l'AAE était une mesure préalable à la privatisation et, à ce titre, faisait partie intégrante de l'ensemble des mesures de privatisation.

98. Ensuite, aux points 49 à 66 du pourvoi, Dunamenti Erőmű avance trois arguments pour démontrer que, si les circonstances de la privatisation avaient été prises en compte par le Tribunal, celui-ci aurait jugé que l'AAE ne constituait pas un avantage ou que, en tout cas, l'avantage n'avait pas été conservé par Dunamenti Erőmű.

99. En premier lieu, MVM avait agi comme un investisseur privé cherchant à maximiser le profit généré par la vente de Dunamenti Erőmű (points 49 à 54 du pourvoi).

100. En deuxième lieu, si même l'AAE avait comporté un avantage, l'acquisition de Dunamenti Erőmű par Electrabel, à l'issue de la procédure d'appel d'offres, a compensé l'avantage allégué (points 55 à 62 du pourvoi).

101. En troisième lieu, l'adhésion de la Hongrie n'a pas modifié les liens entre l'AAE et la privatisation de Dunamenti Erőmű et n'a eu aucune incidence sur le fait que l'AAE ne conférait aucun avantage à Dunamenti Erőmű (points 63 à 67 du pourvoi lus en combinaison avec les points 41 à 62 de ce pourvoi).

1. Sur la recevabilité

102. Selon la Commission, le troisième moyen porte sur une question de fait et est donc irrecevable. En ayant correctement considéré la date d'adhésion de la Hongrie à l'Union comme date de référence pour établir l'existence d'une aide, le Tribunal aurait correctement jugé aux points 68 à 70 de l'arrêt attaqué que la détermination de l'existence d'un avantage conféré par l'AAE à Dunamenti Erőmű ne devait s'attacher qu'à cette date et sur l'évolution de la situation prévisible à cette même date.

103. Je ne partage pas cette position de la Commission qui, à mon avis, repose sur une lecture erronée du pourvoi. En effet, ce moyen ne porte pas sur la question de savoir quels éléments peuvent être rattachés à la période commençant le 1er mai 2004, mais sur la question de savoir si, alors même que le 1er mai 2004 serait la date de référence, le Tribunal pouvait, à bon droit, exclure certains éléments de son appréciation, et notamment le lien intrinsèque entre la privatisation et l'AAE en cause, du seul fait qu'ils étaient antérieurs à cette date.

2. Sur le fond

a) Sur la troisième branche concernant le refus du Tribunal de prendre en compte, lors de son contrôle de la décision attaquée sur la question de l'existence d'une aide, les circonstances de la privatisation de Dunamenti Erőmű au motif qu'elles sont antérieures à la date d'adhésion

104. Par son troisième moyen, Dunamenti Erőmű fait valoir que, aux points 68 à 70 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a jugé à tort que ses arguments énoncés au point 67 de l'arrêt attaqué, «se fondant en substance sur les circonstances de la privatisation opérée au milieu des années 90, devaient être rejetés au regard de la période pertinente pour l'évaluation des AAE qui débute à compter du 1er mai 2004» [28].

105. Il convient de noter d'emblée que ni la Commission ni le Tribunal n'ont contesté le lien intrinsèque entre l'octroi de l'AAE à Dunamenti Erőmű et sa privatisation. En effet, la Commission a reconnu, au considérant 174 de la décision attaquée, que «la plupart des producteurs d'électricité ont reconnu […] que sans les garanties offertes par les AAE, ils n'auraient pas investi dans ces centrales électriques», un de ces producteurs soutenant que «les AAE [étaient] un élément important pour que les banques acceptent de financer l'investissement et de préfinancer, en continu, les coûts d'exploitation».

106. Au point 186 de la décision attaquée, la Commission indique que, «dans les conditions de marché prévalant en Hongrie au milieu des années 90, c'est le principe directeur des AAE, soit la garantie de retour sur investissement, qui était la condition fondamentale à la réalisation des investissements nécessaires».

107. Comme je l'ai expliqué aux points 5 à 11 des présentes conclusions, il est clair que l'octroi de l'AAE aux centrales électriques et la privatisation faisaient partie de la même opération et qu'il n'est pas possible d'examiner l'un sans prendre l'autre en compte.

108. Dunamenti Erőmű reproche donc au Tribunal d'avoir validé l'approche de la Commission consistant, d'un côté, à reconnaître que, dans le contexte de la privatisation, l'AAE était une «condition fondamentale» de la vente rentable ou «à des conditions de marché» de Dunamenti Erőmű et, de l'autre côté, à ignorer totalement cette «condition fondamentale» lors de l'évaluation même de l'AAE au regard des règles sur les aides d'État, et d'avoir ainsi mal appliqué le critère de l'investisseur privé.

109. Selon la Commission, cette argumentation doit être rejetée si le Tribunal était fondé à constater que la date de référence pertinente était celle de l'adhésion de la Hongrie à l'Union, auquel cas il ne serait pas pertinent de prendre en compte des opérations antérieures de près d'une décennie à cette date.

110. Selon les observations de la Commission à l'audience, «ce qui se passe dans l'État membre avant son adhésion à l'Union est, pour être brutal, une question indifférente du point de vue de la matière des aides d'État, sauf si cela déborde dans le marché intérieur après l'adhésion» [29]. Selon la Commission, l'exclusion de tout élément factuel antérieur à la date d'adhésion, surtout s'il porte sur les objectifs poursuivis par MVM lors de la privatisation de 1995, est un choix dicté par l'acte d'adhésion et la volonté de ses rédacteurs qui doivent être respectés.

28 — Point 68.

