



## Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL  
M. PAOLO MENGOZZI  
présentées le 27 juin 2013<sup>1</sup>

**Affaire C-284/12**

**Deutsche Lufthansa AG  
contre  
Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH**

[demande de décision préjudicielle formée par l'Oberlandesgericht Koblenz (Allemagne)]

«Aides d'État — Avantages octroyés par une entreprise publique exploitant un aéroport à une compagnie aérienne à bas coûts — Décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen — Obligation éventuelle des juridictions des États membres de se conformer à l'appréciation de la Commission concernant l'existence d'une aide»

1. Dans la présente affaire, l'Oberlandesgericht Koblenz (Allemagne) a déféré à la Cour certaines questions préjudicielles portant sur l'interprétation des articles 107, paragraphe 1, TFUE et 108, paragraphe 3, TFUE. Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'une action intentée par Deutsche Lufthansa AG (ci-après «DL») à l'encontre de Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH (ci-après «FFH»), la société à capital majoritairement public assurant la gestion de l'aéroport de Frankfurt-Hahn (ci-après l'«aéroport de F-H»), en vue d'obtenir, entre autres, la récupération des aides présumées que la défenderesse aurait octroyées à Ryanair Ltd (ci-après «RA») sous forme de redevances aéroportuaires et autres conditions contractuelles préférentielles. D'une part, l'Oberlandesgericht Koblenz demande si, lors de la détermination de l'existence d'une aide d'État aux fins de l'application de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, il est lié par la décision de la Commission européenne d'ouvrir la procédure formelle d'examen portant sur les mesures visées dans le litige au principal. D'autre part, il interroge la Cour sur la condition de sélectivité des aides au sens de l'article 107 TFUE.

2. Dans l'ordonnance de renvoi, l'Oberlandesgericht Koblenz observe que le litige au principal s'inscrit dans une série d'actions intentées devant les juridictions allemandes par des concurrents de compagnies aériennes dites «low cost» (à bas coûts) et qui ont pour objet les subventions alléguées dont ces dernières auraient bénéficié de la part des gestionnaires publics de plusieurs aéroports situés en Allemagne<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> — Langue originale: l'italien.

<sup>2</sup> — L'une de ces actions, intentée par Air Berlin contre l'aéroport de Lübeck, est à l'origine d'un autre renvoi préjudiciel, cette fois à l'initiative du Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht (affaire pendante C-27/13), dans lequel est également soulevée la question de la marge d'autonomie dont dispose le juge national pour apprécier l'existence d'une aide lorsque la Commission a parallèlement ouvert une procédure formelle d'examen au sens de l'article 108, paragraphe 2, TFUE.

## I – Procédure au principal et questions préjudicielles

3. Le 26 novembre 2006, DL a saisi le Landgericht Bad Kreuznach en dénonçant une série de pratiques commerciales que FFH aurait mises en œuvre au profit de RA et qui constituaient selon elle des aides d'État non notifiées, concédées en violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE. Elle a fait valoir, en substance, que les redevances aéroportuaires adoptées par FFH en 2001 et en 2006 étaient fixées sur la base de contrats précédemment conclus avec RA, assurant plus de 95 % du trafic de passagers de l'aéroport de F-H, et contenaient des conditions favorisant, de fait, cette compagnie aérienne. Plus précisément, RA aurait bénéficié de tarifs particulièrement bas grâce à des redevances réduites calculées en fonction du nombre de passagers transportés, et d'une subvention qualifiée de «marketing support» («soutien à la commercialisation»), accordée en cas d'ouverture de nouvelles lignes<sup>3</sup>. Ces mesures auraient été octroyées en dépit du fait que FFH continuait à enregistrer des pertes. DL a demandé que soit ordonnée la récupération des sommes versées à RA au titre du soutien à la commercialisation entre 2002 et 2005, et de celles correspondant aux réductions des redevances dont celle-ci aurait bénéficié en 2003 à la suite de l'application du barème adopté par FFH pour l'année 2001<sup>4</sup>, ainsi que la cessation de toute aide future au profit de RA.

4. Le 16 mai 2007, le Landgericht Bad Kreuznach a rejeté la demande de DL pour défaut de fondement<sup>5</sup>. Le pourvoi formé par cette dernière devant l'Oberlandesgericht Koblenz a lui-même été rejeté aux termes d'un arrêt rendu le 25 février 2009. Le 10 février 2011, le Bundesgerichtshof, saisi par DL, a annulé cet arrêt et a renvoyé l'affaire devant l'Oberlandesgericht Koblenz afin qu'il se prononce sur l'existence d'une violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE.

5. Le 17 juin 2008, la Commission a décidé d'ouvrir la procédure formelle d'examen au sens de l'article 108, paragraphe 2, TFUE, en ce qui concerne les éventuelles aides d'État concédées par la République fédérale d'Allemagne à FFH et à RA<sup>6</sup>. Parmi les mesures visées par la décision figurent la réduction des redevances et taxes aéroportuaires ainsi que des dispositions spécifiques en matière de commercialisation au profit de RA.

6. Le 4 janvier 2012, l'Oberlandesgericht Koblenz a adressé à la Commission une demande d'avis au titre du point 3.2 de la communication de la Commission relative à l'application des règles en matière d'aides d'État par les juridictions nationales<sup>7</sup> (ci-après la «communication»). Il ressort des observations présentées à la Cour que cette demande portait sur l'octroi du soutien à la commercialisation, une prétendue aide au démarrage et la réduction des taxes aéroportuaires sur la base des redevances de 2006. L'Oberlandesgericht Koblenz a demandé en substance si ces mesures étaient imputables à l'État<sup>8</sup> et si elles étaient sélectives. La Commission a répondu par un avis du 29 février 2012 dans lequel, rappelant la jurisprudence de la Cour, elle a soutenu, à titre préliminaire, que l'Oberlandesgericht Koblenz n'était pas, en l'espèce, tenu d'apprécier l'existence d'aides d'État, dès lors qu'il pouvait se fonder sur la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen pour tirer toutes les conséquences découlant de la violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE. Par ailleurs, elle a relevé à cet égard une divergence entre l'approche du Bundesgerichtshof et la jurisprudence de la Cour. S'agissant de la question posée par l'Oberlandesgericht Koblenz, la Commission a précisé que les mesures en question étaient à la fois imputables à l'État et sélectives.

3 — Sur la base de ce qu'a affirmé DL dans ses observations, cette subvention aurait été calculée non pas en fonction du nombre de passagers sur la nouvelle ligne, mais en fonction du nombre total de passagers transportés par la compagnie en question.

4 — Selon DL, ces réductions représenteraient un montant de 2,679 millions d'euros.

5 — La décision portait sur l'application de l'article 823, paragraphe 2, premier alinéa, BGB, et la possibilité de qualifier l'article 108, paragraphe 3, TFUE comme étant une disposition protégeant la requérante.

6 — Aide d'État C 29/08 (ex NN 54/07) – Allemagne – Flughafen Frankfurt-Hahn et Ryanair (JO 2009, C 12, p. 6).

7 — JO 2009, C 85, p. 1.

8 — Cette question portait plus spécifiquement sur les mesures accordées sur la base du contrat conclu entre FFH et Ryanair en 2001, alors que le conseil de surveillance de FFH n'était pas majoritairement constitué de représentants des pouvoirs publics.

7. Estimant, contrairement à ce que suggérait la Commission dans son avis, qu'il y avait lieu de déterminer si les mesures en cause constituent des aides d'État, l'Oberlandesgericht Koblenz a décidé de surseoir à statuer et de déférer à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Une décision non contestée de la Commission d'ouvrir la procédure formelle d'examen prévue à l'article 108, paragraphe 3, deuxième phrase, TFUE a-t-elle pour conséquence qu'une juridiction nationale saisie d'une demande tendant à la récupération des versements effectués et à la cessation de tout versement est liée par l'opinion exprimée par la Commission dans la décision d'ouverture en ce qui concerne la question de savoir si la mesure litigieuse peut être qualifiée d'aide?

2) En cas de réponse négative à la première question:

Lorsqu'une entreprise publique, telle qu'entendue à l'article 2, sous b), i), de la directive 2006/111/CE [<sup>9</sup>] [...] (ci-après la 'directive sur la transparence'), exploite un aéroport, les mesures adoptées par cette entreprise peuvent-elles être qualifiées, au regard de la réglementation relative aux aides d'État, de mesures sélectives au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE du simple fait qu'elles ne bénéficient qu'aux entreprises de transport aérien qui utilisent l'aéroport?

