CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. MARCO DARMON

présentées le 15 juin 1994 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Le présent recours en annulation vous invite pour la première fois à interpréter la directive 90/684/CEE du Conseil, du 21 décembre 1990, concernant les aides à la construction navale (ci-après « la septième directive ») [1], prise en application de l'article 92, paragraphe 3, sous d), du traité CEE [2]. Il est l'occasion de préciser l'articulation des compétences entre le Conseil et la Commission dans le champ d'application de ce texte.

2. Au chapitre II de cette directive, l'article 4, paragraphe 1, concernant les « Aides au fonctionnement », dispose que « Les aides à la production en faveur de la construction et de la transformation navales peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun, à condition que le montant total de l'aide octroyée pour un contrat ne dépasse pas en équivalent subvention un *plafond* maximum commun... » [3]. Ce plafond est fixé par la Commission [4].

3. L'article 4, paragraphe 7, est ainsi libellé:

« Les aides liées à la construction et à la transformation navales, octroyées comme *aides au développement* à un pays en voie de développement, ne sont pas soumises au plafond. Elles peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun si elles sont conformes aux dispositions arrêtées à cette fin par le groupe de travail n° 6 de l'OCDE dans son accord concernant l'interprétation des articles 6, 7 et 8 de l'Arrangement visé au paragraphe 6...

Tout projet d'aide individuel de ce type doit être préalablement notifié à la Commission. Elle vérifie la composante particulière 'développement' de l'aide envisagée et s'assure que cette aide entre dans le champ d'application de l'accord visé au premier alinéa » [5].

4. Cette disposition est au centre de la présente affaire.

* Langue originale: le français.
1 — JO L 380, p. 27.
2 — Devenu l'article 92, paragraphe 3, sous e), du traité CE.
3 — Souligné par nous.
4 — Article 4, paragraphe 2.
5 — Souligné par nous.

5. Dans le cadre d'un contrat conclu entre un consortium de chantiers navals de Brême, Wismar, Kiel et Warnemünde, et l'entreprise d'État chinoise COSCO (China Ocean Shipping Company), portant sur la construction de trois porte-conteneurs de 3 765 EVP (équivalents vingt pieds), plus un quatrième de 2 700 EVP, les autorités allemandes envisagent de consentir un crédit d'aide au développement portant sur les trois premiers porte-conteneurs.

6. Les conditions d'octroi de ce crédit sont notifiées à l'OCDE, le 20 septembre 1991 [6].

7. A la suite d'une plainte pour distorsion de concurrence émanant d'un chantier naval de la Communauté, et après plusieurs échanges de courriers, la Commission, le 14 octobre 1991, enjoint le gouvernement allemand de lui notifier le projet d'aide [7], conformément à l'article 4, paragraphe 7, deuxième alinéa, de la septième directive, ce qui est fait le 21 octobre 1991 [8]. Il est indiqué que le projet tend à favoriser la maîtrise par la République populaire de Chine de ses besoins fortement accrus dans le domaine des transports et l'obtention de devises dans le secteur du commerce extérieur [9].

8. Après un nouvel échange de courriers [10], la Commission décide, par lettre du 22 novembre 1991 [11], d'engager la procédure d'examen prévue à l'article 93, paragraphe 2, du traité CEE afin de vérifier l'authenticité de l'aspect « aide au développement » du projet et d'en évaluer la compatibilité générale avec le marché commun. Cette lettre fait l'objet de la communication 92/C22/07 [12]. La Commission y précise qu'elle « ... n'est toujours pas convaincue que le projet est véritablement motivé par des considérations de développement, en raison notamment du manque de transparence dans la fixation du prix ».

9. Le gouvernement allemand adresse sa réponse le 26 février 1992 [13].

10. Le Royaume-Uni, le Danemark, des associations d'armateurs de la Communauté européenne, l'association des constructeurs

6 — Le crédit d'aide au développement s'élève à 203,22 Mio DM. Le prix total des porte-conteneurs est de 604,14 Mio DM.

7 — Annexe 4 du recours.

8 — Annexe 3 du recours.

9 — Ibidem.

10 — Voir la lettre du gouvernement allemand du 4 novembre 1991 par laquelle il entend démontrer que le prix pratiqué est conforme à celui du marché (annexe 5 du recours).

11 — Annexe 6 du recours.

12 — Communication de la Commission au titre de l'article 93, paragraphe 2, du traité CEE, adressée aux autres États membres et autres intéressés concernant des aides que l'Allemagne projette d'accorder en faveur du projet COSCO (JO 1992, C 22, p. 4) (annexe 8 du recours).

13 — Annexe 7 du recours.

de navires danois et l'association des armateurs danois présentent des observations auxquelles le gouvernement allemand répond le 13 avril 1992 [14].

11. Par décision 92/569/CEE du 31 juillet 1992 [15], prise en application de l'article 93, paragraphe 2, premier alinéa, (ci-après « la décision »), la Commission considère que « ... le contrat COSCO prévoyant la construction d'un navire porte-conteneurs d'une capacité de 2 700 EVP ... ne comporte pas d'aide au développement et ... les modalités de crédit à l'exportation appliquées audit contrat sont compatibles avec le marché commun » (article 1er), « Le projet d'aide au développement pour les contrats prévoyant la construction de trois autres navires porte-conteneurs destinés à l'entreprise de transport maritime d'État chinoise COSCO dans les chantiers navals de Bremer Vulkan à Brême et de Mathias Thesen à Wismar ne peut être considéré comme véritable aide au développement au sens de l'article 4, paragraphe 7, de la directive 90/684/CEE et est, par conséquent, incompatible avec le marché commun » (article 2).

