UNIVERSITÉ DE LORRAINE

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4
Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10
http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php
http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm

Université de Lorraine

L'application du droit européen des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement

Thèse

en vue de l'obtention du grade de
Docteur en droit
(doctorat nouveau régime – mention droit public)

présentée et soutenue publiquement le 5 décembre 2013

par Olivier Peiffert

Membres du jury

Claude Blumann
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Alexandre Maitrot de la Motte
Professeur de droit public à l'Université Paris-Est Créteil, rapporteur.

Jean-Denis Mouton
Professeur de droit public à l'Université de Lorraine.

Jean-Marc Thouvenin
Professeur de droit public à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, rapporteur.

Yves Petit
Professeur de droit public à l'Université de Lorraine, directeur de thèse.

L'Université n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse, celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

J'exprime ma profonde gratitude à M. le Professeur Yves Petit pour sa disponibilité, son aide constante et ses précieux conseils qui ont été déterminants pour mener à bien cette étude.

Je remercie vivement M. le Professeur Claude Blumann d'avoir bien voulu faire partie du jury de soutenance ainsi que MM. les Professeurs Alexandre Maitrot de la Motte et Jean-Marc Thouvenin d'avoir accepté d'être membres du jury et rapporteurs.

Je tiens également à exprimer toute ma reconnaissance à M. le Juge et Professeur Koen Lenaerts pour sa bienveillance et pour l'intérêt qu'il a bien voulu prêter à mes travaux.

J'adresse aussi tous mes remerciements à Ludovic Bernardeau, Yann Laurans et Frédéric Schmied pour avoir nourri ma réflexion et pour leurs bons conseils.

Je remercie l'ensemble du personnel des bibliothèques de Nancy et de la Cour de justice de l'Union européenne à Luxembourg de leur aide essentielle et leur professionnalisme.

Je souhaite enfin remercier tous mes proches pour leur patience et leurs encouragements durant toutes ces années d'études.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AJDA	Actualité Juridique Droit Administratif
BDEI	Bulletin du droit de l'environnement industriel
BEI	Banque européenne d'investissement
Cah. Cons. const.	Cahiers du Conseil constitutionnel
CDE	Cahiers de droit européen
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CML Rev.	Common Market Law Review
collab.	collaboration de
comp.	comparez
concl.	conclusions
coord.	coordonné par
CPN	Competition Policy Newsletter
D.	Recueil Dalloz
DF	Revue de droit fiscal
dir.	sous la direction de
Dr. env.	Droit de l'environnement
EC Tax Rev.	EC Tax Review
ECL Rev.	European Competition Law Review
éd.	édition
EELR/EEELR	European Environmental Law Review devenue European Energy and Environmental Law Review
EL Rev.	European Law Review
SER	produit à partir de sources d'énergie renouvelables
Env.	Environnement
EStAL	European State Aid Law Quarterly
et s.	et suivant(e)s
ÉUB	Éditions de l'Université de Bruxelles
Euro. Tax.	European Taxation
Fordham Int'l L.J.	Fordham International Law Journal
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GES	gaz à effet de serre
ibid.	*ibidem*
JCl.	Encyclopédie JurisClasseur
JCP	JurisClasseur périodique – Semaine juridique
JEEPL	Journal for European Environmental and Planning Law
JO	Journal officiel des Communautés puis de l'Union européenne
JTDE	Journal des tribunaux – Droit européen
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
n°(s)	numéro(s)
obs.	observations
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OMC	Organisation mondiale du commerce
op. cit.	*opere citato*
OPOCE	Office des publications officielles des Communautés européennes
OUP	Oxford University Press

p(p).	page(s)
PME	petites et moyennes entreprises
PNA	plan national d'allocation des quotas
préc.	précité
pt(s).	point(s)
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RAE	Revue des affaires européennes
RCADE	Recueil des cours de l'Académie de droit européen
RDP	Revue du droit public et de la science politique
RDR	Revue de droit rural
Rec.	Recueil de jurisprudence de la Cour de justice
RECIEL	Review of European Community and International Environmental Law
REDE	Revue européenne de droit de l'environnement
Rép. communautaire Dalloz	Répertoire de droit communautaire Dalloz
reprod.	reproduit
Rev. dr. transp.	Revue de droit des transports
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFFP	Revue française de finances publiques
RGDIP	Revue générale de droit international public
RGEC	Règlement général d'exemption par catégories
RIDE	Revue internationale de droit économique
RJE	Revue juridique de l'environnement
RJEP	Revue juridique de l'entreprise publique – Cahiers de l'électricité et du gaz devenue Revue juridique de l'économie publique
RLC	Revue Lamy de la concurrence
RMCUE/RUE	Revue du marché commun et de l'Union européenne devenue Revue de l'Union européenne
RMUE/RDUE	Revue du marché unique européen devenue Revue du droit de l'Union
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
SEEQE	Système européen d'échange de quotas d'émission
t.	tome
TCE ou traité CE	Traité instituant la Communauté européenne
TCEE ou traité CEE	Traité instituant la Communauté économique européenne
TFUE ou traité FUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
trad.	traduction
Trib. UE	Tribunal de l'Union européenne
TUE ou traité UE	Traité sur l'Union européenne
v.	voyez
v^{o} (*v*^{is})	*verbo* (*verbis*)
vol.	volume
W.Comp.	World Competition
YEL	Yearbook of European Law
YEEL	Yearbook of European Environmental Law