3) En cas de réponse négative à la deuxième question:

a) Le critère de la sélectivité doit-il être considéré comme non rempli lorsque l'entreprise publique exploitant l'aéroport accorde, de manière transparente, les mêmes conditions à l'ensemble des compagnies aériennes qui décident d'utiliser l'aéroport?

b) En va-t-il également ainsi lorsque l'exploitant de l'aéroport a opté pour un modèle commercial déterminé (en l'espèce: une coopération avec des compagnies aériennes à bas coûts) et que les conditions d'utilisation, adaptées à cette clientèle, n'attirent pas de la même façon l'ensemble des compagnies aériennes?

c) Une mesure doit-elle en tout état de cause être considérée comme sélective lorsqu'une compagnie aérienne représente l'essentiel du trafic de passagers de l'aéroport pendant de nombreuses années?»

8. Par lettre du 18 juin 2012, la juridiction de renvoi a informé la Cour que la requérante au principal avait introduit un recours en annulation contre l'ordonnance de renvoi.

## II – Procédure

9. Outre les parties au litige au principal, les gouvernements allemand, polonais, belge et néerlandais, ainsi que la Commission, ont présenté des observations écrites. DL, FFH, RA, les gouvernements allemand et belge, ainsi que la Commission, ont été entendus lors de l'audience du 11 avril 2013.

9 — Directive de la Commission, du 16 novembre 2006, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (JO L 318, p. 17).

### III – Analyse

#### A – *Sur la recevabilité du renvoi préjudiciel*

10. Quoique incontestablement sommaire, la description du contexte juridique et factuel dans lequel s'inscrivent les questions préjudicielles, évoquée dans l'ordonnance de renvoi de l'Oberlandesgericht Koblenz, est selon moi suffisante pour permettre à la Cour de fournir une réponse utile à cette juridiction et elle répond donc aux exigences posées par la jurisprudence<sup>10</sup>. Par conséquent, il y a lieu de rejeter le moyen d'irrecevabilité du renvoi préjudiciel soulevé par DL dans ses observations.

#### B – *Sur la première question préjudicielle*

11. Par la première question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande en substance à la Cour si le juge national devant lequel est invoquée la violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, dans le cadre d'une action tendant à obtenir la suspension des aides prétendues illégales et la récupération de celles qui ont été déjà versées, est lié par l'appréciation des mesures en cause effectuée par la Commission dans la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen, nonobstant le fait qu'une telle appréciation ne revêt qu'un caractère provisoire. Cette juridiction estime qu'en cas de réponse positive le pouvoir de contrôle des juges nationaux serait extrêmement restreint et elle observe que les juridictions suprêmes allemandes se sont exprimées de façon négative à cet égard, en se fondant notamment sur les arrêts de la Cour du 5 octobre 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich*<sup>11</sup>, et du 11 juillet 1996, *SFEI e.a.*<sup>12</sup>. En outre, elle relève que, à supposer que les juges nationaux soient admis à apprécier de façon autonome la nature des mesures en question, y compris après l'ouverture de la procédure formelle d'examen et pendant son déroulement, le risque de décisions divergentes pourrait être évité en sollicitant un avis auprès de la Commission ou en interrogeant la Cour à titre préjudiciel.

12. L'approche exprimée par les juridictions suprêmes allemandes, partagée par la juridiction de renvoi, tire son fondement du rôle que la Cour reconnaît aux juges nationaux pour assurer le respect de l'obligation qui incombe aux États membres au titre de l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE de ne pas mettre à exécution des mesures d'aide projetées avant que la Commission n'ait adopté une décision finale à cet égard.

13. Il est notoire que l'effet direct de cette disposition (plus précisément de l'article 93, paragraphe 3, dernière phrase, CE, alors en vigueur) est reconnu depuis le célèbre arrêt *Costa*<sup>13</sup>. La Cour a ultérieurement précisé que l'obligation de non-exécution prévue par cette disposition – et, partant, la protection que les particuliers peuvent invoquer devant les juges nationaux en vertu de son effet direct – porte non seulement sur les projets d'aides notifiés à la Commission, ainsi qu'il résulte expressément du traité, mais également sur toute mesure d'aide que l'État membre envisage de mettre en œuvre, y compris en l'absence de notification préalable, et elle s'étend à l'ensemble de la période au cours de laquelle l'interdiction reste en vigueur<sup>14</sup>.

10 — Voir, entre autres, arrêt du 31 janvier 2008, *Centro Europa 7* (C-380/05, Rec. p. I-349, points 47 à 49).

11 — C-368/04, Rec. p. I-9957.

12 — C-39/94, Rec. p. I-3547.

13 — Arrêt du 15 juillet 1964 (6/64, Rec. p. 1141); voir également, entre autres, arrêts du 11 décembre 1973, *Lorenz* (120/73, Rec. p. 1471, point 8); du 22 mars 1977, *Steinike & Weinlig* (78/76, Rec. p. 595, point 14); du 21 novembre 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon* (C-354/90, Rec. p. I-5505, point 11, ci-après l'«arrêt FNCE»), et *SFEI e.a.*, précité (point 39).

14 — Arrêt *Lorenz*, précité (point 8).

14. Afin de leur permettre de garantir une protection appropriée des personnes lésées par la violation de l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE, la Cour a reconnu aux juges nationaux le pouvoir d'interpréter et d'appliquer la notion d'aide, en particulier aux fins de déterminer s'il y a lieu de soumettre une mesure étatique adoptée sans notification préalable à la procédure de contrôle prévue par le traité<sup>15</sup>.

15. La protection offerte aux particuliers dans le cadre d'une procédure nationale participe au bon fonctionnement du système de contrôle des aides d'État prévu par le traité<sup>16</sup> en contribuant à en garantir les effets, eu égard notamment à l'absence, dans le chef de la Commission, d'une compétence pour exercer des pouvoirs coercitifs directs à l'encontre des bénéficiaires des aides. Le caractère central du rôle assigné aux juridictions nationales dans le cadre de ce système est affirmé sans hésitation par la Commission elle-même dans la communication – ainsi que dans le plan d'action dans le domaine des aides d'État<sup>17</sup> qui l'a précédée –, d'où ressort notamment la tendance vers un renforcement de ce rôle et la promotion du recours au «private enforcement», en particulier par les entreprises concurrentes des bénéficiaires d'aides<sup>18</sup>.

16. Dans ce contexte, les juges nationaux et la Commission remplissent donc des rôles distincts, mais complémentaires<sup>19</sup>. Il appartient en particulier aux juridictions nationales de garantir aux justiciables qui sont en mesure de se prévaloir de la méconnaissance de l'obligation prévue à l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE que toutes les conséquences en seront tirées, conformément à leur droit national, tant en ce qui concerne la validité des actes comportant mise à exécution des mesures d'aide, que le recouvrement des soutiens financiers accordés au mépris de cette clause de suspension<sup>20</sup>. Dès lors, les mesures dont disposent les juridictions nationales comprennent la suspension du paiement de l'aide illégale<sup>21</sup>, la récupération de celle-ci<sup>22</sup> et de ses intérêts<sup>23</sup>, la réparation des dommages<sup>24</sup> et l'adoption de mesures provisoires<sup>25</sup>.

17. Il ressort de ce qui précède, d'une part, que la protection que les juges nationaux sont tenus de garantir aux particuliers sert la *finalité* poursuivie par l'obligation de non-exécution prévue à l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE et, d'autre part, que l'étendue de ladite protection dépend de la *portée* d'une telle obligation. J'examinerai ci-après, l'un après l'autre, les deux éléments que sont la finalité et la portée de l'obligation de non-exécution (voir sections 1 et 2 ci-dessous), afin de déterminer les limites de la compétence conférée aux juges nationaux en vertu de l'effet direct reconnu à l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE (voir section 3 ci-dessous).

15 — Arrêts du 30 novembre 1993, Kirsammer-Hack (C-189/91, Rec. p. I-6185, point 14); Steinike & Weinlig, précité (point 14); SFEI e.a., précité (point 49), et FNCE, précité (point 10).

16 — Voir, en ce sens, arrêt FNCE, précité (point 8).

17 — COM(2005) 107 final.

18 — Voir notamment points 1.1, 1.5 et 24 de la communication.

19 — Voir arrêts SFEI e.a., précité (point 41); du 21 octobre 2003, van Calster e.a. (C-261/01 et C-262/01, Rec. p. I-12249, point 74); Transalpine Ölleitung in Österreich e.a., précité (point 37), et du 8 décembre 2011, Residex Capital IV (C-275/10, Rec. p. I-13043, point 26).

