

Les garanties publiques

Les garanties publiques ne sont pas toutes des aides d'État, mais peuvent le devenir, lorsque la garantie n'est pas accordée à des conditions de marché. Il s'agit d'une application du critère de l'investisseur avisé dans le champ particulier des garanties¹.

Une communication de la Commission du 20 mai 2008² précise la manière dont doit être examinée une garantie publique, pour déterminer si elle constitue, ou non, une aide d'État.

L'aide est constituée, lorsque la garantie n'est pas rémunérée ou quand sa rémunération ne peut pas être considérée comme suffisante eu égard aux risques encourus. L'aide est accordée au moment où la garantie est offerte et non au moment où elle est mobilisée.

Dès lors que la garantie semble constitutive d'une aide au sens de l'article 107 § 1 TFUE, elle doit être notifiée à la Commission. Celle-ci apprécie la compatibilité de l'aide notifiée au regard des différents encadrements et lignes directrices relatifs aux aides à finalité horizontale, régionale et sectorielle.

Les garanties, constitutives d'une aide d'État, qui n'ont pas été préalablement autorisées par la Commission, constituent des aides illégales.

Les garanties accordées aux établissements et entreprises publics constituent un cas particulier. La communication sur les garanties publiques précise que « *la Commission estime que constituent également une aide sous forme de garantie les conditions de crédit plus favorables obtenues par les entreprises dont le statut légal exclut la possibilité d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité ou prévoit explicitement une garantie de l'État ou une couverture des pertes par l'État. La même remarque vaut pour l'acquisition par l'État d'une participation dans une entreprise lorsqu'elle s'accompagne d'une responsabilité illimitée au lieu de la responsabilité limitée normale* ».

La communication de la Commission du 19 juillet 2016³ indique les éléments à prendre en considération pour établir si les conditions des prêts et des garanties sont conformes aux conditions de marché.

Les garanties publiques octroyées au secteur bancaire dans le contexte de la crise financière, font l'objet d'encadrements spécifiques, pris depuis 2008 sur le fondement de l'article 107 § 3 b) TFUE, relatif aux aides destinées à remédier à une perturbation grave de l'économie⁴.

1. Une garantie publique peut constituer une aide d'État

1.1. L'application du principe de l'investisseur avisé en économie de marché

La Cour de justice et la Commission considèrent que l'octroi d'une garantie à des conditions différentes de celles du marché est susceptible de constituer une aide⁵. Selon la Commission

¹. Cf. fiche 2.

². Communication révisée de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 aux aides d'État sous forme de garanties adoptée le 20 mai 2008, (JOUE C 155/10, 20 juin 2008).

³. Communication de la Commission relative à la notion d' « aide d'Etat » visée à l'article 107 paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JOUE C 262/1, du 19 juillet 2016), point 4.2.3.4.

⁴. Cf. fiche 14.

⁵. Cf. par ex. CJUE, 8 décembre 2011, *Residex Capital IV CV*, aff. C-275/10, pts 39-42 ; décision de la Commission du 4 décembre

européenne, « le marché constitue le point de référence, pour apprécier si une garantie contient ou non une aide d'État ⁶ ».

Il s'agit d'une application du critère de l'investisseur avisé dans le champ particulier des garanties⁷. Dès lors qu'il est effectué par les pouvoirs publics à des conditions que n'aurait pas acceptées un investisseur avisé agissant dans des conditions normales d'une économie de marché⁸, l'octroi d'une garantie à une entreprise est susceptible de constituer une aide⁹.

Il y a aide, lorsque la garantie n'est pas rémunérée ou quand sa rémunération ne peut pas être considérée comme suffisante, eu égard aux risques. En effet, la garantie de l'État « présente l'avantage de faire supporter par l'État le risque qui y est associé. Or, cette prise de risque devrait normalement être rémunérée par une prime appropriée. Lorsque l'État renonce à tout ou partie de cette prime, il y a à la fois avantage pour l'entreprise et ponction sur les ressources publiques »¹⁰. La circonstance que la garantie ne soit pas mobilisée n'exclut pas l'existence d'un avantage sélectif. Il suffit, pour que la mesure soit qualifiée d'avantage, qu'elle n'ait pas été rémunérée aux conditions de marché¹¹.

Tenant compte de la situation financière de l'entreprise, des circonstances entourant l'octroi de la garantie et de ses modalités, la Commission apprécie le risque couru par le garant et détermine le taux qui aurait été pratiqué sur le marché en conséquence. Ainsi, un garant sur le marché pour une entreprise en difficulté exigera une prime élevée au moment de l'octroi de la garantie. Il est possible que le taux de marché de la prime ne puisse être déterminé lorsque le risque de défaut est particulièrement élevé¹².

L'aide est accordée au moment où la garantie est offerte, et non au moment où elle est mobilisée ou à celui où elle entraîne des paiements. Il n'est pas nécessaire que l'État soit effectivement appelé en garantie pour que la mesure soit qualifiée d'aide¹³.

1.2. Le bénéficiaire de l'aide sous forme de garantie est généralement l'emprunteur. Dans certaines situations, il peut également s'agir du prêteur

1.2.1. Le bénéficiaire de l'aide est généralement l'emprunteur

La garantie de l'État peut lui permettre d'obtenir un prêt qu'aucun établissement financier n'était disposé à lui accorder, ou à des conditions plus avantageuses que celles consenties sur le marché.

