



HAL
open science

Aides d'État : l'avenir des EPIC en clair-obscur

Sébastien Brameret

► **To cite this version:**

Sébastien Brameret. Aides d'État : l'avenir des EPIC en clair-obscur. *Revue Lamy de la Concurrence*, 2019, 79, pp.36-38. hal-01982583

HAL Id: hal-01982583

<https://hal.science/hal-01982583v1>

Submitted on 22 Jan 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Aide d'État : l'avenir des EPIC en clair-obscur
Note sous CJUE, 19 sept. 2018, *Commission c/ France et IFP Énergies nouvelles*

Version de travail ; publication : RLC, 2019, en cours

Sébastien BRAMERET

Maître de conférences
Univ. Grenoble Alpes, CRJ, F-38000 Grenoble,

Dans une décision assez attendue rendue le 19 septembre 2018, la Cour de justice de l'Union européenne précise les conditions de qualification d'aide d'État du statut d'établissement public industriel et commercial. Sans remettre totalement en cause l'analyse retenue par Tribunal, elle renforce la portée de la présomption d'aide d'État et renvoie au Tribunal l'appréciation concrète de ladite présomption.

S'il ne s'assombrit pas franchement, l'avenir des établissements publics industriels et commerciaux ne semble pas près de s'éclaircir pour autant. C'est en tout cas ce qui résulte de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne du 19 septembre 2018, dans l'affaire *Commission européenne c/ France et IFP Énergies nouvelles* (C-438/16 P ; *Dr. adm.*, 2018, n° 11, *comm.* 57, note R. Lanneau ; *Europe*, 2018, n° 11, *comm.* 428, note L. Idot ; *Revue générale du droit on line*, 2018, n° 29713, note H. Rassafi-Guibal). Revenant partiellement sur l'analyse rendue par le Tribunal de l'Union européenne (*République française et IFP Énergie c/ Commission européenne*, *Dr. adm.*, 2016, n° 11, *comm.* 60, note R. Lanneau ; *Europe*, 2016, n° 7, *comm.* 246, note L. Idot), la Cour renforce la portée de la présomption d'aide d'État attachée au statut d'établissement public industriel et commercial.

Les faits de l'espèce ne présentaient guère de difficulté de compréhension. L'Institut français du pétrole a été créé en 1919, initialement sous la forme d'une personne morale de droit privé. Après diverses évolutions, la loi du 13 juillet 2005 lui a attribué une personne morale de droit public en le transformant en établissement public industriel et commercial (art. 95 de la L. n° 2005-781 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, JORF 14 juillet 2005), puis la loi du 12 juillet 2010 a changé sa dénomination en IFP Énergies nouvelles, l'IFPEN (art. 81 de la L. n° 2010-788 portant engagement national pour l'environnement, JORF 13 juillet 2010). Ces dispositions sont désormais codifiées aux articles L. 144-2 à L. 144-7 du Code de l'énergie. Le législateur a ainsi marqué son attachement au statut d'EPIC, ce qui est suffisamment rare pour être relevé, dans une période pourtant marquée, depuis la fin des années 1980, par l'essor du phénomène des sociétés (J.-P. Colson, P. Idoux, *Droit public économique*, LGDJ, 9^e éd., 2018, n° 1520) et, plus largement, par la réduction massive de l'étude du secteur public (sur la pratique de la privatisation en France, v. J.-P. Colson, P. Idoux, *préc.*, n° 440-460). Cette transformation apparaît bien isolée et sa pérennité est menacée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans sa décision du 19 septembre 2018, la Cour confirme en effet son analyse classique de l'existence d'une présomption d'incompatibilité du statut d'EPIC avec la réglementation européenne sur les

aides d'État ; elle en précise par ailleurs la portée en étendant la présomption d'incompatibilité.

Une confirmation : la présomption d'incompatibilité du statut d'EPIC avec la réglementation sur les aides d'État

Il est maintenant une chose actée que le droit de l'Union européenne n'est pas réellement compatible avec le statut d'EPIC. Ce n'est pas le statut d'EPIC qui, en tant que tel, pose des difficultés ; mais plutôt les conséquences attachées à la personnalité morale de droit public. Les dérogations au droit de la concurrence que le statut d'EPIC lui confère sont de nature à permettre une qualification de celui-ci d'aide d'État. Plus précisément, ce statut est contraire au droit de l'Union en ce qu'il confère un avantage sélectif à l'entreprise, car le fait que cette dernière « *n'est pas soumise aux procédures ordinaires de redressement et de liquidation a pour conséquence une amélioration de sa position financière par un allègement des charges qui, normalement, grèvent son budget* » (CJUE, 3 avril 2014, préc., point 98 ; CJUE, 19 septembre 2018, préc., point 111). La CJUE reprend une nouvelle fois (et de façon littérale), le raisonnement initié par la Commission et confirme – s'il en était besoin – la place prédominante du principe de neutralité concurrentielle dans la construction européenne (v. R. Lanneau, « La neutralité concurrentielle, nouvelle boussole du droit (public) économique », Dr. adm., 2016, étude 1). La décision est à replacer dans un cadre plus général d'interrogations sur la pérennité du modèle de l'EPIC français.