12. Sur le premier point, la Commission estime que la construction du navire de 2 700 EVP ne bénéficie pas d'une aide au développement et qu'elle est financée aux conditions normales édictées par l'OCDE.

13. Sur le second, elle motive sa décision par le fait que, selon elle, COSCO n'est pas une société ayant besoin d'une aide au développement pour contribuer au développement général de la Chine et qu'elle dispose des ressources financières nécessaires pour acquérir de nouveaux navires sur le marché normal. L'aide projetée ne remplit pas, par conséquent, la condition de *nécessité* posée par la Cour de justice dans l'arrêt du 17 septembre 1980, Philip Morris/Commission [16].

14. La Commission ajoute qu'une telle aide comporte un risque de distorsion grave de la concurrence dans une mesure contraire à l'intérêt commun.

15. Par recours enregistré le 26 novembre 1992, la République fédérale d'Allemagne sollicite l'annulation de cette décision et, *à titre subsidiaire*, l'annulation de ses articles 2 et 3 en faisant valoir les points suivants:

— l'aide prévue serait une aide au développement au sens de l'article 4, paragraphe 7, de la septième directive. Elle serait

14 — Annexe 10 du recours.

15 — Concernant un projet d'aide de l'Allemagne en faveur de COSCO (Chine) pour l'achat de quatre navires porte-conteneurs (JO L 367, p. 29).

16 — 730/79, Rec. p. 2671.

conforme au critère de l'aide au développement tel que défini par l'OCDE et interprété par la lettre de la Commission aux États membres du 3 janvier 1989 [17]. Posé par l'arrêt du 17 septembre 1980, Philip Morris, précité, à propos de l'article 92, paragraphe 3, sous c), du traité CEE, le critère de la nécessité de l'aide pour l'entreprise bénéficiaire serait étranger au domaine de l'article 4, paragraphe 7;

16. Avant de réfuter les moyens présentés sur le fond, la Commission soulève l'irrecevabilité du recours en tant qu'il concerne l'article 1er de la décision.

17. Abordons ce point.

— la décision litigieuse serait entachée d'une erreur d'appréciation;

— elle violerait trois principes fondamentaux du droit communautaire:

18. Le gouvernement allemand soutient que la déclaration de compatibilité de l'aide concernant le navire de 2 700 EVP était inutile puisque la conformité des bonifications d'intérêts avec le marché commun résultait automatiquement de l'article 4, paragraphe 6, de la septième directive.

— le principe d'égalité;

— le principe de la confiance légitime;

— le droit pour la requérante d'être entendue.

19. S'étant saisie de l'ensemble du projet d'aide, la Commission devait également prendre position sur l'achat du porte-conteneurs de 2 700 EVP. Au surplus, en considérant que celui-ci ne comportait pas d'aide au développement et que les modalités de crédit étaient compatibles avec le marché commun, la décision ne fait pas grief à l'État membre requérant [18].

17 — SG(89)D/311 portant application de la directive antérieure du Conseil 87/167/CEE du 26 janvier 1987 dont le libellé était identique (JO L 69, p. 55) (annexe 11 du recours).

18 — Elle pourrait, en revanche, affecter les intérêts des concurrents des chantiers adjudicataires.

20. Le recours est donc irrecevable de ce chef.

21. Quant aux articles 2 et 3 de la décision, il convient de répondre en premier lieu à la question suivante:

L'aide envisagée est-elle une aide au développement au sens de l'article 4, paragraphe 7, de la septième directive? Plus particulièrement, en la matière, appartient-il à la Commission de prendre en compte le critère de la « nécessité » de l'aide?

22. Il y aura ensuite lieu d'examiner si, comme il le soutient, l'État demandeur est fondé à se prévaloir d'une erreur d'appréciation, d'une violation des principes d'égalité, de confiance légitime et de respect des droits de la défense.

L'aide envisagée est-elle une aide au développement au sens de l'article 4, paragraphe 7, de la septième directive?

23. L'article 92, paragraphe 3, dispose que

« Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun:

a) ...

b) ...

c) ...

d) les autres *catégories* d'aides déterminées par décision du Conseil statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission » [19].

24. Dans l'arrêt du 18 mai 1993, Belgique/Commission [20], vous avez constaté, à propos de la directive 87/167/CEE du Conseil [21], prise, comme la septième directive

19 — Souligné par nous.

20 — C-356/90 et C-180/91, Rec. p. I-2323.

21 — Du 26 janvier 1987, concernant les aides à la construction navale (JO L 69, p. 55).

qui l'a remplacée, sur le fondement de l'article 92, paragraphe 3, sous d), que

« ... le Conseil, conformément à la ratio de l'article 92, paragraphe 3, en partant de la constatation de l'incompatibilité des aides à la construction navale, a pris en compte une série d'exigences d'ordre économique et social qui l'ont conduit à faire usage de la faculté, reconnue par le traité, de considérer néanmoins ces aides comme compatibles avec le marché commun, à condition qu'elles satisfassent aux critères de dérogation contenus dans la directive... » [22].

25. Ce raisonnement est transposable à la septième directive qui ne diffère de la précédente que sur des points mineurs (les deux textes ont, en substance, le même article 4). Nous sommes donc dans le cadre « ... d'un régime dérogatoire, qui présuppose nécessairement que les aides visées sont au départ incompatibles avec le marché commun » [23].

26. Comment se répartissent les compétences entre la Commission et le Conseil lorsque celui-ci fait application de l'article 92, paragraphe 3, sous d)?