29 — C'est moi qui traduit («It is a matter of indifference, to be quite brutal, as to what happens in the acceding Member State in the period prior to accession from the point of view of the State aid discipline, unless it spills over into the internal market after the accession has taken place»).

111. Je ne partage pas cette position de la Commission.

112. À mon avis, l'utilité de la date d'adhésion comme date de référence est d'abord d'identifier le moment auquel il faut vérifier si la mesure susceptible d'être une aide d'État est ou non encore applicable. Si elle ne l'est plus, elle ne peut plus faire l'objet d'une analyse par la Commission au titre des règles sur les aides d'État [30].

113. Dans le cas où, comme en l'occurrence, la mesure en cause est toujours applicable au moment de l'adhésion, la date de référence sert aussi à identifier le moment auquel il faut apprécier si elle constitue une aide d'État, en sachant qu'une mesure qui ne constitue pas une aide d'État au moment de son octroi peut le devenir plus tard lors d'un changement dans la structure du marché concerné [31].

114. En revanche, la prise de la date d'adhésion comme date de référence n'exclut pas en soi et automatiquement, comme l'a jugé le Tribunal aux points 68 à 70 de l'arrêt attaqué, la prise en compte d'éléments antérieurs à cette date qui seraient pertinents pour l'application correcte du critère de l'investisseur privé.

115. La Cour a d'ailleurs souligné, certes en dehors du cadre spécifique d'une adhésion, l'importance d'une appréciation globale de tous les faits pertinents lors de l'application du critère de l'investisseur privé. Ainsi, au point 86 de son arrêt Commission/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), la Cour a jugé qu'«il appartient à [la Commission] d'effectuer une *appréciation globale* prenant en compte, outre les éléments fournis par cet État membre, tout autre élément pertinent en l'espèce lui permettant de déterminer si la mesure en cause ressortit à la qualité d'actionnaire ou à celle de puissance publique dudit État membre. En particulier, *peuvent être pertinents à cet égard*, […], la nature et l'objet de cette mesure, *le contexte dans lequel elle s'inscrit, ainsi que l'objectif poursuivi* et les règles auxquelles ladite mesure est soumise» [32].

116. La Cour a ensuite ajouté aux points 104 et 105 de cet arrêt que «[la Commission] ne [pouvait] refuser d'examiner de telles informations que si les éléments de preuve produits ont été établis *postérieurement* à l'adoption de la décision d'effectuer l'investissement en question» et qu'étaient «seuls pertinents, aux fins de l'application du critère de l'investisseur privé, les éléments disponibles et les évolutions prévisibles au moment où la décision de procéder à l'investissement a été prise *[même si], comme en l'espèce, la Commission examine l'existence d'une aide d'État par rapport à un investissement qui ne lui a pas été notifié et qui a déjà été réalisé par l'État membre concerné au moment où elle effectue son examen*» [33].

117. Au point 41 de l'arrêt Italie et SIM 2 Multimedia/Commission (C-328/99 et C-399/00, EU:C:2003:252), lors de son appréciation du critère de l'investisseur privé relative à une opération de recapitalisation qui avait eu lieu en 1994, la Cour a pris en compte le résultat net de l'exercice de 1993 et le fait que «ce résultat s'inscrivait dans un contexte de récession économique qui avait provoqué un ralentissement de la croissance, un renforcement de la concurrence et une baisse sensible des prix dans le secteur européen de l'électronique grand public, dont le déclin avait commencé en 1992» pour conclure qu'un investisseur privé n'aurait pas procédé aux apports de capitaux en question.

30 — Voir, a contrario, décisions 2008/214; 2009/174 et 2010/690.

31 — Voir points 79 à 82 des présentes conclusions.

32 — C'est moi qui souligne. Voir également, en ce sens, arrêt Italie et SIM 2 Multimedia/Commission (C-328/99 et C-399/00, EU:C:2003:252, point 41).

33 — C'est moi qui souligne.

118. De même dans un contexte non lié à une adhésion, la Cour a annulé une décision de la Commission notamment parce que «la Commission [avait] fait une application erronée du critère de l'investisseur privé en économie de marché dans la mesure où elle n'[avait] pas examiné les prêts et garanties accordés à Stardust dans le contexte de l'époque où ceux-ci ont été octroyés» [34].

119. Ces considérations sont également applicables dans un cas, comme celui de l'espèce, où la mesure en cause a été octroyée avant l'adhésion de l'État membre concerné à l'Union. En effet, l'application du critère de l'investisseur privé par la Commission et approuvée par le Tribunal et l'analyse de l'existence d'une aide d'État qui en découle risquent de devenir artificielles, si des éléments pertinents étaient exclus, ainsi que le Tribunal l'a fait valoir aux points 68 à 70 de l'arrêt attaqué, au seul motif qu'ils relèvent de la période antérieure à l'adhésion.

120. Cette artificialité consisterait à poser, lors de l'application du critère de l'investisseur privé, la question de savoir «si, dans les circonstances existant au moment de l'adhésion de la Hongrie à l'Union européenne, un opérateur de marché aurait ou non accordé aux producteurs une garantie similaire à celle prévue par les AAE» [35] sans prendre en compte un opérateur de marché hypothétique qui voulait, comme l'État hongrois en 1995, vendre une centrale d'électricité dont la situation physique et financière était telle qu'aucun investisseur ne pouvait avoir suffisamment de garanties de pouvoir poursuivre ses activités et d'avoir une visibilité à long terme de ses investissements, tout en poursuivant les objectifs de privatisation exposés au point 5 des présentes conclusions.