1.2.2. Dans certaines circonstances, le bénéficiaire peut être le prêteur

La communication de la Commission donne ainsi l'exemple d'une garantie de l'État, accordée après l'octroi du prêt, sans que les modalités de ce prêt ne soient modifiées. Dans la mesure où le remboursement du prêt accordé est ainsi devenu plus sûr, le prêteur est considéré comme ayant

1996 relative à une aide d'État en faveur de Bestwood, [JOCE L 194](#), 23 juillet 1997, pt V.

⁶. Aide C 28/03 : Garanties pour le financement de navires, [JOUE C 145](#), 21 juin 2003.

⁷. Cf. §§ 108 à 114 de la communication de la Commission relative à la notion d'« aide d'État » mentionnée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ([JOUE L 262](#), 19 juillet 2016).

⁸. Cf. fiche 2.

⁹. La Cour de justice estime que, pour déterminer si des garanties accordées par une entreprise publique sont ou non imputables à l'autorité publique la contrôlant, sont pertinentes les circonstances selon lesquelles, d'une part, l'administrateur unique d'une entreprise publique qui a accordé ces garanties a agi irrégulièrement, a délibérément gardé secret leur octroi et a méconnu les statuts de son entreprise et, d'autre part, cette autorité publique se serait opposée à l'octroi desdites garanties, si elle en avait été informée. Ces circonstances ne sont toutefois pas, à elles seules, de nature à exclure une telle imputabilité. (CJUE, 17 septembre 2014, [Commerz Nederland, Havenbedrijf Rotterdam, C-242/13](#)).

¹⁰. Cf. pt 2.1. de la communication.

¹¹. Cf. not. Trib. UE, 1er février 2018, [Larko Geniki Metalleftiki kai Metallourgiki AE](#), aff. [T-423/14](#), pt 149.

¹². Cf. pt 4.1. de la communication.

¹³. Trib. UE, 10 novembre 2011, [Elliniki c/Commission](#), aff. [T-384/08](#), pt 60.

bénéficié, dans cette situation, d'une aide¹⁴. Une garantie peut également bénéficier au prêteur lorsqu'un prêt garanti est utilisé pour rembourser un autre prêt, qui lui n'est pas garanti¹⁵.

Il s'agit, toutefois, d'une hypothèse rarement retenue, et difficile à démontrer¹⁶. Par ailleurs, le simple fait que la stabilisation d'une entreprise en difficulté profite à tous les créanciers de celle-ci est une conséquence reconnue des aides, et ne constitue pas, en soi, une aide en faveur de ces créanciers¹⁷.

2. Les critères retenus pour déterminer si la garantie est constitutive d'une aide, et, le cas échéant, si cette aide est compatible

2.1. Les conditions d'octroi excluant l'existence d'une aide

Une garantie individuelle, comme un régime de garanties publiques, ne constitue pas une aide lorsqu'elle n'avantage pas certaines entreprises ou certaines productions, ou qu'elle n'affecte pas les échanges entre États membres¹⁸.

Quatre conditions doivent être remplies pour exclure la présence d'une aide d'État¹⁹ :

« a) l'emprunteur n'est pas en difficulté financière [...] »²⁰ ;

b) la portée de la garantie peut être mesurée de façon adéquate lors de son octroi. En d'autres termes, la garantie doit être attachée à une opération financière précise²¹, porter sur un montant maximal déterminé et être limitée dans le temps ;

c) la garantie ne couvre pas plus de 80 % du solde restant dû du prêt ou autre obligation financière. [...] ;

d) la garantie donne lieu au paiement d'une prime conforme au prix du marché [...]»²².

La situation financière de l'emprunteur est appréciée par la Commission au sens des dispositions des lignes directrices communautaires, pour les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté²³.

S'agissant des PME, si les garanties individuelles qui leur sont octroyées respectent les trois premières conditions, la Commission peut accepter une évaluation plus simple de la quatrième

¹⁴ La Cour de justice a jugé que dans certaines circonstances particulières, l'octroi d'une garantie peut aussi contenir un élément d'aide en faveur du prêteur, notamment lorsque la garantie est accordée *ex post* sur une obligation existante entre le prêteur et l'emprunteur, lorsque l'avantage conféré n'est pas pleinement transféré vers l'emprunteur (CJUE, 19 mars 2015, *OTP Bank Nyrt/Magyar Állam e.a.*, [C-672/13](#)).

¹⁵ Cf. [communication](#) sur la notion d'« aide d'Etat », § 109.

¹⁶ Cf. toutefois CJUE, 8 décembre 2011, *Residex Capital IV CV*, [aff. C-275/10](#) (affaire dans laquelle une garantie avait été accordée au prêteur et dans laquelle la Cour a considéré que les bénéficiaires de l'aide pouvaient être tant l'emprunteur que le prêteur).