27. On le sait, s'agissant de l'appréciation de la compatibilité d'une aide déterminée, la Commission dispose, sous votre contrôle, d'une compétence de principe [24]. Le Conseil, quant à lui, n'a que la compétence d'exception que lui confère l'article 93, paragraphe 2, troisième alinéa [25].

28. Dans le cadre de l'article 92, paragraphe 3, sous d), le partage des compétences entre Conseil et Commission est donc clair. Tandis que le premier peut élargir le catalogue des aides pouvant être déclarées compatibles, en fixant un cadre abstrait et général (des « catégories d'aides »), seule la seconde procède à l'examen concret du point de savoir si une aide entrant dans la catégorie définie par le Conseil est ou non compatible avec le traité. Le Conseil ne se substitue donc pas à la Commission dans l'appréciation concrète de la compatibilité d'une aide déterminée. D'ailleurs, lorsqu'il fait usage de l'article 93, paragraphe 2, troisième alinéa, il statue à la demande d'un État membre et *à l'unanimité*, alors que, pour élargir l'éventail des aides dans le cadre de l'article 92, paragraphe 3, sous d), il statue à la *majorité qualifiée*.

29. Quels sont les pouvoirs de la Commission dans le cadre de cette disposition?

22 — Point 30.

23 — Point 33.

24 — Voir le point 11 de l'arrêt du 17 mars 1993, Sloman Neptun Schiffahrts (C-72/91 et C-73/91, Rec. p. I-887).

25 — Pour un exemple, voir la décision 73/209/CEE du Conseil, du 24 juillet 1973, relative au régime d'aide existant au Royaume-Uni en faveur du raffinage du sucre brut (JO L 207, p. 47).

30. On sait que, pour déclarer compatibles avec le marché commun les aides relevant des catégories énumérées à l'article 92, paragraphe 3, sous a), b) et c), « ... la Commission jouit d'un *pouvoir discrétionnaire* dont l'exercice implique des appréciations d'ordre économique et social qui doivent être effectuées dans un contexte communautaire » [26].

31. En ce qui concerne ces catégories d'aides, vous admettez que le pouvoir discrétionnaire de la Commission est plus ou moins étendu: ainsi, « ... l'emploi des termes 'anormalement' et 'grave' dans la dérogation contenue dans la lettre a) montre que celle-ci ne concerne que des régions où la situation économique est extrêmement défavorable par rapport à l'ensemble de la Communauté. En revanche, la dérogation contenue dans la lettre c) a une portée plus large en ce qu'elle permet le développement de certaines régions, sans être limitée par les conditions économiques prévues à la lettre a), pourvu que les aides qui y sont destinées 'n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun' [27].

32. Certains auteurs ont même soutenu qu'une très large marge d'intervention était reconnue à la Commission en la matière, précisément pour combler le vide normatif dû à l'absence de réglementation du Conseil, sur la base des articles 92, paragraphe 3, sous d), et 94 du traité:

« La Commission a dû se substituer de facto à l'organe intergouvernemental, en exerçant à sa place une sorte de pouvoir réglementaire inconnu » [28].

33. Quoi qu'il en soit, quelle est l'étendue du pouvoir d'appréciation de la Commission quand le Conseil détermine, sur le fondement de l'article 92, paragraphe 3, sous d), les « catégories d'aides » *pouvant* être considérées comme compatibles?

34. Vous avez, d'ores et déjà, implicitement considéré dans l'arrêt du 18 mai 1993, Belgique/Commission [29], que ce pouvoir s'étendait à ces catégories d'aides, en relevant que

« ... l'article 92, paragraphe 3, sous d), permet au Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, d'élargir l'éventail des aides *pouvant* être considérées comme compatibles avec le

26 — Arrêt Philip Morris, précité, point 24, souligné par nous. Voir également l'arrêt du 21 mars 1991, Italie/Commission (C-303/88, Rec. p. I-1433, point 34). Votre jurisprudence, à cet égard, est constante.

27 — Arrêt du 14 octobre 1987, Allemagne/Commission (248/84, Rec. p. 4013, point 19).

28 — Blumann, C.: « Régime des aides d'État: jurisprudence récente de la Cour de justice », *Revue du Marché commun*, 1992, p. 721.

29 — Précité, voir supra note 20.

marché commun, au-delà des catégories indiquées sous a), b) et c) » [30].

35. Ce pouvoir transparaît dans le libellé même de l'article 4, paragraphe 7, de la septième directive, lequel dispose:

« Elles (les aides liées à la construction et à la transformation navales, octroyées comme aides au développement) *peuvent* être considérées comme compatibles avec le marché commun... » [31].

36. Examinons, à présent, les modalités d'application de ce texte.

37. Le secteur de la construction navale connaît une situation très spécifique.

38. Les distorsions de concurrence affectent ce secteur sur le marché mondial et la construction navale communautaire ne pourrait se protéger contre la concurrence extérieure « ... par des mesures tarifaires ou d'autres mesures de politique commerciale sans porter préjudice aux armateurs de la Communauté qui exercent leur activité sur un marché de caractère international » [32].

39. Les Arrangements successifs conclus au sein de l'OCDE ont permis d'atténuer ces distorsions en limitant et en harmonisant les conditions d'octroi de crédits à l'exportation de navires [33].

40. En annexe à la résolution du Conseil de l'OCDE du 3 août 1981 concernant une révision de l'Arrangement sur les crédits à l'exportation de navires, il est prévu au paragraphe 6 qu'une partie contractante peut, dans un cas particulier, accorder des conditions plus favorables « for genuine aid reasons » [34]. Cette aide doit, notamment, être notifiée avec un préavis suffisant aux autres partenaires [35].

41. Par un acte C/WP6(84)3 intitulé « Révision des définitions et des procédures administratives concernant l'Arrangement sur les

30 — Point 26, souligné par nous.