La Commission a mené des enquêtes concernant des établissements intervenant dans des domaines clairement économiques, tels que le secteur de l'énergie (à propos d'EDF : Décis. Comm. CE, n°2005/145 du 16 décembre 2003, *JOCE*, L. 49/9, 9 février 2005), le secteur postal (à propos de La Poste : Communiqué de la Comm. CE, n° IP/07/1572, 23 octobre 2007) ou encore celui des transports (à propos de la SNCF, v. la Lettre adressée par la Commission le 11 février 2010 et enjoignant l'État de modifier le statut d'EPIC de la SNCF, ref. TREN/A2 BJ-CC/cd D(2010) 53826). Au-delà de ces cas clairement identifiés, la Commission s'est également intéressée à certains établissements dont l'activité est liée à la recherche scientifique et à la formation (à propos du Laboratoire national d'essais : Décis. Comm. CE, n° 2006/5477 du 22 novembre 2006, *JOUE*, L. 95, 5 avril 2007). La décision contestée en l'espèce s'inscrit dans cette catégorie.

La décision de la Commission qualifiant le statut de l'IFP en 2011 d'aide d'État est très classique, tant dans le raisonnement que la Commission déploie que dans les résultats auxquels elle aboutit (Décis. Comm. UE, n° 2012/26/UE, 29 juin 2011, concernant l'aide d'État C 35/08 accordée par la France à l'établissement public IFP, *JOUE*, L. 14/1). Elle s'appuie sur les dispositions de l'article 107 §1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (T.FUE), selon lequel « *sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ». Pour arriver à une telle qualification, la Commission a, en premier lieu, considéré que la transformation de personne privée IFP en EPIC lui a conféré, à la date de cette transformation, « *le bénéfice d'une garantie gratuite, illimitée et implicite de l'État* » (Décis.

Comm. UE, 29 juillet 2011, *préc.*), selon l'expression désormais usuelle, reprise par les juridictions européennes (CJUE, 3 avril 2014, France/Commission, aff. C-559/12 P, *République française c/ Commission européenne*, point 98 : *JCP A* 2014, 2160, note G. Eckert ; *Europe* 2014, comm. 266, note L. Idot ; *Dr. adm.* 2014, comm. 42, note M. Bazex ; *RLC* 2016, n° 55, note E. Glaser). Ce mécanisme de garantie résulte du fait que c'est l'État qui, en dernier ressort, est le garant du paiement des dettes de l'établissement. En deuxième lieu, la Commission a considéré que cette garantie apportait un avantage sélectif à l'IFPEN, dans ses relations avec les institutions bancaires et financières, mais également avec ses fournisseurs et avec ses clients. La sélectivité de l'avantage est liée au fait que les concurrents de l'établissement ne bénéficient pas d'une garantie comparable, étant soumis – par définition – aux aléas économiques et concurrentiels de la vie des affaires. En dernier lieu, la Commission a estimé qu'une telle aide était compatible avec le marché intérieur, sous réserve d'un certain nombre de conditions. C'est sur le deuxième point du raisonnement de la Commission que s'est cristallisé le contentieux dans l'affaire de l'IFPEN.

Une précision : l'extension de la présomption d'incompatibilité du statut d'EPIC avec la réglementation des aides d'État

La décision rendue par le Tribunal de l'Union européenne avait fait naître une lueur d'espoir quant à la portée de la présomption d'incompatibilité du statut d'EPIC avec la réglementation des aides d'État (Trib. UE, 26 mai 2016, aff. jointes T-479/11 et T-157/12 ; *Europe*, 2016, n° 7, comm. 246, note L. Idot ; *Dr. adm.*, 2016, n° 11, comm. 60, note R. Lanneau). Plus précisément, le Tribunal avait affaibli la possibilité d'établir le critère de l'avantage sélectif par voie de présomption, diminuant – de fait – la portée et la force de ce critère. Certes, il reprend à son compte la distinction tripartite établie par la Commission dans son analyse des relations de l'IFPEN avec les institutions bancaires et financières d'abord, les fournisseurs ensuite, les clients enfin. Mais, contrairement à la Commission, il refuse d'étendre la présomption de sélectivité de l'aide au-delà de l'analyse des relations de l'établissement avec les institutions bancaires et financières : « *en tout état de cause, la Commission ne saurait se prévaloir de la présomption simple posée par la Cour aux points 98 et 99 de son arrêt du 3 avril 2014, La Poste (C-559/12 P, EU :C :2014 :217), pour établir l'existence de l'avantage dans les relations entre, d'une part, l'IFPEN et, d'autre part, les fournisseurs et les clients, dans la mesure où cette présomption permet seulement d'établir l'existence d'un avantage prenant la forme de conditions de crédit plus favorables* » (Trib. UE 26 mai 2016, *préc.*, point 142). Pour les juges, la situation des clients et des fournisseurs doit être appréciée séparément et ne peut bénéficier de la présomption d'incompatibilité. Dès lors, « *la Commission n'a pas démontré que, en présence d'une garantie telle que la garantie en cause, les fournisseurs de l'entreprise bénéficiaire de cette garantie étaient susceptibles de lui accorder un traitement plus favorable, notamment en baissant les prix de leurs produits ou de leurs services et en exprimant ainsi leur appréciation plus favorable du risque de défaut de ladite entreprise* » (Trib. UE 26 mai 2016, *préc.*, point 108 pour les fournisseurs ; *id.*, point 115 pour les clients).