¹⁷ Cf. par exemple la décision de la Commission 2004/165/CE du 27 novembre 2002 relative au régime d'aide mis à exécution par l'Allemagne – « Programme visant à la consolidation des entreprises du Land de Thuringe », [JOUE L 61](#) du 27 février 2004, en particulier les pts 66 à 69 : la Commission estime que la banque privée, en sa qualité de prêteur, n'a pas profité de l'octroi des prêts de consolidation d'une manière susceptible de fausser la concurrence.

¹⁸ Cf. par exemple, la décision de la Commission [C\(2016\) 1888 final](#) du 1^{er} avril 2016 relative au régime de garanties de l'Etat à la construction navale qui a constaté sa conformité aux conditions établies à la section 3.4 de la Communication de 2008 et l'absence d'aide d'Etat.

¹⁹ Cf. pt 3.2. de la [communication](#) sur les garanties.

²⁰ Cf. par exemple, la décision de la Commission 2010/610/UE du 6 juillet 2010 concernant l'aide d'Etat C 48/07 mise à exécution par la Pologne en faveur de WRJ et de WRJ-Serwis, [JOUE L 268/32](#) du 12 octobre 2010, en particulier pt 32 : « Au moment de l'octroi de ces aides, WRJ connaissait de graves difficultés et n'aurait pas été en mesure de lever des fonds sur le marché des capitaux ». Il revient à l'Etat, en tant qu'opérateur avisé, de se renseigner sur la situation économique et financière de l'entreprise avant de lui accorder une garantie (cf. Trib. UE, 1^{er} février 2008, *Larko Geniki Metalleftiki kai Metallourgiki AE*, [aff. T-423/14](#), pt 89).

²¹ Par exemple, sur l'absence de lien entre une garantie et des obligations additionnelles relatives aux retraites des salariés d'une ancienne entreprise publique : CJUE, arrêt du 22 octobre 2014, *British Telecommunications*, [C-620/13 P](#).

²² Sur le calcul de la prime, cf., par exemple, la décision positive du 8 octobre 2014, SA. 34947 *Hinkley Point* concernant le Royaume-Uni, [JOUE L 109/44](#), 28 avril 2015. Cf. également Trib. UE, *Larko Geniki Metalleftiki kai Metallourgiki AE*, [aff. T-423/14](#), préc., pt 92 : le Tribunal énumère les critères à prendre en compte pour calculer la prime.

²³ Décision du 16 juin 2004 relative aux mesures mises à exécution par l'Espagne en faveur de Siderurgica Anon SA, [JOUE L 311/22](#), 26 novembre 2005, pt 72. A propos des lignes directrices, cf. fiche 11.

condition sur le montant de la prime²⁴.

La communication indique comment calculer la prime annuelle minimum, dite « *prime exemptée* » : la méthode de calcul se fonde, dans cette hypothèse, sur la note de l'emprunteur. La qualité du crédit (dont l'échelle s'étend à « *en défaillance ou proche de la défaillance* » à « *qualité la plus élevée* ») est estimée en fonction de la note attribuée. Un montant de prime annuelle exonérée y correspond (dont l'échelle va d'« *aucune prime annuelle exonérée ne pouvant être fournie* » lorsque l'on se situe au plus bas niveau en termes de qualité du crédit, à 0,4 %, montant d'exonération le plus élevé).

Les conditions excluant la qualification d'aide pour les régimes de garanties publiques sont similaires. Dans ce cas, la communication précise que :

« e) pour obtenir une évaluation correcte et progressive de l'aspect autofinancement du régime, il y a lieu de vérifier au moins une fois par an si le niveau des primes est adéquat, sur la base du taux de pertes effectif du régime pendant une période économiquement raisonnable [...] ;

f) pour être considérées comme conformes au marché, les primes doivent couvrir les risques normaux associés à l'octroi de la garantie, les coûts administratifs du régime et une rémunération annuelle d'un capital adéquat, même si ce dernier n'est pas encore ou n'est que partiellement constitué ;

*g) pour assurer la transparence, le régime doit prévoir dans quelles conditions les garanties futures seront accordées, et notamment préciser quelles sont les entreprises qui peuvent en bénéficier eu égard à leur notation, ainsi que, le cas échéant, le secteur et la taille, le montant maximum et la durée des garanties ».*²⁵

Pour les régimes de garantie, la Commission se montre extrêmement exigeante d'une manière générale, sur l'ensemble de ces critères, et particulièrement sur l'autofinancement du régime et le montant des primes.

Si une des conditions n'est pas remplie, la garantie (ou le régime de garanties) n'est pas automatiquement qualifiée d'aide d'État. Toutefois, en cas de doute quant au caractère d'aide d'État de la mesure envisagée, la Commission demande sa notification en application de l'article 108 § 3 TFUE²⁶.

2.2. Les garanties contenant un élément d'aide

La Commission détaille aux points 4 et 5 de sa communication les critères d'appréciation des aides d'État.

2.2.1. Évaluation de l'élément d'aide

Dans le cas de garanties individuelles (pts 4.1 et 4.2. de la communication), l'élément d'aide doit être apprécié au regard des caractéristiques de la garantie et du prêt. Les facteurs pris en compte sont :

- le risque de défaillance de l'emprunteur : est-il en difficulté financière ? Dans le cas d'un régime de garanties publiques, les entreprises en difficulté en sont-elles exclues ?
- la portée de chaque garantie : peut-elle être mesurée correctement au moment de son octroi ? Est-elle attachée à une opération précise ?
- le taux du solde restant dû de chaque prêt ou autre obligation financière couvert par la garantie : il ne doit pas excéder 80 % ;

²⁴. Cf. pt 3.3. de la communication.