121. Or, si dans l'application du critère de l'investisseur privé, il faut poser la question de savoir si, au moment de l'adhésion, un opérateur de marché hypothétique aurait agi comme l'a fait l'État, il n'est pas possible d'exclure des circonstances factuelles pertinentes qui ont dicté l'octroi de la mesure d'aide en cause au seul motif qu'elles sont antérieures à la date d'adhésion, puisque ceci placerait l'État et l'opérateur de marché hypothétique dans des positions non comparables, ce qui pourrait mener forcément chacun d'eux à des choix différents.

122. Cela implique qu'une application correcte du critère de l'investisseur privé consisterait à se demander ce qu'un opérateur de marché hypothétique, confronté aux circonstances économiques de 1995, dans un marché qui allait se libéraliser [36], aurait fait le 1er mai 2004 pour vendre Dunamenti Erőmű au meilleur prix tout en poursuivant les mêmes objectifs de nature économique et commerciale que l'État hongrois en 1995, à savoir garantir la sécurité d'approvisionnement au coût le plus bas possible, moderniser l'infrastructure dans le respect des normes de protection environnementale en vigueur et réaliser la nécessaire restructuration du secteur de la distribution d'électricité.

123. Contrairement à ce qu'a allégué la Commission lors de l'audience, je ne considère pas que cette application du critère de l'investisseur privé soit contraire à l'acte d'adhésion ou à la volonté de ses rédacteurs. En effet, si l'AAE doit être considéré comme une aide nouvelle au sens de cet acte, à savoir une aide octroyée pour la première fois le 1er mai 2004, il n'y a rien dans cet acte qui empêche la Commission de prendre en compte les objectifs de nature économique et commerciale que MVM poursuivait par l'octroi de l'AAE lors de l'application dudit critère.

124. Par conséquent, je considère que des éléments pertinents antérieurs à l'adhésion peuvent être pris en compte lors de l'application du critère de l'investisseur privé au moment de l'adhésion.

34 — Arrêt France/Commission (C-482/99, EU:C:2002:294, point 81).

35 — Point 177 de la décision attaquée.

36 — Le procès vers la libéralisation du marché européen d'électricité a commencé avec la directive 96/92 qui visait à ouvrir le marché d'électricité à la concurrence. Les délais de libéralisation du marché d'électricité étaient fixés par la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (JO L 176, p. 37) qui devrait être transposée au plus tard le 1er juillet 2004 en ce qui concernait les clients non résidentiels et le 1er juillet 2007 pour les clients résidentiels. À la date de référence alors, le marché d'électricité hongrois allait se libéraliser.

125. Paradoxalement, et comme je l'ai déjà indiqué [37] ainsi que Dunamenti Erőmű dans le cadre de son deuxième moyen, cette thèse correspondrait à la pratique de la Commission retrouvée notamment dans ses décisions GE Capital Bank, Postabank et PZL Hydral, où la Commission a systématiquement pris en compte, lors de son appréciation de l'existence d'une aide, des circonstances factuelles antérieures à la date de référence [38], à savoir la date d'adhésion des États membres concernés.

126. Je me réfère plus particulièrement à la décision 2009/174 dans l'affaire Postabank qui concernait également une mesure d'aide mise en œuvre par la Hongrie avant son adhésion. Aux points 55 et 56 de cette décision, la Commission a estimé, correctement à mon avis, que «[e]n ce qui concerne l'évaluation du comportement des autorités hongroises en 2003 à l'égard du principe de l'investisseur privé en économie de marché, il faut observer que la Commission n'a pas contesté la procédure de privatisation de Postabank et a reconnu que celle-ci avait été vendue dans le cadre d'un appel d'offres à l'acheteur le plus offrant» et que «[c]e fait n'est cependant pas une condition suffisante pour que l'on puisse exclure la présence d'un avantage» [39].

127. À mon avis, ce passage représente la position correcte, à savoir celle selon laquelle, dans un cas comme celui en l'occurrence, les circonstances pertinentes qui sont antérieures à l'adhésion doivent être prises en compte lors de l'application du critère de l'investisseur privé sans que ceci soit en soi-même suffisant pour exclure la présence d'un avantage.

128. Il résulte de ce qui précède que, en rejetant les arguments de Dunamenti Erőmű tirés de la non-prise en compte par la Commission du lien intrinsèque entre l'AAE et la privatisation lors de son contrôle de l'application du critère de l'investisseur privé au seul motif que cet élément est antérieur à la date d'adhésion de la Hongrie, le Tribunal a commis une erreur de droit et son arrêt doit être annulé à cet égard.

b) Sur la première branche concernant l'existence même d'un avantage dans le chef de Dunamenti Erőmű du fait qu'un AAE lui a été octroyé par MVM qui, ce faisant, aurait agi comme un investisseur privé cherchant à maximiser le profit généré par la vente de Dunamenti Erőmű

129. Selon Dunamenti Erőmű, elle-même et Electrabel n'ont retiré aucun avantage de l'AAE étant donné que, en concluant l'AAE avec Dunamenti Erőmű le 10 octobre 1995, MVM avait simplement essayé de maximiser les revenus de la vente de Dunamenti Erőmű, comme le ferait un opérateur privé.

130. Cet argument ne peut prospérer, car le fait que Dunamenti Erőmű a été privatisée par le biais d'un appel d'offres ouvert et concurrentiel et que l'offre la plus élevée a été retenue (à savoir celle d'Electrabel) ne seraient des considérations pertinentes que dans l'hypothèse où la mesure visée comme susceptible de constituer une aide d'État était la vente de Dunamenti Erőmű elle-même. Or, tel n'est pas le cas en l'occurrence, puisque la mesure en cause était l'AAE octroyé par MVM à Dunamenti Erőmű.

131. En outre, comme le dit la Commission, Dunamenti Erőmű confond l'existence d'un avantage dans le chef d'Electrabel en tant qu'acquéreur de Dunamenti Erőmű et d'un avantage dans son propre chef. En effet, le fait qu'il n'y ait pas d'avantage pour Electrabel n'exclut pas qu'il en existe un pour Dunamenti Erőmű.