20 — Arrêts FNCE, précité (point 12); SFEI e.a., précité (point 40); van Calster e.a., précité (point 64); du 21 juillet 2005, Xunta de Galicia (C-71/04, Rec. p. I-7419, point 49); du 12 février 2008, CELF et ministre de la Culture et de la Communication (C-199/06, Rec. p. I-469, point 45, ci-après l'«arrêt CELF I»), et Residex Capital IV, précité (point 29). Voir, également, point 30 de la communication.

21 — Voir notamment arrêt FNCE, précité (point 12), et communication, point 2.2.1.

22 — Voir notamment arrêts précités Xunta de Galicia (point 49); SFEI e.a. (points 40 et 68), et FNCE (point 12). Voir également communication (point 2.2.2).

23 — Voir notamment arrêt CELF I, précité (points 53 à 55), et communication (point 2.2.3).

24 — Voir, notamment, arrêts CELF I, précité (points 53 à 55); Transalpine Ölleitung in Österreich, précité (point 56); du 11 décembre 2008, Commission/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, Rec. p. I-9465, point 54), ainsi que communication (point 2.2.4).

25 — Voir, notamment, arrêts précités SFEI e.a. (point 52) et Transalpine Ölleitung in Österreich (point 46). Voir points 26 et suiv. de la communication.

1. Sur la finalité de l'obligation de non-exécution prévue à l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE

18. L'article 108, paragraphe 3, première phrase, TFUE prévoit à charge des États membres l'obligation de notifier les projets visant à instituer ou à modifier des aides. Lorsque, après un premier examen préliminaire, la Commission estime que le projet notifié n'est pas compatible avec le marché intérieur, elle ouvre la procédure formelle d'examen visée à l'article 108, paragraphe 2, TFUE [article 108, paragraphe 3, deuxième phrase, TFUE, et article 4, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant application de l'article 93 du traité CE (JO L 83, p. 1)]. Comme nous l'avons vu, la dernière phrase de l'article 108, paragraphe 3, TFUE interdit à l'État membre intéressé de mettre à exécution les mesures projetées avant que la procédure n'ait abouti à une décision finale de la Commission<sup>26</sup>.

19. La Cour a déjà eu l'occasion de préciser que l'interdiction prévue par cette disposition « vise à garantir que les effets d'un régime d'aides ne se produisent pas avant que la Commission n'ait eu un délai raisonnable pour examiner le projet en détail et, le cas échéant, entamer la procédure prévue au paragraphe 2 de ce même article »<sup>27</sup>, instituant de la sorte un « contrôle préventif sur les projets d'aides nouvelles »<sup>28</sup>.

20. Outre cette fonction, dont le caractère est plus spécifiquement d'ordre *procédural*, la Cour a également reconnu à l'interdiction en question une fonction *substantielle*, qui consiste à « garantir qu'une aide incompatible *ne sera jamais mise à exécution* »<sup>29</sup>. Cette fonction, à laquelle la Cour attribue, dans l'arrêt CELF I, un caractère « conservatoire », est dans un premier temps assurée « provisoirement », au moyen de l'interdiction qu'elle édicte pendant la durée de la procédure de contrôle et, dans un second temps, définitivement, lorsqu'une décision négative est adoptée à l'issue d'une telle procédure<sup>30</sup>. L'objectif de « prévention » qui sous-tend l'obligation de non-exécution est donc initialement poursuivi en différant la mise en œuvre de l'aide projetée jusqu'à ce que le doute sur sa compatibilité avec le marché intérieur soit levé<sup>31</sup>. Dans ce contexte, il appartient aux juges nationaux de garantir, jusqu'à la décision finale de la Commission, les droits des justiciables face à une « méconnaissance éventuelle », par les autorités étatiques, de l'interdiction visée à l'article 108, paragraphe 3, TFUE<sup>32</sup>, en prévoyant la récupération intégrale des aides versées en violation de ladite interdiction. Comme la Cour l'a ultérieurement précisé dans l'arrêt CELF II, « l'objet de la mission des juridictions nationales est [...] de prononcer les mesures propres à remédier à l'illégalité de la mise à exécution des aides, afin que le bénéficiaire ne conserve pas la libre disposition de celles-ci pour le temps restant à courir jusqu'à la décision de la Commission »<sup>33</sup>.

21. À cet égard, il est intéressant de noter que l'obligation qui incombe au juge d'ordonner la récupération d'une aide illégale, à savoir une aide mise en œuvre en violation de l'obligation de non-exécution, cesse après que la Commission, levant les doutes précédemment formulés, a constaté sa compatibilité avec le marché intérieur. Comme la Cour l'a en effet précisé dans l'arrêt CELF I, précité, la mise en œuvre d'une aide compatible ne se heurte pas à l'objectif poursuivi par l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE, qui consiste à prévenir la mise à exécution des seules aides incompatibles<sup>34</sup>. À l'inverse, cette mise en œuvre est contraire à la fonction plus spécifiquement procédurale de l'interdiction prévue à ladite disposition qui consiste, comme nous l'avons vu, à

26 — Voir, notamment, article 3 du règlement n° 659/1999, intitulé « Clause de suspension ».

27 — Voir arrêts du 14 février 1990, France/Commission (C-301/87, Rec. p. I-307, point 17), et CELF I, précité (point 36).

28 — Voir arrêts précités CELF I (point 37) et Lorenz (point 2).

29 — Voir arrêt CELF I, précité (point 47). C'est nous qui soulignons.

30 — Idem.

31 — Idem (point 48).

32 — Idem (point 38).

33 — Arrêt du 11 mars 2010, CELF et ministre de la Culture et de la Communication (C-1/09, Rec. p. I-2099, point 30, ci-après l'« arrêt CELF II »).

34 — Voir arrêt CELF I, précité (points 47 à 49).

garantir que les effets d'une aide, y compris lorsqu'elle est compatible, ne se produisent pas avant que la Commission ne se soit définitivement prononcée sur celle-ci. Dans ces circonstances, le juge national est par conséquent tenu d'ordonner le recouvrement des intérêts pour la «période d'illégalité», c'est-à-dire à compter du jour où l'aide a été mise à la disposition du bénéficiaire en violation de l'obligation de non-exécution, jusqu'à l'adoption de la décision finale par la Commission.

2. Sur la portée de l'obligation de non-exécution prévue à l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE

22. Tel que précisé par la Cour, le système de contrôle prévu à l'article 108, paragraphe 3, TFUE instaure une obligation de notification préalable «qui, en tant que telle, comporte et implique l'effet suspensif consacré par la dernière phrase de ce paragraphe»<sup>35</sup>.

23. S'il est constant qu'une telle obligation porte uniquement sur des projets visant à instituer ou à modifier des aides, le caractère préventif du système de contrôle instauré par l'article 108, paragraphe 3, TFUE, l'indissociabilité des obligations de notification et des obligations de suspension<sup>36</sup>, ainsi que leur valeur procédurale à peine évoquée, amènent à considérer que l'interdiction d'exécution prévue par la dernière phrase de cette disposition découle automatiquement du fait de la notification. Il s'ensuit que les États membres sont liés par cette obligation pendant toute la durée de la procédure de contrôle<sup>37</sup>, quelle que soit la nature des mesures notifiées et, partant, même si elles ne constituent pas objectivement des aides, éventuellement par ailleurs expressément prévue par le règlement n° 659/1999<sup>38</sup>.

24. Selon moi, cette interprétation reflète la nature et la finalité de la procédure de contrôle des aides prévue par le traité. Permettre à un État membre de se fonder, lors de la mise en œuvre d'une mesure, sur une autre appréciation que celle qui l'a conduit à la notifier à la Commission entraînerait une incohérence et affaiblirait l'effet utile de l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE, en tant que système de «sauvegarde du mécanisme de contrôle institué par [cet] article»<sup>39</sup>. C'est d'autant plus le cas que, en raison de la complexité croissante des interventions publiques dans les marchés, il est souvent objectivement difficile de déterminer si celles-ci contiennent des éléments d'aide, ce qui augmenterait le risque concret, si la clause de suspension n'était pas mise en œuvre au moyen de la notification, d'exécuter des mesures effectivement incompatibles avec le marché intérieur.