²⁵. Pt 3.4 de la communication.

²⁶. Cf. pts 3.6. et 4.4. de la communication.

- les modalités particulières de la garantie et du prêt ou toute autre obligation financière et leur prise en considération pour déterminer la prime de marché de la garantie ;
- concernant les PME, la différence entre le niveau minimum de la prime fixé par la communication (« *prime exemptée* ») et la prime appliquée sera considérée comme une aide²⁷.

Dans le cas des régimes de garanties, les caractéristiques spécifiques de chaque aide individuelle, prise sur son fondement, ne sont pas nécessairement connues au moment où le régime est apprécié. L'élément d'aide est, par conséquent, évalué en se fondant sur les dispositions du régime relatives, entre autres, au montant maximal et à la durée des prêts, à la catégorie d'entreprises et au type de projets couverts, aux sûretés exigées des emprunteurs, à la prime à verser et au type d'intérêts obtenus. L'équivalent-subvention de chaque garantie prévue par le régime est égal à la différence entre la prime effectivement perçue et celle qui devrait être appliquée dans un régime équivalent sans aide.

Concernant les PME, de la même manière que pour les garanties individuelles, le dispositif de « *prime exemptée* » peut être utilisé à des fins de calcul de l'aide, et la différence entre le taux qui devrait être appliqué à la prime et le taux réellement appliqué constitue alors l'élément d'aide.

S'agissant du calcul de l'équivalent-subvention brut de l'aide octroyée, la communication révisée est moins précise que celle de 1999, qui fixait deux méthodes de calcul assez claires en la matière²⁸. Même si la Commission n'est pas toujours très explicite sur ce sujet, sa pratique fournit quelques exemples d'application de ces méthodes de calcul.

- L'équivalent-subvention d'une garantie de prêt peut, tout d'abord, « *être calculé de la même façon que celui d'un prêt à taux privilégié, la bonification d'intérêt étant égale à la différence entre le taux du marché et le taux obtenu grâce à la garantie de l'État après déduction des primes éventuellement versées* ». Il s'agit de la méthode employée, en principe, pour les garanties individuelles. Elle a, notamment, été mise en œuvre dans la décision de la Commission du 20 juillet 2010 concernant l'aide d'État accordée par le Portugal sous la forme d'une garantie d'État en faveur de BPP²⁹.

- L'équivalent-subvention d'une garantie de prêt peut également être considéré comme « *égal à la différence entre : a) le montant garanti non encore remboursé, multiplié par le facteur de risque (probabilité d'une défaillance) et b) la prime payée, soit (somme garantie X risque) – prime* ». « *Le facteur de risque doit se fonder sur la fréquence des défaillances survenues dans le passé, pour des prêts accordés dans des circonstances analogues (secteur, taille de l'entreprise, niveau de l'activité économique générale)* ». Il s'agit de la méthode standard pour les régimes d'aide³⁰.

Ces méthodes de calcul sont toujours valables. La Commission précise que, lorsqu'il n'est pas possible de calculer l'élément d'aide sur la base de ces principes, l'aide est établie en calculant la différence entre la prime de garantie qui aurait été pratiquée par le marché et celle acquittée par le bénéficiaire³¹.

Une grande attention doit être portée à la situation financière de l'entreprise pour le calcul de l'équivalent-subvention de l'aide octroyée. En effet, la Commission a déjà précisé que, lorsque

²⁷. Cf. pt 4.3. de la communication.

²⁸. Cf. pt 3.2. de la communication du 24 novembre 1999 (JOCE C 71, 11 mars 2000).

²⁹. Décision de la Commission du 20 juillet 2010 concernant l'aide d'État C 33/09 accordée par le Portugal sous la forme d'une garantie d'État en faveur de BPP (JOUE L 159 du 17 juin 2011, p. 95, pt 74). Cf. également, la décision du 16 juin 2004 relative aux mesures mises à exécution par l'Espagne en faveur de Siderurgica Anon SA, préc., pt 77, JOUE L 311/22.

³⁰. Décision du 23 avril 2003 relative aux régimes d'aide exécutés par l'Allemagne (JOUE L 263 du 14 octobre 2003), pts 30-36.

³¹. Décision de la Commission 2010/47/CE du 6 novembre 2008 concernant l'aide d'État C 17/05 accordée par la Pologne au chantier naval de Gdynia, (JOUE L 33/1 du 4 février 2010), pts 390 et 391.

l'entreprise est dans une situation telle qu'elle peut considérer qu'aucun acteur privé du marché n'aurait accepté de se porter garant, et que, de ce fait, les autorités publiques se sont engagées à fonds perdus, le montant de l'aide peut être, dès l'origine, égal au montant garanti³².

S'agissant des garanties gratuites, la Commission considère que, à moins que les autorités nationales ne fournissent la preuve que l'entreprise aurait pu obtenir des garanties équivalentes sur le marché, l'élément d'aide lié aux garanties apportées gratuitement correspond « en principe » au montant des prêts garantis³³.