37 — Voir points 89 à 94 des présentes conclusions.

38 — Voir, notamment, points 81 et 82 de la décision 2008/214, point 57 de la décision 2009/174 et les points 169 et suivants de la décision 2010/690.

39 — Je ne perçois pas en quoi, comme l'estime le Tribunal, la décision de la Commission dans l'affaire Postabank serait inutile dans ce contexte au seul motif qu'elle concernerait un cas spécifique et n'aurait aucun rapport avec la décision attaquée, voir arrêt Tisza Erőmű/Commission (T-468/08, EU:T:2014:235, point 89).

132. J'estime ainsi que les arguments de Dunamenti Erőmű tirés de l'arrêt AceaElectrabel/Commission (T-303/05, EU:T:2009:312) tendant à démontrer qu'Electrabel et Dunamenti Erőmű formaient une seule entité économique ne changent rien en ce qui concerne l'analyse qui précède. En effet, même si Electrabel et Dunamenti Erőmű étaient considérées comme une seule entité économique, ceci n'exclurait pas l'existence d'un avantage dans le chef de cette entité qui aurait bénéficié de l'AAE.

133. Par conséquent, en rejetant l'argument de Dunamenti Erőmű tiré du fait que, en octroyant l'AAE en cause à Dunamenti Erőmű, MVM a agi comme un investisseur privé cherchant à maximiser le profit généré par la vente de celle-ci, le Tribunal n'a pas commis une erreur de droit.

c) Sur la deuxième branche concernant la question de savoir si l'aide doit être récupérée auprès de l'entreprise vendue ou du vendeur lorsque le prix de privatisation inclut la valeur de l'aide

i) Argumentation des parties

134. Selon Dunamenti Erőmű, même si un avantage lui avait été accordé avant sa privatisation, son acquéreur a remboursé cet avantage à l'État hongrois puisque l'AAE était inclus dans le prix payé à l'État par l'acquéreur lors de la privatisation de Dunamenti Erőmű par le biais d'un appel d'offres.

135. Dunamenti Erőmű s'appuie sur le point 78 de l'arrêt Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) dans lequel la Cour a jugé que, «en principe, lorsqu'une société bénéficiaire d'une aide a été vendue au prix du marché, le prix de vente reflète les conséquences de l'aide antérieure et c'est le vendeur de ladite société qui conserve le bénéfice de l'aide. Dans ce cas, le rétablissement de la situation antérieure doit, en premier lieu, être assuré par le remboursement de l'aide par le vendeur».

136. Sur cette base, Dunamenti Erőmű conclut que, dès lors que l'AAE a été évalué dans le prix de la privatisation versé à l'État hongrois, c'est ce dernier qui a conservé l'avantage et elle ne pouvait donc être considérée comme bénéficiaire d'un avantage provenant de ressources de l'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

137. En revanche, la Commission estime que Dunamenti Erőmű confond de nouveau l'aide accordée à une entité acquise (bénéficiaire d'une aide) et l'aide accordée à l'acquéreur de cette entité.

138. En qualifiant le point 78 de l'arrêt Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) d'«obiter dictum», la Commission s'appuie au contraire sur le point 81 de l'arrêt Allemagne/Commission (C-277/00, EU:C:2004:238) dans lequel la Cour, constatant que «[s]'agissant de la présente espèce, l'entreprise à laquelle des aides d'État illégales ont été octroyées conserve sa personnalité juridique et continue à effectuer, pour elle-même, les activités subventionnées par les aides d'État», a jugé que c'est dès lors «normalement cette entreprise qui conserve l'avantage concurrentiel lié auxdites aides et c'est donc celle-ci qui doit être obligée de rembourser un montant égal à celui de ces aides. Il ne peut donc être demandé à l'acheteur de rembourser de telles aides».

139. Selon la Commission, dans son arrêt Allemagne/Commission (C-277/00, EU:C:2004:238), la Cour a clairement opéré une distinction avec l'arrêt Banks (C-390/98, EU:C:2001:456).

ii) Appréciation

– Observations liminaires

140. À titre liminaire, je constate que les arrêts Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) et Allemagne/Commission (C-277/00, EU:C:2004:238) concernent tous deux l'identification de la personne auprès de laquelle l'aide doit être récupérée et non celle de l'existence d'une aide.

141. Par conséquent, même si Dunamenti Erőmű présente ses arguments dans le cadre du troisième moyen qui vise l'existence d'une aide, ils constituent en réalité un moyen indépendant que la Cour doit aborder même si, contrairement à ce que je propose au point 128 des présentes conclusions, elle juge que le Tribunal avait raison de rejeter les arguments tirés de la non-prise en compte du lien intrinsèque entre l'AAE et la privatisation de Dunamenti Erőmű dans l'application du critère de l'investisseur privé.

142. En effet, si la Cour ne suit pas ma proposition, il y a nécessairement une aide que la Hongrie doit supprimer et récupérer. Si au contraire, la Cour suit ma proposition, il n'est nullement exclu qu'une application correcte du critère de l'investisseur privé conduise à la constatation de l'existence d'une aide, du même montant ou d'un montant différent.

143. Il convient donc dans les deux cas de déterminer s'il faut récupérer l'aide en cause auprès de l'entreprise vendue, ce qui est la position de la Commission, ou du vendeur, ce qui est la position de Dunamenti Erőmű, étant entendu qu'«il ne peut […] être demandé à l'acheteur de rembourser de telles aides» [40] dans le cas où l'entreprise-bénéficiaire de l'aide a été vendue conformément aux conditions du marché.