25. En l'absence de notification, le déclenchement de l'obligation de non-exécution est en revanche lié à l'existence objective d'une aide d'État: l'État membre qui, sans effectuer une notification préalable à la Commission, met en œuvre une mesure d'aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE viole les obligations qui lui incombent au titre de l'article 108, paragraphe 3, TFUE. Dans la présente affaire, la Cour est concrètement appelée à préciser si un État membre est également tenu, *indépendamment de la nature réelle de la mesure en cause*, de suspendre son exécution jusqu'à l'adoption d'une décision finale par la Commission, lorsque cette dernière, après avoir entamé un examen préliminaire d'office ou à la suite d'une plainte, décide d'ouvrir la procédure formelle d'examen prévue à l'article 108, paragraphe 2, TFUE.

26. Comme la Commission et la requérante au principal, j'estime qu'il y a lieu de répondre à cette question par l'affirmative.

35 — Arrêt du 22 juin 2000, France/Commission (C-332/98, Rec. p. I-4833, point 32).

36 — Idem.

37 — Arrêts du 30 juin 1992, Italie/Commission (C-47/91, Rec. p. I-4145, point 24); SFEI e.a., précité (point 38); Lorenz, précité (point 8), et FNCE, précité (point 11).

38 — Aux termes des articles 4, paragraphe 2, et 7, paragraphe 2, du règlement n° 659/1999, si la Commission constate, après un examen préliminaire ou à l'issue de la procédure formelle d'examen, que «la mesure notifiée ne constitue pas une aide, elle le fait savoir par voie de décision».

39 — Voir arrêt du 22 juin 2000, France/Commission, précité (point 32).

27. L'obligation de suspendre l'exécution d'une mesure faisant l'objet d'une procédure formelle d'examen repose sur l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE tel qu'interprété par la Cour<sup>40</sup> et, comme c'est le cas lorsqu'une notification a eu lieu, elle existe *indépendamment de la nature objective d'aide de la mesure en question*.

28. Cette conclusion résulte de l'analyse de la jurisprudence de la Cour et du Tribunal. Dans l'arrêt du 9 octobre 2001, Italie/Commission<sup>41</sup>, statuant sur l'exception soulevée par la Commission à l'encontre du recours introduit par la République italienne contre la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen portant sur certaines mesures en faveur du groupe Tirrenia di Navigazione, qualifiées d'«aides nouvelles» dans ladite décision, la Cour, citant les arrêts Espagne/Commission (Cenemesa)<sup>42</sup> et Italie/Commission (Italgrani)<sup>43</sup>, a affirmé que, «s'agissant d'une aide en cours d'exécution dont le versement se poursuit et dont l'État membre estime qu'elle constitue une aide existante, la qualification contraire d'aide nouvelle, fût-elle provisoire, retenue par la Commission dans sa décision d'ouvrir la procédure prévue à [l'article 108, paragraphe 2, dernière phrase, TFUE] à l'égard de cette aide *emporte des effets juridiques autonomes*»<sup>44</sup>. Selon la Cour, si «la qualification de l'aide répond à une situation objective qui ne dépend pas de l'appréciation retenue au stade de l'ouverture de la procédure», cette décision implique que, du point de vue de la Commission, «l'aide a été et est illégalement mise en œuvre, en méconnaissance de l'effet suspensif découlant, à l'égard des aides nouvelles, de l'article [108, paragraphe 2, dernière phrase, TFUE]»<sup>45</sup> et «modifie nécessairement la situation juridique de la mesure considérée [...] notamment en ce qui concerne la poursuite de sa mise en œuvre»<sup>46</sup>. En effet, «après son adoption, il existe à tout le moins un doute important sur la légalité de cette mesure, qui, sans préjudice de la faculté de solliciter des mesures provisoires auprès du juge des référés, doit conduire l'État membre à en suspendre le versement, dès lors que l'ouverture de la procédure prévue à l'article [108, paragraphe 2, TFUE] exclut une décision immédiate concluant à la compatibilité avec le marché commun qui permettrait de poursuivre régulièrement l'exécution de ladite mesure»<sup>47</sup>. En ce sens, la décision de mettre en œuvre ladite procédure «a des conséquences directes sur la suspension des mesures»<sup>48</sup> en cause.

29. J'estime qu'il ressort de façon suffisamment claire des passages reproduits ci-dessus que les «effets juridiques autonomes» de la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen évoqués par la Cour, au nombre desquels figure notamment l'obligation de l'État membre de suspendre l'exécution de la mesure, découlent de la qualification de cette dernière en tant qu'«aide nouvelle»<sup>49</sup>. Il ne fait aucun doute, et la Cour l'affirme clairement dans l'arrêt en question, que cette qualification revêt un simple caractère *provisoire*, la Commission pouvant encore conclure, sur la base des informations recueillies au cours de la procédure formelle d'examen, que la mesure en cause ne constitue pas une aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, ou qu'elle constitue une aide existante. Cela étant, tout en qualifiant d'«aide nouvelle» une mesure non notifiée et en cours d'exécution, et décidant à son encontre l'ouverture d'une procédure formelle d'examen, la Commission nourrit à tout le moins des doutes sérieux quant à la légalité de cette mesure et sa compatibilité avec le marché intérieur. Comme l'affirme la Cour, ces doutes sont suffisants pour déclencher le mécanisme de sauvegarde prévu à l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE, et imposer à l'État membre de suspendre l'exécution de la mesure<sup>50</sup>.

40 — Voir point 12.

41 — C-400/99, Rec. p. I-7303.

42 — Arrêt du 30 juin 1992 (C-312/90, Rec. p. I-4117).

43 — Arrêt du 30 juin 1992 (C-47/91, Rec. p. I-4145).

44 — Point 57; c'est nous qui soulignons.

45 — Point 58.

46 — Point 59.

47 — Point 59; c'est nous qui soulignons.

48 — Point 65.

49 — Voir, notamment, arrêt du 10 mai 2005, Italie/Commission (C-400/99, Rec. p. I-3657, point 24).

50 — Voir points 59 et 64.

30. Contrairement à l'interprétation suggérée par FFH, j'estime que la portée de l'arrêt rendu le 9 octobre 2001 dans l'affaire *Tirrenia* dépasse l'hypothèse dans laquelle la qualification de la mesure en tant qu'aide est manifeste, et la divergence de points de vue entre l'État membre intéressé et la Commission concerne uniquement sa nature d'aide existante ou d'aide nouvelle. En effet, le litige à l'origine de cette affaire portait également sur des interventions publiques qui, selon l'État membre requérant, avaient été qualifiées à tort – et, en tout cas, à la suite d'un examen insuffisant – d'aides dans la décision attaquée<sup>51</sup>. Au point 69 de l'arrêt, la Cour a expressément conclu à la recevabilité du recours, y compris en ce qui concerne ces mesures, «pour des raisons analogues à celles évoquées aux points 59 et 60». Dans l'arrêt au fond, rendu le 10 mai 2005, la Cour, d'une part, confirme cette lecture de l'arrêt du 9 octobre 2001<sup>52</sup> et, de l'autre, laisse clairement entendre que les conséquences juridiques d'une décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen sont en substance identiques, tant dans l'hypothèse où des mesures provisoirement qualifiées d'aides nouvelles sont considérées comme des aides existantes par l'État membre intéressé, que dans celle où ce dernier estime qu'elles ne constituent nullement des aides<sup>53</sup>. La Cour a par ailleurs annulé la décision attaquée dans l'affaire qui a donné lieu aux arrêts en question, précisément en tant qu'elle impliquait la suspension, sans discussion préalable avec l'État membre intéressé, de mesures que ce dernier ne considérait pas comme des aides<sup>54</sup> et que la Commission elle-même, dans la décision de clôture partielle de la procédure formelle d'examen, avait implicitement considérées comme ne remplissant pas la condition de sélectivité.

31. En outre, il convient de souligner que le Tribunal a déjà eu l'occasion d'appliquer les principes affirmés dans l'arrêt du 9 octobre 2001, précité, à une situation dans laquelle les mesures visées par l'ouverture de la procédure formelle d'examen n'étaient pas considérées comme des aides par l'État membre concerné<sup>55</sup>. Comme l'affirme à juste titre la Commission dans ses observations écrites, rien ne justifie en effet de distinguer les deux hypothèses.