31 — Souligné par nous. Voir également l'article 4, paragraphe 1.

32 — Troisième considérant de la directive 69/262/CEE du Conseil, du 28 juillet 1969, relative à l'octroi d'aides à la construction navale visant à corriger les distorsions de la concurrence sur le marché international (JO L 206, p. 25).

33 — Voir le sixième considérant de la directive 78/338/CEE du Conseil, du 4 avril 1978, concernant les aides à la construction navale (JO L 98, p. 19) et le cinquième considérant de la directive 75/432/CEE du Conseil, du 10 juillet 1975, concernant les aides à la construction navale (JO L 192, p. 27).

34 — Annexe 12 du recours.

35 — C'est ainsi que l'aide consentie par la République fédérale d'Allemagne a été notifiée à l'OCDE.

crédits à l'exportation de navires » daté du 18 janvier 1984 [36], le groupe de travail n° 6 du Conseil sur la construction navale a précisé les conditions de mise en œuvre du paragraphe 6, précité.

42. Il doit s'agir d'une aide publique au développement (official development assistance). Le propriétaire réel doit résider dans l'État bénéficiaire de l'aide et ne doit pas être une filiale non opérationnelle d'une compagnie étrangère. Il doit enfin s'engager à ne pas revendre le navire sans l'approbation de son gouvernement.

43. Dans un addendum du 30 janvier 1985, le groupe de travail a précisé la notion d'aide publique au développement [37]:

« On entend par 'aide publique au développement' tous les apports de ressources qui sont fournis aux pays en développement et aux institutions multilatérales par des organismes publics, y compris les collectivités locales, ou par leurs organismes gestionnaires et qui répondent aux critères suivants:

a) Être dispensés dans le but essentiel de favoriser le développement économique et l'amélioration du niveau de vie dans les pays en développement;

b) Être assortis de conditions favorables et comporter un élément de libéralité au moins égal à 25 % ... (sur la base d'un taux d'actualisation de 10 %) » [38] de la valeur contractuelle.

44. Par l'article 4, paragraphe 7, premier alinéa, de la septième directive, le Conseil s'est aligné sur ces conditions en renvoyant purement et simplement aux dispositions arrêtées par le groupe de travail précité.

45. Ces conditions ont été énumérées dans la communication de la Commission aux États membres SG(89)D/311 du 3 janvier 1989 [39].

36 — Annexe 13 du recours.
37 — Annexe 14 du recours.
38 — Annexe 14 du recours, point 18.
39 — Annexe 11 du recours.

46. La Commission ne conteste pas que ces conditions sont ici respectées.

47. L'article 4, paragraphe 7, deuxième alinéa, lui impose, avant de s'assurer que l'aide remplit les conditions posées par l'OCDE, de vérifier « la composante particulière 'développement' ».

48. En quoi doit consister cette vérification? Le seul fait que l'aide puisse être classée comme « aide publique au développement » au sens de l'Arrangement OCDE est-il, à cet égard, suffisant?

49. Dans sa décision, la Commission soutient qu'indépendamment de l'examen des critères OCDE définis par l'article 4, paragraphe 7, premier alinéa, elle doit « ... déterminer l'authenticité de la composante 'développement' de l'aide... » [40].

50. Elle relève que COSCO est une société florissante — cinquième opérateur mondial dans le domaine des conteneurs — et qu'elle a la capacité financière d'assurer elle-même tout programme de renouvellement de sa flotte. COSCO aurait d'ailleurs l'intention d'acquérir le porte-conteneurs de 2 700 EVP sans aide. L'aide est donc incompatible parce qu'elle n'est pas *nécessaire* à la société bénéficiaire. De plus, une aide superflue comporterait un « ... risque de distorsion grave de la concurrence dans une mesure contraire à l'intérêt commun » [41].

51. La République fédérale d'Allemagne prétend, au contraire, que « vérifier la composante développement » se limite à constater que le taux minimum de l'élément de libéralité (grant element) de 25 % prescrit par l'OCDE est respecté [42]. De plus, non repris par les lettres de la Commission des 3 janvier 1989 et 22 novembre 1991, le critère de la nécessité de l'aide, posé par l'arrêt Philip Morris dans le cadre d'une tout autre hypothèse, serait, ici, inapplicable.

52. Le libellé de l'article 4, paragraphe 7, deuxième alinéa, donne de précieuses indications. Si la Commission doit s'assurer que l'aide entre dans le champ d'application de l'Arrangement de l'OCDE, elle a également pour mission de vérifier la composante particulière « développement » de celle-ci. Il est clair, par conséquent, que si la compatibilité avec les critères de l'OCDE est une condition nécessaire de la compatibilité, cette condition n'est pas suffisante. Si l'article 4,

40 — Décision attaquée, VI, deuxième alinéa.

41 — Décision attaquée, VI, troisième alinéa, point 2.

42 — Point 5 de la réplique.

paragraphe 7, ne posait pas d'autres conditions que le respect des critères posés par l'OCDE, il serait rédigé comme l'article 4, paragraphe 6, qui, en matière d'aides octroyées sous forme de facilités de crédit, ne pose pas d'autres exigences que la conformité à une résolution du Conseil de l'OCDE. La composante particulière « développement » ne se confond donc pas avec les critères de l'OCDE.

53. Pour interpréter cette notion, une considération paraît déterminante: on relèvera, en effet, le *contraste* existant entre les conditions requises en général par la septième directive pour octroyer des aides à la production — tout particulièrement la fixation d'un *plafond* [43] — et celles spécialement exigées pour l'octroi des aides au développement liées à la construction et à la transformation navales qui prévoient un *plancher*. En raison de l'objectif de développement qu'elle poursuit, l'aide de l'article 4, paragraphe 7, n'est pas soumise aux mêmes contraintes que celles de l'article 4, paragraphes 1 à 6.