– L'obligation de remboursement de l'aide doit peser sur celui qui conserve l'avantage concurrentiel qu'elle a procuré

144. Il est évident que les arrêts Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) et Allemagne/Commission (C-277/00, EU:C:2004:238) soutiennent des propositions apparemment contradictoires. Le seul point sur lequel ils concordent est que l'acheteur ne peut être redevable du remboursement de l'aide [41].

145. S'il est vrai que l'arrêt Allemagne/Commission (C-277/00, EU:C:2004:238) est postérieur à l'arrêt Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), il fut prononcé par une chambre à cinq juges, à savoir la sixième, tandis que l'arrêt Banks fut prononcé par une formation d'onze juges (la «grande chambre» de l'époque) et fut ensuite cité à plusieurs occasions [42].

146. Comme l'a dit l'avocat général Tizzano au point 82 de ses conclusions dans l'affaire Allemagne/Commission (C-277/00, EU:C:2003:354), «la Cour balance entre deux positions: celle suivant laquelle les aides doivent en tout état de cause être restituées par la société bénéficiaire et celle suivant laquelle, si les parts ont été vendues à un prix respectant la valeur de marché de ladite société après l'octroi des aides, celles-ci doivent être restituées par le vendeur».

147. Après son arrêt Allemagne/Commission (C-277/00, EU:C:2004:238), la Cour a d'ailleurs continué à balancer entre ces deux mêmes positions. Après avoir indiqué au point 58 de son arrêt Commission/France (C-214/07, EU:C:2008:619), que «[dans le cas où, le bénéficiaire ayant cessé son activité et cédé ses actifs,] l'élément d'aide a été évalué au prix du marché et inclus dans le prix d'achat, […] l'acheteur ne saurait être considéré comme ayant bénéficié d'un avantage par rapport aux autres opérateurs sur le marché (arrêt Allemagne/Commission […] point 80)», elle a jugé au point 83 de l'arrêt Commission/France (C-37/14, EU:C:2015:90) que la vente du bénéficiaire de l'aide dans des conditions de marché «même à la supposer avérée, n'affecte pas, en tant que telle, l'obligation de récupération, l'État membre concerné restant tenu de procéder à cette récupération, *selon le cas*, auprès de l'entreprise vendue (arrêt Allemagne/Commission, C-277/00, EU:C:2004:238, point 81) ou du

40 — Arrêt Allemagne/Commission (C-277/00, EU:C:2004:238, point 81). Voir, également, arrêt Commission/France (C-214/07, EU:C:2008:619, point 16.)

41 — Voir arrêts Banks (C-390/98, EU:C:2001:456, point 77) et Allemagne/Commission (C-277/00, EU:C:2004:238, point 80).

42 — Voir arrêts Falck et Acciaierie di Bolzano/Commission (C-74/00 P et C-75/00 P, EU:C:2002:524, point 180); Italie et SIM 2 Multimedia/Commission (C-328/99 et C-399/00, EU:C:2003:252, point 83), ainsi que Commission/France (C-37/14, EU:C:2015:90, point 83).

vendeur, (arrêts Banks, C-390/98, EU:C:2001:456, point 78, ainsi que Falck et Acciaierie di Bolzano/Commission, C-74/00 P et C-75/00 P, EU:C:2002:524, point 180)» [43], laissant de nouveau ouverte la possibilité de récupérer l'aide soit chez le vendeur, soit auprès de l'entreprise vendue, sans donner de critère de distinction pour appliquer son expression «selon le cas».

148. Pour compliquer encore les choses, le fait que l'arrêt Allemagne/Commission (C-277/00, EU:C:2004:238) concernait deux aides accordées l'une à une société dont les actions avaient fait l'objet d'une vente («share deal») et l'autre à une société dont les actifs avaient été vendus («asset deal») [44] a créé l'impression qu'il y avait lieu de distinguer les deux types de ventes.

149. C'est ainsi que, au point 57 de ses conclusions dans l'affaire Commission/France (C-214/07, EU:C:2008:343), l'avocat général Sharpston a essayé d'expliquer la divergence entre les arrêts Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) et Allemagne/Commission (C-277/00, EU:C:2004:238) par le fait que «[l]'affaire Banks concernait […] la vente d'actions, alors que la présente affaire porte sur la vente d'actifs, de sorte que les critères pertinents sont ceux qui sont énoncés dans l'arrêt Allemagne/Commission. Dans celui-ci, la Cour a adopté l'approche qu'elle avait suivie dans l'affaire Banks, mais elle l'a modifiée en fonction des particularités de l'achat d'actifs au lieu d'actions et elle a appliqué cette approche modifiée à la vente d'actifs. Je ne vois aucune raison de s'écarter de l'approche exposée dans l'arrêt Allemagne/Commission».

150. L'incertitude s'accroît encore lorsque l'on analyse les positions différentes, voire contradictoires, adoptées par la Commission dans ces différentes affaires.

151. Ainsi, au point 38 de son mémoire en réplique dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Commission/France (C-214/07, EU:C:2008:619), la Commission «[croyait] utile de rappeler que, en présence d'un transfert d'actifs (Asset deal) par opposition à un transfert d'actions (Share deal), il [était] important d'examiner les conditions financières de ces transactions. Lorsqu'il y a vente d'actifs à des conditions normales de marché, la Cour considère que l'élément d'aide a été évalué au prix du marché et inclus dans le prix d'achat, de sorte que l'acheteur des actifs ne saurait en principe être considéré comme ayant bénéficié d'un avantage, le bénéfice de l'aide restant alors dans les mains du cédant».