32. Il résulte de tout ce qui précède que la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen peut impliquer, pour l'État membre intéressé, l'obligation de suspendre des mesures qui ne seraient pas assujetties à la procédure de contrôle prévue à l'article 108, paragraphe 3, TFUE, car ne constituant pas des aides ou constituant des aides existantes. Alors que, dans le cas de mesures relevant de la notion d'aide et d'aide nouvelle, l'obligation de suspension qui résulte de l'ouverture de la procédure formelle d'examen s'ajoute à l'interdiction prévue par la dernière phrase de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, dans le cas de mesures ne relevant pas de cette notion, une telle obligation est nouvelle et résulte de la qualification provisoire retenue dans la décision d'ouverture.

33. Contrairement à ce que semble considérer le gouvernement allemand dans ses observations écrites, le pouvoir de la Commission d'enjoindre à l'État membre intéressé, conformément à l'article 11, paragraphe 1, du règlement n° 659/1999, de suspendre le versement des aides octroyées illégalement n'empêche pas d'affirmer l'existence d'une obligation de suspension visant les mesures soumises à une procédure formelle d'examen en tant qu'effet autonome de la décision d'ouverture de cette procédure. À cet égard, rappelons que l'article 11 du règlement n° 659/1999 constitue une codification des

51 — Voir description des mesures en cause aux points 23 à 26 de l'arrêt, ainsi que point 28.

52 — Au point 9 de cet arrêt reprenant le contenu de l'arrêt du 9 octobre 2001, la Cour affirme que le recours a été jugé recevable au motif que «la Commission a qualifié les mesures en cause d'aides nouvelles illégalement mises en œuvre, alors que le gouvernement italien soutient, pour certaines d'entre elles, qu'il s'agit d'aides existantes [...], et pour d'autres, qu'elles ne comportent pas d'éléments d'aide, ce qui impliquerait que ces mesures n'ont pas à être suspendues, contrairement à ce qui résulte de la décision attaquée».

53 — Voir point 29.

54 — Voir points 31 et 34, ainsi que point 1 du dispositif. Précisons que, dans l'arrêt interlocutoire, la Cour a expressément exclu que la suspension de ces mesures soit le résultat d'une prétendue injonction de suspension figurant dans la décision attaquée.

55 — Voir arrêts du 30 avril 2002, *Government of Gibraltar/Commission* (T-195/01 et T-207/01, Rec. p. II-2309, points 80 à 86); du 23 octobre 2002, *Diputación Foral de Guipúzcoa e.a./Commission* (T-269/99, T-271/99 et T-272/99, Rec. p. II-4217, points 36 à 42), et du 25 mars 2009, *Alcoa Trasformazioni/Commission* (T-332/06, points 33 à 42).

principes consacrés dans l'arrêt *Boussac*<sup>56</sup>, dans lequel la Cour a reconnu ledit pouvoir d'injonction de la Commission dans le but de contrebalancer l'obligation qui lui incombe de procéder à l'examen de la compatibilité des aides non notifiées sans pouvoir se contenter de les déclarer illégales<sup>57</sup>. Contrairement à l'inobservation de l'interdiction d'exécution visée à l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE, laquelle peut uniquement être invoquée devant les juges nationaux, la non-exécution d'une décision de suspension visée à l'article 11 du règlement n° 659/1999 permet à la Commission de saisir directement la Cour sur le fondement de la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, deuxième alinéa, TFUE. Il s'agit par conséquent de deux dispositifs et de deux procédures substantiellement différentes.

34. En outre, FFH et RA ont souligné que le fait de reconnaître un effet suspensif à une décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen léserait les droits de la défense des parties intéressées, au nombre desquelles figure en particulier le bénéficiaire de la mesure en cause, lequel subirait les conséquences de sa suspension sans avoir eu la possibilité de faire valoir son point de vue avant l'adoption de la décision. À cet égard, s'il est vrai que, selon une jurisprudence constante, l'obligation, pour la Commission, de mettre en demeure les intéressés, dont les bénéficiaires de l'aide et les organes dispensateurs de celle-ci, de présenter leurs observations, est prévue dans le seul cadre de la phase d'examen visée à l'article 108, paragraphe 2, TFUE<sup>58</sup>, ces personnes disposent toutefois d'un droit de recours contre la décision par laquelle, à l'issue de la phase préliminaire d'examen, la Commission ouvre la procédure formelle d'examen, droit qui a précisément été reconnu en considération des effets juridiques qu'une telle décision produit. Le fait que, dans le cadre des recours introduits contre ces décisions, étant donné le caractère préliminaire de l'appréciation effectuée par la Commission, le contrôle du juge de l'Union européenne semble limité<sup>59</sup>, dès lors que ce dernier ne peut pas se prononcer définitivement sur l'existence d'une aide, ne viole pas, contrairement à ce qu'affirme FFH, le droit à une protection juridictionnelle appropriée. En effet, étant donné qu'il s'agit d'actes infraprocéduraux, ce contrôle ne peut qu'être limité à vérifier l'existence des conditions qui autorisent le passage à la phase suivante de la procédure, dont la mise en œuvre génère les effets juridiques qui rendent ces actes attaquables.

56 — Arrêt du 14 février 1990, *France/Commission*, précité. Dans cet arrêt, après avoir souligné que le système de contrôle instauré par le traité implique, pour être efficace, l'adoption de mesures destinées à contrecarrer la violation des dispositions de l'article 93, paragraphe 3, CE, alors en vigueur, la Cour a affirmé que, lorsqu'elle constate qu'une aide a été instituée ou modifiée sans avoir été préalablement notifiée ou que, tout en ayant été notifiée, elle a été mise à exécution sans attendre la fin de la procédure formelle d'examen, la Commission a le pouvoir d'enjoindre à l'État membre intéressé, par une décision provisoire, en attendant le résultat de l'examen de l'aide, d'en suspendre sans délai le versement et, dans l'hypothèse où l'État membre ne se conformerait pas à cette décision, de saisir directement la Cour, tout en poursuivant parallèlement l'examen au fond, points 18 à 23.

57 — Voir points 9 à 23.

58 — Voir arrêts du 19 mai 1993, *Cook/Commission* (C-198/91, Rec. p. I-2487, point 22); du 15 juin 1993, *Matra/Commission* (C-225/91, Rec. p. I-3203, point 16); du 2 avril 1998, *Commission/Sytraval et Brink's France* (C-367/95 P, Rec. p. I-1719, point 38); du 13 décembre 2005, *Commission/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum* (C-78/03 P, Rec. p. I-10737, point 34), et du 11 septembre 2008, *Allemagne e.a./Kronofrance* (C-75/05 P et C-80/05 P, Rec. p. I-6619, point 37).

59 — Voir arrêts du 21 juillet 2011, *Alcoa Trasformazioni/Commission* (C-194/09 P, Rec. p. I-6311, point 61), et *Diputación Foral de Guipúzcoa e.a./Commission*, précité (point 49), dans lesquels le contrôle de la Cour est expressément circonscrit à l'erreur manifeste d'appréciation. À titre incident, je note qu'une telle limitation du contrôle de la Cour n'apparaît pas cohérente avec la jurisprudence de cette dernière, selon laquelle le «juge communautaire doit, en principe et compte tenu tant des éléments concrets du litige qui lui est soumis que du caractère technique ou complexe des appréciations portées par la Commission, exercer un entier contrôle en ce qui concerne la question de savoir si une mesure entre dans le champ d'application de l'article [107, paragraphe 1, TFUE]» (voir, en ce sens, entre autres, arrêt du 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, C-487/06 P, Rec. p. I-10515, point 111). Selon moi, il serait davantage conforme à cette jurisprudence de reconnaître que, même dans le cas d'une décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen, le juge de l'Union exerce un contrôle en principe complet, quoique limité à la question de savoir si, compte tenu des informations dont il disposait, la Commission pouvait légalement conclure, à titre provisoire, à l'existence d'une aide ou, à tout le moins, à la subsistance de doutes sérieux à cet égard.

3. Sur l'étendue de la protection que les juges nationaux sont tenus d'accorder aux personnes lésées par une éventuelle violation de l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE

35. Comme nous l'avons vu aux points 22 et 24 ci-dessus, l'obligation de non-exécution prévue à l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE s'impose du fait de la seule notification, lorsque celle-ci a eu lieu. Les juges nationaux sont donc tenus de tirer toutes les conséquences de l'éventuelle inobservation de cette obligation, sans procéder à une évaluation autonome des mesures visées par la notification sur la base de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

36. En revanche, lorsque la mesure n'a fait l'objet d'aucune notification, il incombe aux juges nationaux devant lesquels a été invoqué l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE de vérifier si la mesure en question constitue une aide d'État soumise en tant que telle à l'obligation de non-exécution et, en cas de réponse affirmative, d'ordonner la suspension de tout versement ultérieur et la récupération des aides déjà versées. Comme évoqué au point 14 des présentes conclusions, ceux-ci sont habilités, à cette fin, à interpréter et à appliquer la notion d'aide. Lorsqu'ils éprouvent des doutes sur la qualification de la mesure en cause, ils peuvent soit demander des précisions à la Commission dans le cadre de la coopération instituée par la communication<sup>60</sup>, soit saisir la Cour par voie préjudicielle<sup>61</sup>.