SOMMAIRE

Introduction 13

Partie I) Le champ de l'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement 37

Titre I) Les éléments objectifs de la qualification des aides dans le domaine environnemental 41

Chapitre I) L'adaptabilité des éléments objectifs 43

Chapitre II) Les limites de la notion d'aide au regard des éléments objectifs 87

Titre II) Les éléments subjectifs de la qualification des aides dans le domaine environnemental 141

Chapitre I) Les éléments subjectifs dans l'appréciation de la sélectivité 143

Chapitre II) Les éléments subjectifs sous la forme de présupposés 187

Partie II) La portée de l'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement 235

Titre I) La coexistence d'un pouvoir d'encadrement et d'un pouvoir d'harmonisation dans le domaine environnemental 239

Chapitre I) La distinction du pouvoir d'encadrement et du pouvoir d'harmonisation 241

Chapitre II) L'exercice du pouvoir d'encadrement dans le domaine harmonisé 297

Titre II) L'exercice extensif du pouvoir d'encadrement, source d'une quasi-harmonisation du domaine environnemental 371

Chapitre I) L'exercice extensif à l'origine d'une réglementation générale des politiques nationales de la protection de l'environnement 373

Chapitre II) L'exercice extensif, outil de direction des politiques environnementales nationales . 429

Conclusion générale 481

Annexe 487

Bibliographie générale 491

Index 561

Table des matières 567

Précisions relatives à la terminologie et aux normes de publication des décisions de la Commission en matière d'aides d'État

À compter de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1er décembre 2009, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a été remplacée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)[1]. Elle constitue désormais une institution de l'Union qui comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) est devenu le Tribunal (Trib. UE). Dans les développements, les références à « la Cour » désignent la Cour de justice, tandis que les références à « la Cour de justice » visent, par commodité, les deux juridictions qui composent la CJUE. Les juridictions de l'Union sont désignées par leur dénomination applicable à la date à laquelle l'arrêt étudié a été rendu.

Le droit primaire se compose désormais du Traité sur l'Union européenne (TUE) et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Dans les développements, les articles employés sont issus de la nouvelle numérotation. Ce n'est qu'en cas de besoin, notamment en raison de modifications, que des références sont faites à leurs équivalents dans les traités antérieurs. À des fins de clarté, l'adjectif « communautaire » n'est pas utilisé. Les références faites à « l'Union » doivent donc s'entendre à l'Union européenne actuelle, mais aussi aux Communautés qui l'ont précédée, même avant le traité de Maastricht de 1992.

Par ailleurs, de nombreuses références sont faites à des décisions d'aides d'État prises par la Commission sur la base de l'actuel paragraphe 2 de l'article 108 TFUE. Il s'agit d'actes dont la publication au Journal officiel (JO) n'est pas une condition de leur applicabilité. Elles peuvent néanmoins faire l'objet d'une publication suivant les règles de l'article 26 du règlement 659/1999[2] établissant la procédure applicable en matière d'aides d'État.

Les décisions prises sans ouverture de la procédure formelle d'examen, ainsi que les mesures utiles prises en application du paragraphe premier de l'article 108 TFUE, ne font l'objet que d'une communication succincte au JO. Puisque cette communication succincte ne contient pas suffisamment d'éléments pour permettre une analyse, il n'y est pas fait référence. Les décisions d'ouvrir la procédure formelle d'examen sont publiées au JO dans la version linguistique faisant foi et sont accompagnées d'un résumé, dans la langue du JO publié dans les autres langues. Seules les décisions de la Commission de clore la procédure formelle d'examen font l'objet d'une publication complète au JO. Dans l'hypothèse où un résumé ou une publication complète d'une décision sont disponibles au JO édité en langue française, il y est fait référence.

Les décisions non publiées au JO qui sont utilisées dans les développements sont celles publiées sur le site Internet de la Commission[3]. Elles sont répertoriées suivant des normes

[1] Article 19, paragraphe 1, TUE.

[2] Règlement (CE) nº 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JO L 83 du 27 mars 1999, p. 1), tel que modifié par le règlement (UE) n° 734/2013 du Conseil du 22 juillet 2013, modifiant le règlement (CE) n° 659/1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE (JO L 204 du 31 juillet 2013, p. 15).