152. Aux points 87 à 89 de sa requête dans l'affaire Commission/France (C-37/14, EU:C:2015:90), la Commission soutenait, à propos d'une vente «de tout ou partie des actions d'une société bénéficiaire» [45], que, «[à] la suite de la vente d'une entreprise bénéficiaire d'une aide au prix du marché, il convient de déterminer qui est le bénéficiaire réel de l'aide devant alors la rembourser. Selon les circonstances du cas d'espèce, il peut s'agir soit du vendeur, soit de l'entreprise vendue. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que l'aide doit en principe être recouvrée auprès de l'entreprise vendue […] Toutefois, *la Cour a considéré que le montant de l'aide devrait être remboursé par le vendeur* dans le cas où il aurait conservé l'avantage du bénéfice de l'aide, qui aurait été inclus dans le prix de vente. *C'est notamment le cas lorsqu'il est démontré avec certitude que le prix de vente prend en compte l'aide illégale qui est potentiellement sujette à une obligation de récupération*, ou que le contrat de vente de la société bénéficiaire de l'aide prévoit explicitement que le vendeur devra rembourser les aides perçues par l'entité vendue si elles sont déclarées illégales et incompatibles» [46].

43 — C'est moi qui souligne.

44 — Voir points 78 et 84 de l'arrêt.

45 — Voir point 85.

46 — C'est moi qui souligne.

153. La Commission ajoutait que, «[à] defaut de ce type de clause, la plupart des contrats de vente prévoient que le vendeur garantit le passif de l'entreprise vendue. Dans ce cas, l'entreprise vendue devra rembourser l'aide illégale et la clause de garantie de passif permettra à l'acheteur de se retourner vers le vendeur. Cette question dépend alors des règles contractuelles applicables et ne relève pas à proprement parler de la […] procédure de recouvrement».

154. Dans la présente affaire, la Commission soutient [47] que l'arrêt Allemagne/Commission (C-277/00, EU:C:2004:238) a modifié le principe énoncé au point 78 de l'arrêt Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) en ce que le recouvrement de l'aide doit être effectué auprès du bénéficiaire, même si ce dernier était vendu aux conditions du marché et que la valeur de l'aide était incluse dans le prix de vente.

155. Il convient à mon sens de profiter de la présente affaire pour fixer de façon claire les principes applicables au recouvrement d'une aide dans le cas où, comme dans la présente affaire ainsi que dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), Italie et SIM 2 Multimedia/Commission (C-328/99 et C-399/00, EU:C:2003:252), Allemagne/Commission (C-277/00, EU:C:2004:238) et Commission/France (C-37/14, EU:C:2015:90), le bénéficiaire a fait l'objet d'une vente aux conditions du marché et où le prix de vente inclut la valeur de l'aide.

156. Comme l'a jugé la Cour au point 81 de l'arrêt Allemagne/Commission (C-277/00, EU:C:2004:238), c'est, à mon avis, «[l']entreprise qui conserve l'avantage concurrentiel lié [à l'aide] […] qui doit être obligée de rembourser un montant égal à celui de [l'aide]». La récupération de l'aide doit donc suivre l'avantage en ce sens que l'entité qui a bénéficié ou bénéficie encore de l'avantage doit la rembourser, qu'il y ait eu vente d'actifs ou vente d'actions et ce pour les raisons suivantes.

157. En premier lieu, les faits de la présente affaire, à savoir l'octroi d'une aide à une société suivi de sa privatisation immédiate, démontrent que le principe énoncé au point 78 de l'arrêt Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) selon lequel l'aide est recouvrable chez le vendeur ouvre la porte à l'impunité d'un abus du droit des aides d'État en ce qu'il permet aux États membres d'octroyer des aides à des entreprises étatiques en sachant que, même si l'aide devra éventuellement être supprimée pour le futur, la privatisation permettra à ces entreprises de préserver l'avantage historique accumulé jusqu'au moment de sa suppression.

158. En deuxième lieu, «si la société ayant reçu une aide n'est pas dissoute et reste active sur le marché, la distorsion de concurrence provoquée par l'aide ne peut être éliminée (ou à tout le moins atténuée) que si l'on fait reposer l'obligation de restitution dans le chef de cette société: ce n'est que de la sorte que 'le bénéficiaire perd […] l'avantage dont il avait bénéficié sur le marché par rapport à ses concurrents, et la situation antérieure au versement de l'aide est rétablie' [arrêt Commission/Italie (C-348/93, EU:C:1995:95, point 27). Dans le même sens, voir également arrêt Espagne/Commission (C-480/98, EU:C:2000:559, point 35)]» [48].

159. En troisième lieu, «s'il est vrai que [le vendeur des] parts de la société bénéficiaire à un prix qui reflète leur valeur de marché après l'octroi des aides obtient un avantage de la revalorisation de la société, il n'en est pas moins évident que cet éventuel avantage ne fait pas disparaître celui obtenu par la société bénéficiaire vis-à-vis de ses concurrents. Et c'est précisément ce dernier avantage qui détermine les distorsions de concurrence et qu'il est donc nécessaire d'éliminer à travers la récupération des aides, alors que l'avantage financier découlant de la vente des parts peut également ne pas avoir d'incidence sur le fonctionnement concurrentiel des marchés, étant donné qu'il n'est pas dit que celui qui vend les parts soit un opérateur économique» [49].

47 — Voir points 137 à 139 des présentes conclusions.

48 — Voir point 83 des conclusions de l'avocat général Tizzano dans l'affaire Allemagne/Commission (C-277/00, EU:C:2003:354).

49 — Ibidem (point 84).

160. Enfin, «[l]a thèse opposée, suivant laquelle, dans des circonstances particulières, les aides doivent être récupérées auprès du vendeur, crée en effet des incertitudes considérables, parce qu'il est souvent difficile d'établir si le prix de vente reflète pleinement la valeur de marché de la société bénéficiaire après l'octroi des aides et n'escompte nullement le risque que cette société soit appelée à restituer au moins en partie les aides» [50].