Saisie par la Commission, la Cour de justice de l'Union européenne annule l'arrêt du Tribunal et renforce la place de la présomption d'incompatibilité du statut d'EPIC avec la réglementation européenne sur les aides d'État.

En premier lieu, la CJUE rappelle – de façon très limpide – que « *la Commission peut se prévaloir d'une présomption simple selon laquelle l'octroi d'une garantie implicite et illimitée de l'État en faveur d'une entreprise (...) a pour conséquence une amélioration de sa position financière par un allègement des charges qui, normalement grèvent son budget* » (CJUE, 19 septembre 2018, *préc.*, point 111). La Cour en déduit un certain automatisme au profit de la Commission, à qui « *il suffit (...) d'établir l'existence même de cette garantie, sans devoir démontrer les effets réels produits par celle-ci à partir du moment de son octroi* » (*id.*). Elle précise également les modalités de renversement de la présomption d'incompatibilité. La Cour rappelle qu'il ne s'agit que d'une « *présomption simple, et donc réfragable* », mais « *elle ne saurait être pour autant renversée que dans la mesure où il est démontré que, compte tenu du contexte économique et juridique dans lequel s'insère la garantie rattachée au statut de l'EPIC concerné, ce dernier n'a pas obtenu dans le passé et, selon toute plausibilité, n'obtiendra pas dans l'avenir un quelconque avantage économique réel de cette garantie* » (CJUE, 19 septembre 2018, *préc.*, point 117). De fait, la présomption ainsi instituée paraît pour le moins difficile à renverser dans le cas des établissements publics.

En second lieu, la CJUE étend le champ de la présomption simple au-delà des relations de l'établissement public avec les institutions bancaires et financières. Elle relève que « *force est de constater que le Tribunal a commis une erreur de droit lorsqu'il a jugé (...) que la présomption d'existence d'un avantage (...) est confinée aux relations qui impliquent une opération de financement, un prêt ou, plus largement, un crédit de la part du créancier d'un EPIC* » (CJUE, 19 septembre 2018, *préc.*, point 147). La Cour maintient toutefois une distinction dans son appréhension : la présomption n'est automatique que dans les relations avec les institutions bancaires et financières. Pour les autres relations de l'établissement public (avec les fournisseurs et avec les clients), la Commission devra « *examiner, au préalable, si, compte tenu des comportements desdits acteurs, l'avantage que l'établissement peut en tirer est similaire à celui qu'il tire de ses relations avec les institutions bancaires et financières* » (CJUE, 19 septembre 2018, *préc.*, point 149). En effet, « *l'application de ladite présomption aux relations de l'EPIC avec ses fournisseurs et clients ne se justifierait que dans la mesure où de telles conditions plus avantageuses se présentent également dans les relations avec ces derniers sur les marchés intéressés* » (CJUE, 19 septembre 2018, *préc.*, point 150). Dès lors, « *la Commission est tenue de vérifier si les comportements des acteurs sur le marché concerné justifient une hypothèse d'avantage analogue à celle qui se trouve dans les relations de l'EPIC avec les institutions bancaires et financières* » (CJUE, 19 septembre 2018, *préc.*, point 151).

Comme le relève R. Lanneau, « *l'arrêt de la Cour ne laisse pas très optimiste sur l'avenir du statut d'EPIC en France* » (Note sous CJUE 19 septembre 2018, *préc.*). D'ailleurs, le législateur ne s'y est peut-être pas non plus trompé en ce qui concerne la SNCF. Si la loi du 4 août 2014 avait transformé la société publique en EPIC en créant un Groupe public par la réintégration de l'activité de gestion du réseau au sein de l'entreprise et la création d'un EPIC de tête – SNCF – et deux établissements spécialisés – SNCF Mobilités et SNCF Réseau (L. n° 2014_872, *JORF* 5 août 2014 ; Code des transports, art. L. 2110-1, dans sa version en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2020), la loi du 27 juin 2018 procède à la sociétisation du groupe ferroviaire, sans pour autant revenir sur l'appartenance de celui-ci au secteur public (L. n° 2018-515, *JORF* 28 juin 2018 ; Code des transports, art. L. 2110-1, dans sa version en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2020). Il est d'ailleurs étonnant que le législateur n'ait pas profité de ces diverses réformes pour procéder à la sociétisation de la

RATP afin de préparer l'ouverture progressive à la concurrence du transport francilien à l'horizon 2015-2030...