54. La septième directive permet de lier l'aide au développement à la construction de navires marchands dans la Communauté.

55. Une aide fondée sur l'article 4, paragraphe 7, de la directive qui ne poursuivrait pas un véritable objectif de développement pourrait masquer une aide indirecte à des chantiers navals de la Communauté — « une subvention accordée aux constructeurs » [44] — sans que cette aide soit, alors, soumise aux conditions restrictives des paragraphes 1 à 6 de l'article 4.

56. La Commission a décelé un tel détournement dans la procédure qui a donné lieu à la décision 91/306/CEE, du 12 décembre 1990, concernant deux projets d'aide du gouvernement allemand en faveur d'un chantier naval connaissant des difficultés financières [45], dans laquelle elle observe que

« Le but de l'article 4, paragraphe 7, de la directive 87/167/CEE est d'autoriser des aides afin d'abaisser le prix des navires pour certains pays en voie de développement dans des circonstances déterminées, et non d'accorder des aides de sauvetage aux chantiers navals de la Communauté » [46].

57. On discerne, dès lors, l'importance de la mission conférée par le Conseil à la

43 — Article 4, paragraphe 1. Voir supra, point 2.

44 — Décision attaquée, IV, deuxième alinéa, point 1.

45 — JO 1991, L 158, p. 71.

46 — Ibidem, II, quatrième alinéa.

Commission: rechercher s'il s'agit d'une aide au développement ou, en réalité, d'une aide indirecte aux chantiers navals communautaires concernés. C'est d'ailleurs l'interrogation qu'exprimait la Commission dans sa communication 92/C22/07 [47].

58. Si vérifier la composante « développement » devait se limiter, comme le soutient le gouvernement allemand, à constater que « ... l'aide ... peut aider la Chine à couvrir ses besoins considérablement accrus en matière de transport et à économiser plus de devises fortes dans ses exportations » et que « Les navires porte-conteneurs contribueront à la création d'un système de transport intégré... » [48], un tel contrôle ne permettrait pas de déceler d'éventuels détournements de procédure.

59. Si, au contraire, vérifier la « composante *particulière* 'développement' » consiste à procéder à un véritable contrôle de proportionnalité (l'aide envisagée est-elle apte à atteindre l'objectif de développement fixé? Celui-ci ne pourrait-il être atteint par une mesure plus respectueuse des règles de concurrence [49]?), en appréciant la *nécessité* de l'aide compte tenu des conditions concrètes et effectives de son utilisation, la Commission pourrait alors déterminer si cette aide ne relève pas des paragraphes 1 à 6 de l'article 4.

60. C'est à ce dernier type de contrôle que s'est livrée la Commission qui a conclu que « ... COSCO n'est pas une société qui *a besoin* d'une aide au développement pour contribuer au développement général de la Chine » [50].

61. Ce faisant, a-t-elle ajouté, à tort, une condition à celles posées par l'article 4, paragraphe 7, de la septième directive pour l'octroi des aides au développement?

62. Certes, « ... un acte de portée générale ne peut pas être modifié implicitement par une décision individuelle » [51]. Il est donc exclu que par sa décision la Commission ajoute une condition ou même un critère à ceux énumérés par la directive pour l'attribution des aides au développement.

63. Nous pensons que quelles que soient les maladresses de rédaction de la décision de la Commission (qui évoque, dans les versions française, italienne, portugaise, espagnole et

47 — Précitée note 12, voir sp. p. 5.

48 — Décision attaquée, II.

49 — Et notamment: le projet ne peut-il être financé par d'autres moyens venant du marché (cash flow)?

50 — Décision attaquée, VI, troisième alinéa, point 2, souligné par nous.

51 — Arrêt du 24 mars 1993, CIRFS e.a./Commission (C-313/90, Rec. p. I-1125, point 44). Voir également le point 130 des conclusions de l'avocat général M. Lenz.

néerlandaise, le *critère* [52] de nécessité), tel n'a pas été le cas.

64. La Commission a vérifié si l'aide envisagée *poursuivait un objectif de développement spécifique*, ce qui est précisément ce que lui demande le Conseil. La version allemande de l'article 4, paragraphe 7, deuxième alinéa, de la septième directive est sans ambiguïté à cet égard: « Die Kommission prüft, welches besondere Entwicklungs*ziel* mit der geplanten Beihilfe verfolgt wird... ». La version italienne est encore plus explicite: « (La) Commissione ... verifica la specifica *finalità* di 'sviluppo' contenuta nell'aiuto prospettato... » [53].

65. Constatant notamment que COSCO était en mesure de s'autofinancer et de renouveler sa flotte dans les conditions normales du marché, elle en a conclu que cette aide ne poursuivait pas un tel objectif et ne relevait pas de l'article 4, paragraphe 7 [54]: *le même objectif de développement peut être atteint sans aide d'État (et donc sans les distorsions de concurrence que provoque immanquablement celle-ci).*

66. En procédant à ce contrôle de proportionnalité, la Commission a pu vérifier que le projet d'aide n'entrait pas dans le champ d'application de l'article 4, paragraphe 7, (sans pour autant prétendre qu'il relevait de celui des autres paragraphes du même article). De plus, elle a respecté la ratio legis de la directive qui vise la limitation des aides constituant des exceptions à la règle de libre concurrence. Elle est également restée dans le cadre des pouvoirs qui sont les siens en la matière: passer du général au particulier et vérifier s'il y a *effectivement* une aide au développement lorsque celle-ci est exigée.