161. Pour ces raisons, lorsque «l'entreprise à laquelle des aides d'État illégales ont été octroyées conserve sa personnalité juridique et continue à effectuer, pour elle-même, les activités subventionnées par les aides d'État […], c'est normalement cette entreprise qui conserve l'avantage concurrentiel lié auxdites aides et c'est donc celle-ci qui doit être obligée de rembourser un montant égal à celui de ces aides» [51].

162. Le principe est donc que l'aide doit être recouvrée auprès de l'entreprise vendue, en l'occurrence Dunamenti Erőmű, et non du vendeur, en l'occurrence MVM ou l'État hongrois.

163. Il faut ajouter que, comme l'a indiqué la Cour aux points 84 à 97 de l'arrêt Allemagne/Commission (C-277/00, EU:C:2004:238), la règle selon laquelle celui qui a conservé l'avantage concurrentiel lié à l'aide doit la rembourser s'applique aussi dans le cas où, à cause d'une vente d'actifs ou d'une autre transaction, le bénéficiaire a été vidé de tous ses actifs dans le but ou avec la conséquence de rendre la récupération de l'aide impossible (ce qui n'est pas le cas dans la présente affaire) mais où les activités de ce bénéficiaire ont été reprises par une autre entreprise qui, dès lors qu'elle a conservé l'avantage concurrentiel, devra rembourser l'aide [52]. Dans le cas contraire, à savoir lorsque le bénéficiaire a cessé ses activités sans qu'une autre entreprise ne les ait reprises, il y aurait, selon la jurisprudence de la Cour, une impossibilité absolue de récupération [53].

164. À cet égard, il convient de rappeler que, malgré le fait que, au point 81 de l'arrêt Allemagne/Commission (C-277/00, EU:C:2004:238), la Cour semble distinguer les bénéficiaires selon qu'ils ont ou non conservé leur personnalité juridique [54], l'article 107 TFUE, comme les dispositions du traité sur la concurrence, parle d'entreprises («undertakings») et non de sociétés ayant une personnalité juridique.

165. En ce sens, comme la Cour l'a jugé au point 43 de l'arrêt ETI e.a. (C-280/06, EU:C:2007:775) par rapport aux infractions du droit de la concurrence, «les formes juridiques respectives de l'entité ayant commis une infraction et de son successeur sont sans pertinence. L'infliction de la sanction pour l'infraction à ce successeur ne saurait donc être exclue du seul fait que, comme dans les affaires au principal, celui-ci ait un autre statut juridique et opère selon d'autres modalités que l'entité à laquelle il a succédé».

166. Par conséquent, le principe selon lequel l'obligation de remboursement de l'aide pèse sur *l'entreprise* qui conserve l'avantage concurrentiel qui y est lié permet la récupération de l'aide auprès de l'entreprise qui a repris les activités subventionnées par l'État.

– Application à la présente affaire

167. En l'occurrence, l'avantage en cause étant l'AAE, c'est Dunamenti Erőmű qui en a bénéficié et qui a conservé l'avantage concurrentiel produit par cet AAE, à savoir des prix de vente d'électricité garantis à long terme. C'est donc Dunamenti Erőmű qui doit rembourser l'aide à l'État.

50 — Ibidem (point 85).

51 — Arrêt Allemagne/Commission (C-277/00, EU:C:2004:238, point 81).

52 — Voir, en ce sens, arrêts Allemagne/Commission (C-277/00, EU:C:2004:238, points 86 à 97); Commission/France (C-214/07, EU:C:2008:619, point 58), ainsi que Commission/Espagne (C-610/10, EU:C:2012:781, point 104).

53 — Voir arrêts Commission/Italie (C-454/09, EU:C:2011:650, point 36) et Commission/Espagne (C-610/10, EU:C:2012:781, point 104).

54 — Cette distinction est également reprise dans l'arrêt Commission/France (C-214/07, EU:C:2008:619, points 48 et 55).

168. Il serait par ailleurs absurde de supposer, d'un côté, que l'avantage se trouve aux mains de Dunamenti Erőmű, car l'AAE fait partie de son patrimoine, mais, de l'autre côté, l'État-vendeur aurait bénéficié de l'aide. Il est évidemment impossible de supprimer l'avantage dans les mains d'une entreprise et de croire que l'avantage concurrentiel serait conservé ailleurs, surtout que, dans le cas présent, c'était l'AAE qui faussait la concurrence et rendait la libéralisation du marché hongrois de l'électricité presqu'impossible en rendant plus chère l'entrée de nouveaux participants.

169. Certes, cette conclusion peut amener à la situation dans laquelle la Hongrie doit, comme elle l'a déjà fait, supprimer l'AAE tout en retenant le prix payé par l'acquéreur et intégrant la valeur de l'aide alors que Dunamenti Erőmű doit rembourser la valeur de cet aide à l'État.

170. Cependant, comme le dit la Commission dans sa requête dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Commission/France (C-37/14, EU:C:2015:90), «cette question dépend […] des règles contractuelles applicables et ne relève pas […] de la […] procédure de recouvrement [des aides]». En effet, «la plupart des contrats de vente prévoient que le vendeur garantit le passif de l'entreprise vendue. Dans ce cas, l'entreprise vendue devra rembourser l'aide illégale et la clause de garantie de passif permettra à l'acheteur de se retourner vers le vendeur».