37. Quelle est l'incidence de la décision de la Commission d'ouvrir la procédure formelle d'examen au titre de l'article 108, paragraphe 2, TFUE, sur ce système?

38. La Cour a déjà eu l'occasion de préciser, dans l'arrêt SFEI e.a., précité, que l'ouverture par la Commission d'une procédure d'examen préliminaire *ou de la procédure formelle d'examen* ne saurait décharger les juridictions nationales de leur obligation de sauvegarder les droits des justiciables en cas de violation de l'obligation de notification préalable<sup>62</sup>.

39. Selon la juridiction de renvoi et le gouvernement allemand, cet arrêt révèle le pouvoir/devoir des juges nationaux d'interpréter et d'appliquer la notion d'aide *même après l'ouverture de la procédure formelle d'examen*, sans être liés par l'appréciation effectuée par la Commission dans la décision d'ouverture. S'il est vrai que, dans l'arrêt SFEI e.a., la Cour a clairement affirmé la compétence des juges nationaux pour se prononcer sur l'existence d'aides prétendues illégales nonobstant la circonstance que les mesures en cause font parallèlement l'objet d'un examen par la Commission, cette affirmation est toutefois expressément circonscrite à l'hypothèse dans laquelle cette institution *n'a pas encore pris position sur la qualification des mesures en tant qu'aides d'État*<sup>63</sup> et ne concerne pas la situation dans laquelle, comme en l'espèce, une telle prise de position, quoique dans le cadre d'une décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen, est en revanche intervenue. Dès lors, sans préjudice de la compétence des juges nationaux pour adopter les mesures permettant de sauvegarder les droits des particuliers lésés par la violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, même après l'ouverture de la procédure prévue au paragraphe 2 dudit article, l'arrêt SFEI e.a. ne permet pas de tirer de conclusions quant à l'incidence de la décision d'ouverture sur l'exercice de cette compétence.

40. Afin d'apprécier une telle incidence, il convient en revanche de rappeler que l'article 4, paragraphe 3, deuxième et troisième alinéas, TUE impose aux États membres de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du droit de l'Union et de s'abstenir de celles qui sont susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du

60 — Arrêt SFEI e.a., précité (point 50), et communication, section 3.

61 — Arrêt SFEI e.a. (point 51).

62 — Arrêt précité (point 44); voir aussi, en ce sens, arrêts précités Lorenz (point 8) et FNCE (points 10 et 11). Selon la Cour, une interprétation différente priverait d'effet utile l'interdiction prévue à l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE en favorisant sa violation par les États membres [voir arrêt SFEI e.a., précité (point 55)].

63 — Point 53 et dispositif. Comme l'a souligné à juste titre la Commission au cours de l'audience, à la différence de la présente affaire, dans le litige à l'origine de cet arrêt, la Commission avait seulement entrepris un examen préliminaire des mesures en question et, au moment où la demande de décision préjudicielle a été introduite, elle n'avait pas encore ouvert la procédure formelle d'examen prévue à l'article 108, paragraphe 2, TFUE: voir point 11 de l'arrêt et point 7 des conclusions de l'avocat général Jacobs.

traité et que cette obligation s'impose à toutes les autorités des États membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles<sup>64</sup>. Il en découle que la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen lie les juges de l'État membre qui en est destinataire et que, étant amenés à se prononcer sur des mesures destinées à faire l'objet d'une décision ultérieure de la Commission, ces juges doivent éviter d'adopter des mesures définitives susceptibles de s'avérer incompatibles avec celle-ci<sup>65</sup>. Il convient en outre de rappeler que, ainsi que la Cour l'a précisé, aux fins de garantir le respect de l'interdiction d'exécution visée à l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE, il incombe aux juridictions des États membres de prendre pleinement en considération l'intérêt de l'Union<sup>66</sup>.

41. Cela étant, et compte tenu des considérations développées aux points 25 à 34 ci-dessus, il convient de tirer les conclusions suivantes.

42. En vertu de l'effet combiné de l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE et de la qualification en tant qu'aide (nouvelle) de la mesure en cause, l'ouverture de la procédure formelle d'examen comporte l'obligation, pour l'État membre intéressé, de suspendre son exécution à compter de la date d'adoption de la décision d'ouverture jusqu'à l'intervention d'une décision finale, et ce indépendamment de la nature objective de la mesure en cause (voir notamment le point 32 ci-dessus). Par conséquent, les juges nationaux seront tenus d'adopter toutes les mesures nécessaires en vue de garantir le respect de ladite obligation et d'éliminer les conséquences de son éventuelle violation *indépendamment d'une appréciation préalable de la mesure au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE*. Lorsqu'ils éprouvent des doutes sur l'existence des conditions, relatives à la qualification de la mesure en tant qu'aide, qui permettent d'ouvrir la procédure formelle d'examen, ces juges pourront soulever une question préjudicielle en appréciation de validité au sens de l'article 267, premier alinéa, sous b), TFUE<sup>67</sup>.

43. Au cours de la période qui précède l'ouverture de la procédure formelle d'examen, la mise en œuvre de la clause de suspension visée à l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE est en revanche liée à *l'existence objective d'une aide d'État* (voir point 25 ci-dessus). Une éventuelle injonction de récupérer les montants versés *entre la mise à exécution de la mesure en cause et l'ouverture de la procédure* est par conséquent subordonnée à la constatation selon laquelle cette mesure constitue effectivement une aide.

44. Même lorsqu'il se livre à cette appréciation, le juge national doit tenir compte de la décision de la Commission d'ouvrir la procédure au titre de l'article 108, paragraphe 2, TFUE, qui, bien qu'adoptée à la suite d'un examen préliminaire, n'en contient pas moins une *prise de position de cette institution sur l'existence, prima facie, d'une aide*. Cette prise de position doit être considérée comme étant à tout le moins suffisante pour remplir la condition du *fumus boni iuris* permettant d'adopter une mesure provisoire. Dès lors, même s'il estime, contrairement aux conclusions préliminaires de la Commission, que la mesure en cause ne constitue pas une aide, ce juge ne pourra rejeter la demande tendant à obtenir la récupération des montants versés au cours de la période allant de sa mise à exécution à l'ouverture de la procédure formelle d'examen sans préalablement saisir la Cour d'une question préjudicielle en appréciation de validité de la décision d'ouverture au sens de l'article 267, premier

64 — Voir, en ce sens, arrêt du 14 décembre 2000, Masterfoods et HB (C-344/98, Rec. p. I-11369, point 49).

65 — Voir, en ce sens, pour ce qui est de l'application des articles 85 CE et 86 CE, le point 47 de l'arrêt du 28 février 1991, Delimitis (C-234/89, Rec. p. I-935).

66 — Voir arrêt Transalpine Ölleitung in Österreich, précité (point 48).

67 — Indépendamment de toute considération portant sur les limites auxquelles se heurte le juge national pour soulever d'office une question préjudicielle en appréciation de validité lorsque la décision n'a pas été attaquée en temps utile par les sujets de droit à l'encontre desquels elle est invoquée (voir, en ce sens, arrêt du 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a., C-222/04, Rec. p. I-289, points 72 à 74), j'estime que cette question ne saurait être décelée dans la demande de décision préjudicielle faisant l'objet de la présente procédure, ni qu'elle doive être appréciée d'office par la Cour (voir, en ce sens, arrêt du 18 juillet 2007, Lucchini, C-119/05, Rec. p. I-6199, point 56).

alinéa, sous b), TFUE. Il pourra en revanche, lorsque le droit national le permet, décider de ne pas émettre d'injonction de récupération définitive tant que la Commission n'a pas adopté une décision finale et délivrer, en attendant, une injonction provisoire ordonnant le versement des fonds sur un compte bloqué jusqu'à ce qu'il soit statué sur le fond du litige<sup>68</sup>.