La communication de la Commission reprend ces éléments en son point 4.1.

2.2.2. Analyse de la compatibilité de l'aide avec le marché intérieur

La Commission effectue cet examen de compatibilité, au regard des différents encadrements et lignes directrices relatifs à d'autres formes d'aides (aides horizontales, aides à finalité régionale et aides sectorielles)³⁴. Elle prend notamment en compte l'intensité de l'aide, les caractéristiques des bénéficiaires et les objectifs poursuivis³⁵.

Ainsi, elle va fréquemment se référer aux lignes directrices relatives aux aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté³⁶.

2.2.3. Hypothèses dans lesquelles la garantie publique ne pourra, en aucun cas, être autorisée

Les garanties illimitées dans le temps ne pouvant être quantifiées, elles sont, par principe, jugées incompatibles avec l'article 107 TFUE³⁷.

Par ailleurs, la Commission n'accepte que les garanties dont la mobilisation est subordonnée contractuellement à des conditions spécifiques, pouvant aller jusqu'à la déclaration obligatoire de la faillite de l'entreprise bénéficiaire ou une procédure analogue. Ces conditions doivent être notifiées à la Commission. Lorsque l'État désire mobiliser la garantie à des conditions différentes, la Commission considère que cette mobilisation constitue une aide nouvelle à notifier à nouveau³⁸.

3. Le cas particulier des « garanties » accordées aux établissements publics en France

La communication sur les garanties publiques précise que « *la Commission estime que constituent, également, une aide sous forme de garantie les conditions de crédit plus favorables obtenues par les entreprises, dont le statut légal exclut la possibilité d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité ou prévoit explicitement une garantie de l'État ou une couverture des pertes par l'État. La même remarque vaut pour l'acquisition par l'État d'une participation dans une entreprise, lorsqu'elle s'accompagne d'une responsabilité illimitée au lieu de la responsabilité limitée normale* »³⁹.

La Commission estime qu'une garantie automatique et illimitée de l'État constitue un avantage

³². Décision de la Commission du 4 décembre 1996 relative à une aide d'État en faveur de Bestwood E. F. Kynder GmbH i. GV, (JOCE L 194, 23 juillet 1997).

³³. Décision de la Commission 2010/607/UE du 27 avril 2010 concernant l'aide d'État C 30/08 mise à exécution par la Belgique en faveur de la restructuration de la criée d'Ostende, (JOUE L 274/103 du 19 octobre 2010), pts 322 et 329.

³⁴. Pour un exemple récent de garanties jugées compatibles, cf. la décision de la Commission du 19 septembre 2012 concernant l'aide d'État SA.31883 (2011/C) (ex N516/10) que l'Autriche a mise en œuvre et envisage de mettre en œuvre en faveur d'Österreichische Volksbanken AG (JOUE L 168/30 du 20 juin 2013, p. 30).

³⁵. Cf. pt 5.2. de la communication.

³⁶. Cf. par exemple la décision de la Commission du 12 juin 2012 concernant la mesure SA. 27420 (C 12/2009) (ex N 19/2009) mise à exécution par la Finlande en faveur d'Osuuskunta Karjaportti (JOUE L 12/1 du 16 janvier 2013, p. 1).

³⁷. Cf. pt 4.1. de la communication.

³⁸. Pt 5.3. de la communication.

³⁹. Pt 1.2. de la communication.

indéniable pour l'entreprise qui en bénéficie, et est, en ce sens, incompatible avec les règles de concurrence du Traité, notamment lors d'une souscription d'emprunt. La Commission précise, toutefois, qu'il convient de ne pas systématiser ce raisonnement, dans la mesure où elle ne conteste pas le statut d'établissement public⁴⁰ mais seulement le fait que l'entreprise échappe au droit de la faillite du fait de ce statut.

Trois décisions de la Commission ont conclu à l'existence d'une garantie constitutive d'une aide d'État au profit d'EDF⁴¹, de La Poste⁴² et de l'IFP⁴³.

Dans sa décision du 26 janvier 2010, la Commission avait clos la procédure ouverte contre La Poste, à la suite de la transformation de celle-ci en société anonyme en 2010. Dans cette décision, la Commission considérait que la garantie illimitée implicite dont bénéficiait La Poste était intrinsèquement liée à son précédent statut d'établissement public et à sa non soumission aux règles de droit commun de la faillite.

Le 20 septembre 2012, le Tribunal a rejeté le recours en annulation introduit par les autorités françaises contre cette décision et validé l'analyse de la Commission dans son ensemble⁴⁴. Le 3 avril 2014, la Cour de justice a rejeté le pourvoi des autorités françaises contre l'arrêt du Tribunal⁴⁵.

L'arrêt de la Cour ayant l'autorité relative de la chose jugée, il ne s'applique qu'au seul cas de La Poste. Néanmoins, il semble se déduire du raisonnement adopté par le juge européen que l'ensemble des établissements publics bénéficie de fait d'une garantie implicite et illimitée de l'État. Cette garantie n'est toutefois susceptible de constituer une aide d'État à leur profit qu'en présence d'une activité économique.