67. Le pouvoir d'appréciation reconnu à la Commission ne doit-il pas précisément lui permettre de refuser de déclarer compatible une aide donnée, au motif que son destinataire n'en a nul besoin et qu'elle n'est pas nécessaire pour atteindre les objectifs fixés par l'article 92, paragraphe 3, sous a), b) ou c), ou ceux d'une directive du Conseil?

68. Souvenons-nous des conclusions de l'avocat général M. Capotorti sous l'arrêt du 17 septembre 1980, Philip Morris [55]:

« ... il n'y a pas de raison de déroger à l'interdiction des aides d'État si un investissement déterminé ... peut être également effectué indépendamment de ce bénéfice » [56].

52 — Ce terme n'est pas mentionné dans les versions allemande, anglaise et grecque.

53 — Souligné par nous.

54 — Décision attaquée, VI.

55 — Précité note 16.

56 — p. 2701.

69. Dans cet arrêt, vous avez considéré que la Commission avait estimé à bon droit qu'une aide accordée sur le fondement de l'article 92, paragraphe 3, devait être *nécessaire* pour pouvoir être déclarée compatible [57].

70. La légitimité d'une telle exigence est consacrée — parfois de façon implicite, il est vrai — par votre jurisprudence.

71. Ainsi, dans l'arrêt du 21 mars 1991, Italie/Commission [58], vous avez approuvé la décision 89/43/CEE par laquelle la Commission a constaté que les aides accordées au groupe ENI-Lanerossi sous forme d'injection de capitaux dans ses filiales fabriquant des vêtements pour hommes étaient incompatibles avec le marché commun. Vous avez jugé que cette institution avait considéré, à juste titre, au terme d'une analyse extrêmement précise, que les aides en cause n'étaient pas aptes à atteindre les objectifs communautaires concernant les aides sectorielles à l'industrie du textile ni à répondre aux orientations régissant les aides au sauvetage d'entreprise et ne pouvaient, par conséquent, bénéficier de l'une des dérogations prévues à l'article 92, paragraphe 3 [59].

72. Citons encore la décision relative à la subvention d'investissement accordée à Deufil pour produire des fils de polyamide par laquelle la Commission a refusé de faire application de l'article 92, paragraphe 3. Vous l'avez approuvée en relevant que,

« En estimant que l'octroi d'une aide à un investissement qui augmente les capacités de production dans un secteur déjà largement excédentaire est contraire à l'intérêt commun et qu'une telle aide n'est pas de nature à favoriser le développement économique de la région en cause, la Commission n'a d'aucune manière dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation » [60].

73. Est également significatif un autre arrêt du 21 mars 1991, Italie/ Commission [61], dans lequel la République italienne faisait valoir que les aides octroyées à Alfa Romeo relevaient de l'article 92, paragraphe 3, sous a), (puisque destinées à favoriser le développement économique du Mezzogiorno), ou c), (puisque tendant à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques). Vous avez rejeté ce moyen au motif que

« ... les apports de capitaux incriminés constituaient des aides de sauvetage qui, à défaut

57 — Points 17 et 26.
58 — Précité note 26.
59 — Voir les points 30 à 39 de l'arrêt.
60 — Arrêt du 24 février 1987, Deufil/Commission (310/85, Rec. p. 901, point 18).
61 — C-305/89, Rec. p. I-1603.

de véritable plan de restructuration, n'étaient pas susceptibles de réaliser l'objectif d'un développement durable de régions dans lesquelles sévit un grave sous-emploi ou de certaines activités ou de certaines régions économiques » [62].

74. La méthodologie de la Commission a pu être résumée en ces termes:

« ... une aide déterminée ne sera déclarée compatible que lorsqu'elle contribue à atteindre un des objectifs de développement visés par l'article 92, paragraphe 3, et lorsqu'il est prouvé que, sans l'intervention des pouvoirs publics, le libre jeu des forces du marché ne serait pas capable, à lui seul, d'atteindre les objectifs en question. En revanche, l'autorité communautaire n'autorisera pas des aides qui ne sont ni *nécessaires* ni *proportionnées* à la réalisation de tels objectifs » [63].

75. La notion de nécessité est consubstantielle à celle d'aide. Ainsi, en amont du contrôle de proportionnalité de l'article 92, paragraphe 3, lorsqu'il s'agit de qualifier une intervention de l'État dans les entreprises publiques, vous avez appliqué, dans nombre de vos décisions, le *principe de l'investisseur privé en économie de marché* [64]: l'intervention des pouvoirs publics dans le capital d'une entreprise n'est pas une aide au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité lorsque, dans des circonstances similaires, un investisseur privé, guidé par des perspectives de rentabilité, aurait pu être amené à procéder à des apports de capitaux de même importance. Ceci ne revient-il pas à dire qu'il n'y a aide publique qu'en l'absence d'alternative de financement par un investisseur privé, donc en cas de nécessité?

76. Une autre raison impose le contrôle de la nécessité de l'aide. La directive ne vise pas seulement l'article 92, paragraphe 3, sous d). *Elle se fonde également sur l'article 113 du traité.*

77. Comme le rappelle la Commission, la politique commerciale de la Communauté, qui inclut le régime des aides à l'exportation vers les pays tiers [65], relève de la compétence exclusive de la Communauté. Dès lors, un État membre ne doit pas pouvoir contrecarrer cette politique par de généreuses aides publiques consenties en dehors du cadre

62 — Point 36, souligné par nous.

63 — Roberti, G. M.: « Le contrôle de la Commission des Communautés européennes sur les aides nationales », *AJDA*, 20 juin 1993, p. 397, 407, souligné par nous.