45. En tout état de cause, lorsqu'il éprouve des doutes sur la qualification de la mesure, il peut être utile que le juge national consulte la Commission au sens de la section 3 de la communication, dans le double objectif de se renseigner sur l'état d'avancement de la procédure pendante et de demander des éclaircissements, notamment sur la base d'éventuels éléments à sa disposition dont la Commission n'avait pas connaissance au moment où elle a adopté la décision d'ouvrir la procédure. De son côté, la Commission ne saurait se soustraire à cette demande d'avis en se bornant à renvoyer au contenu de ladite décision.

#### a) Conclusion sur la première question préjudicielle

46. Compte tenu des considérations qui précèdent, je suggère à la Cour de répondre à la première question de la manière suivante:

Une juridiction nationale saisie d'une demande tendant à la cessation de tout versement et à la récupération des versements déjà effectués en exécution d'une mesure imputable à l'État et non notifiée au sens de l'article 108, paragraphe 3, première phrase, TFUE, à l'encontre de laquelle la Commission a adopté une décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen prévue à l'article 108, paragraphe 2, TFUE, est tenue d'adopter toutes les mesures nécessaires aux fins de garantir le respect, par les autorités nationales, de l'obligation de suspension qui découle de l'effet combiné de l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE et de la qualification provisoire en tant qu'aide contenue dans la décision précitée, ainsi qu'aux fins d'éliminer les conséquences d'une éventuelle violation de cette obligation. Ces mesures incluent la suspension de l'exécution de la mesure en cause et la récupération des montants déjà versés.

Lorsqu'elle n'est pas d'accord avec la qualification de la mesure en cause effectuée par la Commission dans la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen, cette juridiction, outre qu'elle peut, le cas échéant, saisir la Cour d'une question préjudicielle en appréciation de validité au sens de l'article 267, premier alinéa, sous b), TFUE, pourra décider, lorsque le droit national le permet, de s'abstenir de procéder à la récupération définitive des montants en cause tant que la Commission n'a pas adopté une décision finale et émettre, entre-temps, une injonction de récupération provisoire en ordonnant que ces montants soient versés sur un compte bloqué jusqu'à ce qu'il soit statué sur le fond du litige.

#### C – Sur les deuxième et troisième questions préjudicielles

47. Il ressort de l'ordonnance de renvoi que l'Oberlandesgericht Koblenz ne partage pas l'interprétation de la condition de sélectivité retenue par la Commission dans la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen, ni la conclusion à laquelle cette institution est parvenue en ce qui concerne le caractère sélectif des mesures en cause. Dans ces circonstances, il incombait à la juridiction de renvoi de soulever une question en appréciation de validité de cette décision au sens de l'article 267, premier alinéa, sous b), TFUE. Il résulte cependant de ses deuxième et troisième questions préjudicielles que celle-ci n'a pas envisagé de soulever une telle question, mais plutôt une question d'interprétation au

68 — Voir point 62 de la communication. Une demande en ce sens a été présentée par DL en vue du renvoi préjudiciel, que l'Oberlandesgericht Koblenz a rejetée par ordonnance du 12 juillet 2012.

sens du point a) de cette disposition, par ailleurs subordonnée à une réponse négative de la Cour à la première question préjudicielle. Compte tenu des considérations développées au sujet de cette question, je suggère par conséquent à la Cour de ne pas répondre aux deuxième et troisième questions préjudicielles.

48. Ainsi, les considérations brièvement développées ci-après sont destinées à fournir une source de réflexion pour le cas où la Cour ne partagerait pas les conclusions qui précèdent et déciderait de répondre par la négative à la première question préjudicielle.

49. Par la deuxième question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande en substance à la Cour si les barèmes appliqués par FFH en 2001 et en 2006 doivent être considérés comme étant des mesures sélectives au seul motif qu'ils sont uniquement applicables aux compagnies aériennes qui utilisent l'aéroport de F-H. Par la troisième question préjudicielle, elle demande si, en cas de réponse négative à la deuxième question, la sélectivité peut se déduire d'éléments particuliers qui caractérisent l'affaire au principal. Contrairement à ce qu'avance FH dans ses observations, ces questions sont recevables<sup>69</sup>.

50. J'estime qu'il y a lieu de répondre par l'affirmative à la deuxième question préjudicielle, laquelle doit selon moi être examinée conjointement avec la première branche de la troisième question. La thèse avancée par la juridiction de renvoi, par FFH et par RA revient en substance à nier toute possibilité de qualifier en tant qu'aides d'État les conditions auxquelles une entreprise publique offre ses services lorsque ces conditions s'appliquent indistinctement à tous ses contractants. Or cette thèse aurait pour conséquence d'exclure a priori du mécanisme de contrôle des aides d'État voulu par le traité d'éventuels avantages anticoncurrentiels financés par des ressources publiques et octroyés par le biais d'une entreprise publique à certains opérateurs économiques qui se distinguent par le fait qu'ils entretiennent des relations commerciales avec cette dernière<sup>70</sup>. Comme l'a observé la Commission, à juste titre selon moi, cette exclusion ne semble pas conforme à la jurisprudence de la Cour, selon laquelle les interventions publiques qui concernent indistinctement tous les opérateurs d'un secteur économique déterminé<sup>71</sup> peuvent avoir un caractère sélectif, ni à divers précédents dans lesquels des avantages issus de la fourniture de biens ou de services par des entreprises publiques (ou privées) à des tarifs ou à des conditions identiques pour tous les opérateurs exerçant une activité spécifique ont été considérés comme étant sélectifs<sup>72</sup>.

51. En l'espèce, les prétendus avantages issus de l'application des barèmes en question bénéficient uniquement aux compagnies aériennes qui entrent en relations commerciales avec FFH et, partant, à un cercle limité d'entreprises se situant à l'intérieur du secteur économique concerné. La circonstance, soulignée par FFH, que toute compagnie aérienne qui le souhaite pourrait utiliser l'aéroport de F-H – dont la capacité s'adapterait facilement à un éventuel accroissement de la demande – en bénéficiant ainsi des barèmes pratiqués par celle-ci ne me semble pas revêtir une importance particulière. Le fait que la possibilité de bénéficier des avantages découlant d'un régime déterminé dépend d'une décision

69 — Selon une jurisprudence constante (voir, entre autres, arrêt du 22 décembre 2008, *Régie Networks*, C-333/07, Rec. p. I-10807, point 46), le refus de la Cour de statuer sur une demande formée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit de l'Union n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées. Aucune de ces hypothèses ne se présente en l'espèce.

70 — L'éventuelle solution contraire, à savoir que les conditions auxquelles une entreprise publique offre ses biens ou services constituent toujours des mesures sélectives, ne me semble en revanche poser aucun problème particulier. À l'évidence, cela n'implique pas automatiquement que ces conditions doivent être considérées comme des aides, cette conclusion n'étant envisageable que dans les cas où elles comporteraient des avantages financés par des ressources publiques impliquant une distorsion de la concurrence.

71 — Pour autant qu'elles ne s'appliquent pas à l'ensemble des opérateurs économiques de l'État membre concerné, ces interventions ne constituent pas des mesures générales, voir arrêts du 17 juin 1999, *Belgique/Commission* (C-75/97, Rec. p. I-3671, point 33), et du 15 décembre 2005, *Unicredito Italiano* (C-148/04, Rec. p. I-11137, points 45 à 49).

72 — Voir, par exemple, arrêt du 20 novembre 2003, *GEMO* (C-126/01, Rec. p. I-13769), dans lequel les effets de la mesure en cause, permettant à tous les propriétaires et détenteurs de cadavres d'animaux pesant un certain poids de faire gratuitement appel aux services d'entreprises privées d'équarrissage adjudicataires de marchés, se manifestent essentiellement au profit des éleveurs et des abattoirs (voir points 37 à 39), et arrêt du 2 février 1988, *van der Kooy e.a./Commission* (67/85, 68/85 et 70/85, Rec. p. 219), dans lequel le tarif préférentiel contesté que pratiquait Gasunie s'appliquait à toutes les entreprises exerçant leur activité dans le secteur de l'horticulture sous serres.

de chaque opérateur – dans ce cas, la compagnie aérienne qui décide d'utiliser l'aéroport de F-H – ne permet pas, en effet, d'exclure le caractère sélectif de ces avantages<sup>73</sup>. En l'espèce, par ailleurs, les conditions tarifaires appliquées par FFH sont, conformément à une stratégie commerciale précise décidée par cette dernière, adaptées à une catégorie spécifique d'utilisateurs, les compagnies aériennes à bas coûts, alors qu'elles s'avèrent peu ou moins attrayantes pour les compagnies aériennes traditionnelles. Partant, la liberté de choix de ces dernières est de fait limitée, d'autant plus que, ainsi qu'il ressort tant de l'ordonnance de renvoi que de la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen, les barèmes en cause reflètent le contenu de contrats conclus entre FFH et RA, de sorte qu'ils sont élaborés en fonction des exigences de cette compagnie.