Dans sa décision du 29 juin 2011, par laquelle elle a conclu à l'existence d'une garantie illimitée d'État au profit de l'Institut français du pétrole énergies nouvelles (« IFP »), en raison de son statut d'établissement public, la Commission a estimé que cette garantie constituait néanmoins une aide d'État compatible avec le marché intérieur, à la condition que les activités économiques de l'IFP soient uniquement exercées à titre accessoire et demeurent en lien avec son activité principale de recherche publique.

Dans un arrêt du 26 mai 2016, le Tribunal de l'Union européenne a annulé la décision précitée de la Commission, en ce qu'elle qualifie la garantie découlant du statut d'EPIC de l'Institut français du pétrole énergies nouvelles « IFPEN », anciennement dénommée IFP, d'aide d'État⁴⁶. Le Tribunal a jugé que « dans la décision attaquée, la Commission n'est pas parvenue à démontrer l'existence d'un avantage que l'IFPEN aurait pu retirer de la garantie de l'État attachée à son statut d'EPIC. D'une part, en ce qui concerne les relations de l'IFPEN avec les institutions bancaires et financières, elle a explicitement exclu l'existence d'un avantage réel pendant la période allant de la transformation de cette entreprise en EPIC jusqu'à 2010 et, dans les circonstances de l'espèce, elle ne peut pas invoquer la présomption posée par la Cour dans son arrêt du 3 avril 2014, La Poste (...), pour établir l'existence de cet avantage à l'avenir. D'autre part, en ce qui concerne les

⁴⁰. Conformément à la neutralité du droit de l'Union européenne envers le régime de propriété dans les États membres (article 345 TFUE), ni le régime public ou privé des entreprises publiques, ni le statut d'établissement public en tant que tel ne sauraient en effet être remis en cause.

⁴¹. Dans une décision du 16 décembre 2003 relative aux aides d'État accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières (JOUE L 49, 2 février 2005), la Commission a estimé qu'EDF bénéficiait d'une garantie illimitée, en raison de son statut d'établissement public à caractère industriel et commercial, qui exclut toute procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à son encontre et oblige l'autorité de tutelle à dégager les ressources nécessaires en cas de défaillance de l'établissement pour le remboursement de ses dettes. La Commission avait enjoint les autorités françaises de supprimer cette garantie illimitée au 1^{er} janvier 2005. La transformation d'EDF en société anonyme, par la loi no 2004-803 du 9 août 2004, a clos le litige.

⁴². Décision de la Commission européenne 2010/605/UE du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État C 56/07 accordée par la France à La Poste (JOUE L 274/1 du 19 octobre 2010, p. 1).

⁴³. Décision de la Commission européenne C(2011) 4483 du 29 juin 2011, concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public à caractère industriel et commercial « Institut français du pétrole » (JOUE L 14/1 du 17 janvier 2012, p. 1).

⁴⁴. Trib. UE, 20 septembre 2012, France c/ Commission, aff. T-154/10.

⁴⁵. Aff. C-559/12P, France c/Commission. L'avocat général JÄÄSKINEN avait conclu, le 21 novembre 2013, au rejet du pourvoi.

⁴⁶. Trib. UE, 26 mai 2016, IFP Energies nouvelles, aff. jtes T-479/11 et T-157/12.

relations entre l'IFPEN et les fournisseurs et clients (...) la garantie en cause n'est pas susceptible de conférer à l'IFPEN l'avantage que la Commission a défini aux considérants 214 et 236 de la décision attaquée ».

Dans un arrêt du 19 septembre 2018⁴⁷, la Cour de justice a accueilli partiellement le pourvoi formé par la Commission à l'encontre de l'arrêt du 26 mai 2016, en raison d'erreurs de droit commises par le Tribunal s'agissant, d'une part, du test requis pour renverser la présomption d'avantage économique sélectif, dérogée par la Cour dans l'affaire La Poste, résultant de l'octroi de la garantie implicite et illimitée inhérente au statut d'EPIC, et, d'autre part, de la portée qu'il convient de donner à cette présomption. Ainsi, le test requis pour renverser la présomption d'avantage doit englober, non seulement les relations de l'EPIC avec les établissements de crédit, mais également ses relations avec ses fournisseurs et clients, et la démonstration de l'absence d'avantage doit également être établie, selon toute plausibilité, pour l'avenir. L'affaire a été renvoyée devant le Tribunal qui doit réexaminer la décision de la Commission au regard des prescriptions de la Cour. Témoignant de la volonté de la Commission de s'opposer aux dispositifs de garantie illimitée, les lignes directrices sur les aides d'État aux entreprises ferroviaires, adoptées en 2008⁴⁸. La section 7 est entièrement consacrée aux garanties d'État accordées aux entreprises ferroviaires. Le point 120 rappelle que : « [l]a Commission considère, sur la base d'une pratique constante, que les garanties illimitées dans un secteur ouvert à la concurrence sont incompatibles avec le TCE. En vertu du principe de proportionnalité, elles ne peuvent notamment pas être justifiées par des missions d'intérêt général. » Le point suivant précise que, lorsque les garanties sont accordées à des entreprises présentes à la fois sur des marchés concurrentiels et non concurrentiels, la Commission demande la suppression complète de la garantie illimitée octroyée à l'entreprise, dans son ensemble.