64 — Par exemple, l'arrêt du 21 mars 1991, Italie/Commission, précité note 61, point 23.

65 — Avis du 11 novembre 1975 (1/75, Rec. p. 1355, 1362).

strict défini par la directive du Conseil ou en s'affranchissant des conditions posées par celle-ci.

78. Comme vous le souligniez dans l'avis 1/75:

« L'action unilatérale des États membres risquerait en effet d'aboutir à des disparités, dans les conditions d'octroi du crédit à l'exportation, de nature à fausser la compétition des entreprises des différents États membres sur les marchés extérieurs. Ces effets de distorsion ne peuvent être éliminés qu'au moyen d'une identité rigoureuse dans les conditions de crédit accordées aux entreprises de la Communauté, quelle que soit leur nationalité » [66].

79. Il appartient donc à la Commission, gardienne du traité, de veiller à ce que les États membres se maintiennent dans les limites de la dérogation et ne fassent application de l'article 4, paragraphe 7, que dans les cas où ils consentent une véritable aide au développement. En accordant une aide *non* nécessaire, un État membre contournerait la réglementation communautaire et exercerait une sorte de compétence parallèle que l'article 113 exclut.

80. Enfin, on relèvera que la Communauté s'est assigné comme objectif la suppression totale de l'aide au secteur de la construction navale [67] et que nous sommes ici dans un régime dérogatoire au droit commun de l'incompatibilité des aides. Des dispositions permettant de déclarer une aide compatible sont donc nécessairement d'interprétation restrictive.

81. Nous en concluons que la Commission dispose ici du pouvoir autonome d'apprécier la notion d'aide au développement telle qu'elle figure à l'article 4, paragraphe 7, de la directive et qu'elle n'outrepasse pas ses compétences en vérifiant si l'aide est nécessaire.

82. En constatant que l'aide octroyée n'était pas nécessaire à l'entreprise destinataire et qu'elle ne poursuivait pas, en conséquence, l'objectif d'aide au développement fixé par le Conseil, la Commission disposait d'éléments suffisants pour dire que l'aide ne rentrait pas dans le champ d'application de l'article 4, paragraphe 7, de la septième directive et ne pouvait, dès lors, bénéficier de cette disposition dérogatoire.

83. Si l'on applique ici le principe posé par votre arrêt du 18 mai 1993, Belgique/

66 — Ibidem, p. 1364.

67 — Voir le neuvième considérant de la septième directive.

Commission [68], le non-respect de la condition essentielle pour qu'une aide fondée sur l'article 4, paragraphe 7, puisse être considérée comme compatible avec le marché commun (contribuer au développement) doit entraîner ipso facto son incompatibilité.

84. La Commission a néanmoins poursuivi son raisonnement et relevé que l'octroi de l'aide en cause risquerait de provoquer une double distorsion de concurrence: au préjudice des chantiers navals de la Communauté autres que ceux chargés de la construction des navires d'une part, des armateurs de la Communauté confrontés à la concurrence de COSCO d'autre part.

85. Examinons ces deux points.

86. Il est clair qu'à partir du moment où l'aide envisagée en faveur des trois porte-conteneurs destinés à COSCO ne peut être considérée comme une véritable aide au développement au sens de l'article 4, paragraphe 7, la distorsion de concurrence qu'elle provoque nécessairement dans le marché commun au bénéfice des chantiers de construction concernés ne peut plus être justifiée. Il est symptomatique, à cet égard, que la plainte initiale dirigée contre le projet COSCO émane d'un chantier naval de la Communauté.

68 — Précité note 20, voir les points 32 et 33.

87. La Commission devait-elle également faire état d'un risque de distorsion grave de la concurrence dans le secteur du *transport maritime*, au motif que les navires achetés par COSCO viendront renforcer la position de cet armateur sur des lignes où ceux de la Communauté sont présents?

88. Pareille objection ne nous paraît pas pertinente.

89. En effet, par définition, la directive intègre ce type de risque, inhérent à toute aide au développement qui peut toujours induire un « effet-retour » préjudiciable aux opérateurs communautaires. Ainsi n'impose-t-elle pas que les navires achetés grâce à une aide au développement soient affectés sur des lignes où la concurrence des transporteurs maritimes communautaires n'existe pas. Même s'il s'était agi d'une aide au développement nécessaire à COSCO, ce type de risque aurait existé.

90. Nous ne voyons pas toutefois, dans ce constat de la Commission, un motif d'annulation de sa décision. Superfétatoire, il n'altère pas la motivation principale de la décision: l'absence d'aide véritable au développement.

Sur l'erreur d'appréciation

91. Selon l'État requérant, la décision de la Commission serait entachée d'une erreur d'appréciation dans la mesure où, de manière contradictoire, elle ferait état d'un risque de distorsion grave de la concurrence entre les États membres, tant dans le secteur de la construction navale que dans celui du transport maritime, tout en constatant qu'elle n'est pas en mesure de démontrer que le prix retenu se traduit par une aide aux chantiers navals (point VI, troisième alinéa, sous 1) [69].

92. Le large pouvoir d'appréciation reconnu à la Commission dans le domaine des aides de l'article 92, paragraphe 3, implique un contrôle restreint du juge: « Ce contrôle restreint n'implique pas pour autant une absence de contrôle, puisqu'il comprend celui de l'exactitude matérielle des faits, celui de l'erreur manifeste d'appréciation, celui de l'erreur de droit, celui de la régularité de la procédure et celui du détournement de pouvoir » [70].