52. Enfin, je suis d'accord avec la Commission qui estime que l'examen de la sélectivité, dans un cas comme celui de l'espèce, ne requiert pas l'application de la méthode d'analyse en deux étapes élaborée par la Cour pour certains régimes fiscaux nationaux, selon laquelle, pour apprécier le caractère sélectif d'une mesure, il y a d'abord lieu de déterminer si, dans le cadre d'un régime juridique donné, ladite mesure représente un avantage pour certaines entreprises par rapport à d'autres entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable<sup>74</sup> et, ensuite, si l'éventuelle différenciation entre entreprises peut être justifiée notamment par la nature ou l'économie du régime en question.

53. Si la Cour devait néanmoins retenir l'application de cette méthode au cas d'espèce, je relève d'emblée que considérer, comme le font la juridiction de renvoi et FFH, que seules les compagnies aériennes désireuses d'établir des relations commerciales avec l'aéroport de F-H se trouvent dans une situation juridique et factuelle comparable en ce qui concerne les barèmes en question revient à soutenir, par un raisonnement substantiellement circulaire, que seules les entités satisfaisant aux critères ou aux conditions prévues pour obtenir les avantages issus de l'application d'une mesure déterminée sont à prendre en compte aux fins de l'analyse du caractère sélectif de cette dernière<sup>75</sup>.

73 — La perception des avantages prévus dans le cadre d'un régime d'aides déterminé est souvent subordonnée à une décision, par exemple d'investissement, du bénéficiaire: voir, par exemple, arrêt *Unicredito Italiano*, précité (point 8), dans lequel l'allégement fiscal en question, applicable à tout le secteur bancaire, était concédé aux seules banques entreprenant des fusions ou des opérations de restructuration semblables pendant cinq périodes d'imposition consécutives.

74 — Il est notoire que cette jurisprudence procède de l'arrêt du 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* (C-143/99, Rec. p. I-8365), portant sur la réduction de la taxe sur l'énergie octroyée en Autriche aux entreprises exerçant principalement leur activité dans le secteur manufacturier; pour d'autres précédents, voir notamment arrêts du 13 février 2003, *Espagne/Commission* (C-409/00, Rec. p. I-1487, point 47); du 6 septembre 2006, *Portugal/Commission* (C-88/03, Rec. p. I-7115, point 54); du 11 septembre 2008, *UGT-Rioja e.a.* (C-428/06 à C-434/06, Rec. p. I-6747, point 46), et *British Aggregates/Commission*, précité (point 82). La Cour et le Tribunal ont également eu recours à une méthode d'analyse similaire dans d'autres matières que les mesures fiscales; voir, par exemple, arrêts du 15 juillet 2004, *Espagne/Commission* (C-501/00, Rec. p. I-6717); du 4 juillet 2007, *Bouygues et Bouygues Télécom/Commission* (T-475/04, Rec. p. II-2097), et du 2 avril 2009, *Bouygues et Bouygues Télécom/Commission* (C-431/07 P, Rec. p. I-2665).

75 — En appliquant un tel raisonnement, par exemple, à l'affaire *Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, seules les entreprises principalement manufacturières auraient dû estimer se trouver dans une situation juridique et factuelle comparable en ce qui concerne la mesure fiscale en cause, laquelle n'aurait donc pas pu être considérée comme étant sélective.

54. S'il y a vraiment lieu de désigner un cercle d'entités se trouvant dans une situation juridique et factuelle comparable en ce qui concerne les barèmes en question, celui-ci devrait selon moi comprendre (au moins) toutes les compagnies aériennes *susceptibles* d'utiliser l'aéroport de F-H et de bénéficier des services inclus dans lesdits barèmes<sup>76</sup>. Parmi ces entreprises, seules celles qui utilisent *réellement* l'aéroport bénéficient des prétendus avantages découlant de l'application des barèmes en question et, parmi elles, d'après les éléments du dossier, seule la compagnie RA bénéficie de tarifs et autres conditions de transaction ayant fait l'objet d'une négociation bilatérale avec FFH<sup>77</sup>.

55. À supposer, à l'inverse de ce que je suggère dans les points qui précèdent, que la Cour décide de répondre par la négative à la deuxième question préjudicielle, j'estime que les éléments mis en évidence par la juridiction de renvoi dans sa troisième question [sous b) et c)], éléments que j'ai déjà précédemment évoqués, à savoir l'adoption par FFH d'un modèle commercial fondé sur une coopération avec des compagnies aériennes à bas coûts et de conditions d'utilisation de l'escale adaptée aux exigences de ces entreprises, ainsi que la circonstance que la majeure partie du trafic de passagers est générée par une seule compagnie, amènent également à conclure, dans le cadre d'une appréciation globale, au caractère sélectif des barèmes contestés.

#### IV – Conclusion

56. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, je suggère à la Cour de répondre comme suit aux questions préjudicielles posées par l'Oberlandesgericht Koblenz:

Une juridiction nationale saisie d'une demande tendant à la cessation de tout versement et à la récupération des versements déjà effectués en exécution d'une mesure imputable à l'État et non notifiée au sens de l'article 108, paragraphe 3, première phrase, TFUE, à l'encontre de laquelle la Commission européenne a adopté une décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen prévue à l'article 108, paragraphe 2, TFUE, est tenue d'adopter toutes les mesures nécessaires aux fins de garantir le respect, par les autorités nationales, de l'obligation de suspension qui découle de l'effet combiné de l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE et de la qualification provisoire en tant qu'aide contenue dans la décision précitée, ainsi qu'aux fins d'éliminer les conséquences d'une éventuelle violation de cette obligation. Ces mesures incluent la suspension de l'exécution de la mesure en cause et la récupération des montants déjà versés.

Lorsqu'elle n'est pas d'accord avec la qualification de la mesure en cause effectuée par la Commission dans la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen, cette juridiction, outre qu'elle peut, le cas échéant, saisir la Cour d'une question préjudicielle en appréciation de validité au sens de l'article 267, premier alinéa, sous b), TFUE, pourra décider, lorsque le droit national le permet, de s'abstenir de procéder à la récupération définitive des montants versés tant que la Commission n'a pas adopté une décision finale et émettre, entre-temps, une injonction de récupération provisoire en ordonnant que ces montants soient versés sur un compte bloqué jusqu'à ce qu'il soit statué sur le fond du litige.

76 — Contrairement à ce qu'affirme FFH dans ses observations, les décisions relatives à l'aéroport de Manchester (décision du 14 juin 1999, aide d'État NN 109/98 – Royaume-Uni Aéroport de Manchester) et de Bratislava [décision 2011/60/UE de la Commission, du 27 janvier 2010, concernant l'aide d'État C 12/08 (ex NN 74/07) – Slovaquie – accord entre l'aéroport de Bratislava et Ryanair, JO 2011, L 27, p. 24)] ne permettent pas de conclure à l'existence d'une pratique de la Commission destinée à restreindre le cercle des entités dont la situation pourrait être comparée aux fins de l'examen de la sélectivité aux seules compagnies aériennes utilisant l'aéroport en question. Les appréciations contenues dans ces décisions et invoquées par FFH portent, respectivement, sur l'analyse de l'existence d'une distorsion de la concurrence et sur l'application du critère de l'investisseur privé dans une économie de marché, et non sur celle du caractère sélectif de la mesure en cause.

77 — Même si la question n'a pas été spécifiquement soulevée, que ce soit dans l'ordonnance de renvoi ou dans les observations présentées à la Cour, j'observe pour finir que, dans des cas comme celui de l'espèce, l'analyse portant sur une possible justification objective «par la nature et l'économie du régime» tend en substance à se confondre avec l'examen relatif à la conformité du comportement de l'entreprise publique – en l'espèce, la gestion qu'assure FFH des relations commerciales avec les compagnies aériennes utilisant l'aéroport de FH – à celui d'un opérateur privé dans une économie de marché, examen qui se déroule normalement dans le cadre de la détermination de l'existence d'un avantage.

Eu égard à la réponse apportée à la première question préjudicielle, il n'y a pas lieu de répondre aux deuxième et troisième questions.