171. En l'occurrence, en plus de ces liens contractuels avec l'État hongrois, Electrabel bénéficie également des garanties du traité sur la charte de l'énergie qui lui permet de réclamer, comme elle l'a fait, le remboursement *intégral* des coûts échoués auprès d'un Tribunal arbitral CIRDI [55].

iii) Conclusion

172. En refusant d'analyser les arguments de Dunamenti Erőmű liés au recouvrement de l'aide éventuelle, le Tribunal a commis une erreur de droit.

173. Toutefois, si la Cour partage sur le fond ma conclusion sur la deuxième branche du troisième moyen, il conviendra de constater que la solution retenue par le Tribunal (et la Commission) met à charge de Dunamenti Erőmű l'obligation de rembourser l'aide et que dès lors l'arrêt attaqué ne devrait donc pas être annulé sur ce point.

VI – Effets de l'annulation

174. Étant donné que, au point 128 des présentes conclusions, j'ai conclu que le Tribunal avait commis une erreur de droit et qu'il y avait lieu d'annuler l'arrêt attaqué, il convient d'analyser les effets de cette annulation.

175. Conformément à l'article 61, premier alinéa, du statut de la Cour, en cas d'annulation de l'arrêt du Tribunal «[la Cour de justice] peut […] soit statuer elle-même définitivement sur le litige, lorsque celui-ci est en état d'être jugé, soit renvoyer l'affaire devant le Tribunal pour qu'il statue». Il convient de déterminer si le litige est en état d'être jugé.

176. Un litige est en état d'être jugé lorsque la Cour dispose de tous les éléments nécessaires pour y statuer [56].

55 — Voir points 23 à 25 des présentes conclusions.

56 — Voir, notamment, arrêts Chronopost et La Poste/UFEX e.a. (C-341/06 P et C-342/06 P, EU:C:2008:375, point 134) et Espagne/Commission (C-513/13 P, EU:C:2014:2412, point 42).

177. Comme je l'ai expliqué au point 122 des présentes conclusions, l'application correcte du critère de l'investisseur privé consisterait à se demander ce qu'un opérateur de marché hypothétique, confronté aux circonstances économiques de 1995, dans un marché qui allait se libéraliser, aurait fait le 1er mai 2004 pour vendre Dunamenti Erőmű au meilleur prix tout en poursuivant les mêmes objectifs de nature économique et commerciale que l'État hongrois en 1995, à savoir garantir la sécurité d'approvisionnement au coût le plus bas possible, moderniser l'infrastructure dans le respect des normes de protection environnementale en vigueur et réaliser la nécessaire restructuration du secteur de la distribution d'électricité.

178. Une application correcte du critère de l'investisseur privé implique incontestablement une appréciation économique complexe. Or, selon une jurisprudence constante, «l'examen par la Commission de la question de savoir si une mesure déterminée peut être qualifiée d'aide d'État, parce que l'État n'a pas agi comme un opérateur économique ordinaire, implique une appréciation économique complexe. Lorsqu'elle adopte un acte impliquant de telles appréciations, la Commission jouit d'un large pouvoir d'appréciation et le contrôle juridictionnel dudit acte doit se limiter […] à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits retenus pour opérer le choix contesté, de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation de ces faits ou de l'absence de détournement de pouvoir. En particulier, il n'appartient pas [aux juridictions de l'Union] de substituer [leur] appréciation économique à celle de la Commission» [57].

179. Dans la mesure où l'application correcte du critère de l'investisseur privé ne ressortit pas au Tribunal, l'annulation de l'arrêt attaqué entraîne l'annulation de la décision de la Commission en ce qu'elle concerne Dunamenti Erőmű.

180. En l'occurrence, l'erreur de droit consiste à la non-prise en compte par la Commission des éléments pertinents dans l'application du critère de l'investisseur privé, absence de prise en compte qui n'a pas été remise en cause par le Tribunal.

181. La troisième branche du troisième moyen est donc fondée, ce qui doit entraîner l'annulation de la décision attaquée en ce qu'elle concerne Dunamenti Erőmű.

VII – Sur les dépens

182. En vertu de l'article 184, paragraphe 2, du règlement de procédure, lorsque le pourvoi est fondé et que la Cour juge elle-même définitivement le litige, elle statue sur les dépens.

183. Aux termes de l'article 138, paragraphe 1, du même règlement, applicable à la procédure de pourvoi en vertu de l'article 184, paragraphe 1, de celui-ci, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens.

184. La Commission ayant succombé au pourvoi et la requérante ayant conclu à sa condamnation, il y a lieu de la condamner à supporter, outre ses propres dépens, la totalité des dépens exposés par la requérante, tant en première instance qu'à l'occasion du pourvoi.

57 — Voir ordonnance DSG/Commission (C-323/00 P, EU:C:2002:260, point 43). Voir également, en ce sens, arrêts Espagne/Lenzing (C-525/04 P, EU:C:2007:698, point 57); GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, EU:C:2009:610, point 163); Commission/Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, points 64 à 66); Ryanair/Commission (T-196/04, EU:T:2008:585, point 41), ainsi que Budapesti Erőmű/Commission (T-80/06 et T-182/09, EU:T:2012:65, points 65 et 66).

VIII – Conclusion

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

1) L'arrêt Dunamenti Erőmű/Commission (T-179/09, EU:T:2014:236) est annulé en tant que le Tribunal a refusé de prendre en compte le lien intrinsèque entre les accords d'achat d'électricité et la privatisation lors de l'application du contrôle de l'investisseur privé au seul motif que cet élément est antérieur à la date d'adhésion de la Hongrie.

2) La décision 2009/609/CE de la Commission, du 4 juin 2008, concernant les aides d'État C 41/05 accordées par la Hongrie dans le cadre d'accords d'achat d'électricité est annulée en ce qu'elle concerne Dunamenti Erőmű.

3) La Commission européenne est condamnée aux dépens tant de première instance que du pourvoi.