93. Quant au risque d'une *distorsion grave de la concurrence* dans une mesure contraire à l'intérêt commun en ce qui concerne les armateurs, nous venons de dire que ce constat était superfétatoire. Observons, à titre surabondant, s'agissant des chantiers navals concernés, que la Commission, sans que la preuve contraire ait été rapportée, a relevé qu'ils avaient pu bénéficier du « niveau le plus élevé des prix du marché en vigueur pour ce type de navire ».

Sur les principes d'égalité, de confiance légitime et de respect des droits de la défense

94. La République fédérale d'Allemagne invoque la violation des principes d'égalité, de confiance légitime et de respect des droits de la défense.

95. La Commission aurait-elle tenu compte de la nécessité de l'aide pour la première fois dans sa décision du 31 juillet 1992 en n'en faisant état, selon la République fédérale d'Allemagne, ni dans sa communication du 3 janvier 1989 portant interprétation de l'article 4, paragraphe 7, de la septième directive, ni dans la communication par laquelle elle a ouvert la procédure d'examen dans cette affaire, ni dans les différents échanges de courriers qui ont précédé l'adoption de la décision en cause?

69 — Recours, point 9.

70 — Biancarelli, J.: « Le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'aides publiques », *AJDA*, 20 juin 1993, p. 412, 423.

96. Il ressort tant des pièces produites en annexe au recours que des débats que la notion de nécessité de l'aide était sous-jacente ou a été évoquée 1) dans la lettre du 22 novembre 1991 qui a donné lieu à la communication [71], 2) lors d'une entrevue préalable à la décision attaquée et qui s'est tenue entre représentants de la Commission et du gouvernement allemand [72], 3) dès la lettre du 3 janvier 1989, dans laquelle la Commission insistait sur l'importance de la vérification de la composante particulière « développement » de l'aide envisagée.

97. L'invocation par la République fédérale d'Allemagne de la violation des principes d'égalité, de confiance légitime et de respect des droits de la défense est étroitement liée à l'absence de l'exigence de nécessité dans les actes de la Commission antérieurs à la décision.

98. Dès lors qu'il est établi que la Commission a fait état de cette notion avant le 31 juillet 1992, les trois derniers griefs n'appellent que de brèves observations.

Sur la violation du principe d'égalité

99. Votre jurisprudence est constante en la matière:

« ... le principe général d'égalité, dont l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité n'est qu'une expression spécifique, est un des principes fondamentaux du droit communautaire. Ce principe veut que les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée » [73].

100. Selon la République fédérale d'Allemagne, la prise en compte d'un critère qui ne figure ni à l'article 4, paragraphe 7, de la septième directive ni dans la lettre du 3 janvier 1989 serait contraire au principe d'égalité et illégale [74].

101. Dès lors que la vérification de la nécessité de l'aide participe de celle de la composante développement, la Commission n'a pu rompre le principe d'égalité en y ayant recours.

71 — « ... la Commission se demande en effet, d'après les informations qu'elle a reçues du marché, si le projet d'aide en faveur du contrat COSCO de construction de navires porte-conteneurs ne représente pas une aide au fonctionnement octroyée aux chantiers navals allemands plutôt qu'une véritable aide à un pays en développement » (JO 1992, C 22, p. 5).

72 — A l'audience, l'agent de la Commission, sans être contredit, a fait état d'une réunion qui s'est tenue le 12 février 1992 et au cours de laquelle les représentants de la DG IV ont exprimé leurs doutes sur le point de savoir si COSCO était une entreprise pouvant bénéficier d'une aide au développement.

73 — Arrêt du 8 octobre 1980, Überschär (810/79, Rec. p. 2747, point 16). Voir également l'arrêt du 16 octobre 1980, Hochstrass/Cour de justice (147/79, Rec. p. 3005).

74 — Point 7 du recours.

102. On relèvera, d'ailleurs, que l'État requérant ne fait état d'aucune procédure d'aide d'État dans le domaine du développement venant fonder ce grief.

Sur la violation du principe de confiance légitime

103. Pour pouvoir utilement invoquer ce principe, la République fédérale d'Allemagne aurait dû démontrer qu'un changement dans la pratique communautaire lui a été préjudiciable.

104. Nous l'avons vu, un tel changement n'a pas eu lieu. La preuve d'une violation de ce principe n'est donc pas rapportée.

Sur la violation du principe de respect des droits de la défense

105. Selon une jurisprudence constante, « ... le respect des droits de la défense dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief à celle-ci constitue un principe fondamental de droit communautaire et doit être assuré même en l'absence d'une réglementation spécifique » [75].

106. Si « ... ce principe exige que l'État membre en cause soit mis en mesure de faire connaître utilement son point de vue sur les observations présentées par des tiers intéressés conformément à l'article 93, paragraphe 2, du traité et sur lesquelles la Commission entend fonder sa décision » [76], il exige également que celle-ci ne retienne dans sa décision que les éléments sur lesquels l'État membre considéré a pu s'expliquer.

107. Il n'a pas été démontré, bien au contraire, que le gouvernement allemand ait été dans l'impossibilité de justifier de la nécessité de l'aide.

108. Comme les deux précédents, ce grief n'est donc pas établi.

75 — Arrêt du 14 février 1990, France/Commission (C-301/87, Rec. p. I-307, point 29). Voir la jurisprudence citée. Voir également l'arrêt du 10 juillet 1986, Belgique/Commission (40/85, Rec. p. 2321, point 28).

76 — Ibidem, point 30.

109. Nous concluons, par conséquent, à l'irrecevabilité du recours en tant qu'il porte sur l'article 1er de la décision, à son rejet pour le surplus, et à ce que les dépens de la présente instance soient mis à la charge de l'État requérant.