Ces garanties illimitées découlent souvent de monopoles historiques. Elles constituent donc, en principe, des aides existantes, sur lesquelles la Commission ne peut proposer, si elles s'avèrent incompatibles, que des mesures pour l'avenir, et non la récupération.

4. L'examen constant des garanties autorisées et les conséquences juridiques de l'octroi d'une garantie accordée illégalement

4.1. L'examen constant des régimes de garantie approuvés par la Commission

Aux termes de l'article 108, §1 TFUE, « la Commission procède avec les États membres à l'examen permanent des régimes d'aides existant dans ces États. Elle propose à ceux-ci les mesures utiles exigées par le développement progressif ou le fonctionnement du marché intérieur »⁴⁹.

Dans ce cadre, la Commission exige le réexamen périodique des régimes de garanties publiques autorisés, en raison des nouveaux développements pouvant intervenir sur les marchés financiers. À cette fin, des rapports doivent lui être présentés par les États. Pour les régimes d'aides, ces rapports seront présentés au moins à l'expiration du régime de garantie et pour la notification d'un régime modifié⁵⁰. Des rapports plus fréquents peuvent être demandés par la Commission. Elle peut ainsi imposer aux États des modifications des régimes d'aides existants, qui peuvent être devenu incompatibles avec le marché intérieur⁵¹.

⁴⁷ CJUE, 18 septembre 2018, *Commission/France et IFP Energies nouvelles*, aff. [C-438/16 P](#).

⁴⁸ *JOUE C 184/13*, 22 juillet 2008.

⁴⁹ Sur la notion d'aide existante, cf. fiche 20.

⁵⁰ Cf. pt 6 de la communication.

⁵¹ Dans l'hypothèse où les États n'acceptent pas ces recommandations, la Commission peut ouvrir à leur encontre la procédure de l'article 108 § 2 TFUE et leur demander, au terme de cette procédure, la suppression ou la modification du ou des régimes existants (article 19 du [règlement 659/99](#) portant modalités d'application de l'article 93 du 22 mars 1999).

4.2. Les conséquences juridiques de l'octroi d'une garantie accordée illégalement

Lorsque l'État ne respecte pas son obligation de notification et de suspension de l'aide, l'élément d'aide de la garantie doit être considéré comme illégal, conformément à l'article 1^{er} sous f) du règlement 659/1999 portant modalités d'application de l'article 108 TFUE.

La Commission estime que les garanties diffèrent des autres aides d'État, telles que les subventions ou les exonérations fiscales, dans la mesure où l'État contracte également un lien juridique avec le prêteur. Les conséquences des garanties d'État, contenant un élément d'aide et octroyées illégalement, peuvent donc être importantes, notamment pour les établissements financiers qui accordent le prêt.

L'entreprise bénéficiaire de la garantie accordée sans autorisation préalable de la Commission risque de devoir rembourser « *le montant de la valeur de l'aide contenue dans la garantie de l'État* », si celle-ci est jugée incompatible avec le marché intérieur⁵².

Dans le cadre de la procédure d'examen de la mesure en cause et avant même la décision définitive sur la compatibilité de l'aide, la Commission peut ordonner des mesures provisoires de suspension de la garantie.

La question de savoir si l'illégalité de l'aide affecte le lien juridique existant entre l'État et les tiers, relève du droit national. La Commission invite les prêteurs à vérifier, en cas de garanties publiques, le respect des règles en matière d'aides d'État.

Le tiers concerné pourrait engager la responsabilité de l'État, afin d'obtenir réparation du préjudice qu'il a subi, à raison de la violation par l'État de ses engagements.

Références bibliographiques

Textes

Communication révisée de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 aux aides d'État sous forme de garanties adoptée le 20 mai 2008, (*JOUE* [C 155](#), 20 juin 2008).

Décisions de la Commission

Décision de la Commission 97/450 du 4 décembre 1996 relative à une aide d'État en faveur de Bestwood, *JOUE* [L 194](#), 23 juillet 1997.

Décision de la Commission 97/271 du 18 décembre 1996, Acier CECA – Forges de Clabecq, *JOUE* [L 106](#), 24 avril 1997.

Décision de la Commission 2004/165/CE du 27 novembre 2002 relative au régime d'aide mis à exécution par l'Allemagne — « Programme visant à la consolidation des entreprises du Land de Thuringe », *JOUE* [L 61](#) du 27 février 2004.

Décision de la Commission du 23 avril 2003 relative aux régimes d'aide exécutés par l'Allemagne – régimes de garantie du Land de Brandebourg de 1991 et 1994, *JOUE* [L 263](#), 14 octobre 2003.

Décision de la Commission du 16 décembre 2003 relative aux aides d'État accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières, *JOUE* [L 49](#), 22 février 2005.

⁵². Pour un exemple de récupération d'une garantie gratuite et illimitée, cf. Trib. UE, 7 octobre 2010, *DHL Aviation SA/NB / Commission*, [T-452/08](#). La garantie découlait d'un accord-cadre prévoyant des garanties illimitées. Les autorités allemandes soulevaient d'abord le fait que cette garantie n'avait pas eu à jouer, et n'avait donc pas procuré d'avantage économique à l'entreprise bénéficiaire de la garantie. La Commission, en cela confirmée par le juge, a considéré que, pendant toute la période où l'entreprise a bénéficié de la garantie illimitée, elle avait un avantage sur ses concurrents, caractérisé par le fait de ne pas avoir eu à payer de taxe pour obtenir ces garanties (pt 37). Ensuite, les autorités allemandes soulevaient le fait qu'il était impossible d'évaluer le montant précis de l'aide devant être récupérée, afférent à ces garanties illimitées. Or la Commission avait démontré dans sa décision que l'aide pouvait faire l'objet d'une quantification, ce qu'a confirmé le juge (pt 42). Cf. également la [décision de la Commission du 12 juin 2012](#) concernant la mesure mise à exécution par la Finlande en faveur d'Osuuskunta Karjaportti, préc.

Décision de la Commission du 16 juin 2004 relative aux mesures mises à exécution par l'Espagne en faveur de Siderurgica Anon SA, *JOUE* [L 311/22](#), 26 novembre 2005.

Décision de la Commission du 14 juillet 2004 concernant une aide d'État accordée par l'Allemagne en faveur de MobilCom AG, *JOUE* [L 116/55](#), 4 mai 2005.

Décision de la Commission du 24 avril 2007, concernant la garantie illimitée accordée à Pocsta Polska, *JOUE* [C 284](#), 27 novembre 2007.

Décision de la Commission 2010/47/CE du 6 novembre 2008 concernant l'aide d'État C 17/05 accordée par la Pologne au Chantier naval de Gdynia, *JOUE* [L 33/1](#), 4 février 2010.

Décision de la Commission du 12 mai 2009 autorisant l'octroi par la Belgique et le Luxembourg d'aides supplémentaires à Fortis, décision C 2009 (3907) final, *JOUE* [C 178/1](#), 31 juillet 2009.

Décision de la Commission européenne du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'État C 56/07 accordée par la France à La Poste, *JOUE* [L 274/1](#), 19 octobre 2010.

Décision de la Commission 2010/607/UE du 27 avril 2010 concernant l'aide d'État C 30/08 mise à exécution par la Belgique en faveur de la restructuration de la criée d'Ostende, *JOUE* [L 274/103](#), 19 octobre 2010.

Décision de la Commission européenne C (2011) 4483 du 29 juin 2011, concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public à caractère industriel et commercial « Institut français du pétrole » *JOUE* [L 14/1](#), 17 janvier 2012.

Décision de la Commission du 12 juin 2012 concernant la mesure SA. 27420 (C 12/2009) (ex N 19/2009) mise à exécution par la Finlande en faveur d'Osuuskunta Karjaportti (*JOUE* [L 12/1](#), 16 janvier 2013.

Décision de la Commission européenne du 19 septembre 2012 concernant l'aide d'État SA.31883 (2011/C) (ex N516/10) que l'Autriche a mise en œuvre et envisage de mettre en œuvre en faveur d'Österreichische Volksbanken AG *JOUE* [L 168/30](#), 20 juin 2013.

Décision de la Commission européenne du 8 octobre 2014, concernant la mesure SA. 34947 *Hinkley Point* que le Royaume-Uni a mise en œuvre, *JOUE* [L 109/44](#), 28 avril 2015.

Décision de la Commission C(2016) 1888 final du 1^{er} avril 2016 sur l'aide d'Etat [SA.43766 \(2016/N\)](#) – France Régime de garanties de l'Etat à la construction navale.

Arrêts

Trib. UE, 10 novembre 2011, *Elliniki c/Commission*, [aff. T-384/08](#).

CJUE, 8 décembre 2011, *Residex Capital IV CV*, [aff. C-275/10](#).

Trib. UE, 20 septembre 2012, *France c/ Commission*, [aff. T-154/10](#).

CJUE, 3 avril 2014, *France c/Commission*, [aff. C-559/12P](#).

CJUE, 17 septembre 2014, *Commerz Nederland, Havenbedrijf Rotterdam*, [C-242/13](#).

CJUE, 22 octobre 2014, *British Telecommunications*, [C-620/13 P](#).

Trib. UE, 26 mai 2016, *IFP Energies nouvelles*, [aff. jtes T-479/11 et T-157/12](#).

Trib. UE, 1^{er} février 2018, *Larko Geniki Metallēftiki kai Metallourgiki AE*, [aff. T-423/14](#).

CJUE, 18 septembre 2018, *Commission/France et IFP Energies nouvelles*, [aff. C-438/16 P](#).

Doctrine

D. Prétat, « La garantie de l'État à ses établissements publics : une aide incompatible avec le Marché commun ? », *Petites affiches*, 18, 26 janvier 2000.

C. Barthélémy, « Garantie implicite, gratuite et illimitée de l'État aux établissements publics : mythe ou réalité ? » *Revue juridique de l'entreprise publique (ex-Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz)*, 613, 1^{er} octobre 2004.

R. Noguellou, « La condamnation du statut d'EPIC », *Droit Administratif*, n° 11, nov. 2012, alerte 54.