[3] Ces décisions sont notamment accessibles au moyen du moteur de recherche disponible en ligne à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=3

particulières[4]. Pour les décisions rendues avant le 23 novembre 2010, le numéro de l'affaire se compose de plusieurs éléments. Tout d'abord, une lettre indique le type de procédure. La lettre N se réfère à une mesure notifiée tandis que les lettres NN se réfèrent à une mesure qui n'a pas été notifiée dans les conditions prévues au paragraphe 3 de l'article 108 TFUE. Ensuite, deux séries de nombres indiquent, respectivement, un numéro de série puis l'année de notification ou d'enregistrement de l'affaire. Pour les mesures dont la complexité implique une scission en plusieurs décisions, une lettre (a, b, *etc*.) suit le numéro de série[5]. Les affaires enregistrées à partir du 23 novembre 2010 sont quant à elles répertoriées sur la base de normes simplifiées : un numéro unique suit le préfixe SA[6].

Ces décisions ont un nom et comprennent également une référence débutant par la lettre C, suivie de l'année de la décision entre parenthèses, puis d'un nombre à quatre chiffres[7]. Ces informations sont également mentionnées. Il arrive parfois que la version en langue de travail ne contienne ni date ni référence débutant par la lettre C, ce qui est mentionné entre crochets.

Ces décisions non publiées au JO sont disponibles dans la langue faisant foi et, le cas échéant, dans une version de travail, généralement en langue anglaise. Lorsque la langue faisant foi est la langue française ou anglaise, il est fait référence à la décision et à son nom original. Dans le cas inverse, il est fait référence à la version de travail et le nom de l'affaire est mentionné dans la langue de cette version de travail, le cas échéant en langue anglaise.

Ces principes sont appliqués pour les actes qui ne sont pas des décisions d'aides d'État mais dont les normes de publication sont équivalentes. Pour des raisons de forme, une exception a toutefois été faite pour les décisions de contrôle des plans nationaux d'allocation des quotas d'émission de gaz à effet de serre prises par la Commission en application de l'article 9 de la directive 2003/87[8], lesquelles sont mentionnées sous un nom abrégé et en langue française.

De manière générale, les actes pour lesquels aucune référence au JO n'est mentionnée n'y ont pas été publiés.

Enfin, les traductions en français des textes en langue anglaise étudiés sont de l'auteur.

---

[4] V. le guide en ligne à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/user_guide.html#1.
[5] Ces normes donnent lieu aux déclinaisons suivantes : par exemple, N 652/2007, NN 652/2007 ou N 652a/2007.
[6] Par exemple, SA.12345
[7] Par exemple, C(2009) 5523
[8] Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003, établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil (JO L 275 du 13 octobre 2003, p. 32)

INTRODUCTION

1. La rencontre entre la protection de l'environnement et la garantie de la libre concurrence suscite depuis quelques temps déjà l'intérêt de la doctrine, notamment en droit de l'Union européenne. Elle constitue un sujet d'étude qui paraît inépuisable : il est question de l'interaction entre deux préoccupations d'intérêt général potentiellement contradictoires qui appelle, par voie de conséquence, un arbitrage permanent et subtil[9].

2. Les travaux consacrés à ce sujet soulignent la complexité du débat en montrant que les sources de conflits entre ces deux préoccupations sont multiples. La protection de l'environnement peut tout d'abord être un obstacle à la libre concurrence sur le plan international[10] dans une économie mondialisée. Les normes environnementales imposées par un État ont souvent un coût qui se répercute sur la compétitivité de l'économie nationale. À l'inverse, ces normes peuvent aussi avoir des effets protectionnistes car elles sont susceptibles de constituer des barrières à l'entrée pour les entreprises établies sur des territoires qui n'imposent pas de réglementations équivalentes. Le manque d'harmonisation des mesures environnementales adoptées par les collectivités publiques, mais aussi la tentation de les accompagner de mesures de compensation, sont alors des sources potentielles de distorsions de concurrence[11].

3. Le conflit existe également lorsqu'il est question du maintien de la concurrence à l'intérieur même d'un État. Cela s'explique notamment par le fait que la liberté des opérateurs sur le marché pourrait favoriser des comportements dommageables pour l'environnement et la conservation des ressources naturelles[12]. Dans ces conditions, la protection de l'environnement devient une justification de l'intervention publique. L'État est en effet susceptible de réglementer directement le marché et de réduire par conséquent la liberté des opérateurs économiques pour protéger le milieu naturel. Il peut aussi favoriser certains opérateurs économiques en prenant à sa charge des activités jugées bénéfiques pour la protection de l'environnement, attribuer à des entreprises déterminées des droits spéciaux et

---

[9] V., notamment, les débats à l'occasion de l'atelier de la concurrence du 6 juillet 2005 organisé par la Direction générale de la de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, en particulier L. IDOT, « Présentation », *LPA*, 2006 n° 119, p. 4.

[10] Sur cette dimension du droit de la concurrence entendu *« dans une acception large »*, v. J.-M. THOUVENIN, « Droit international et droit de la concurrence », *Études et documents du Conseil d'État*, n° 53, 2002, p. 445, spéc. pp. 445-446.

[11] H. GHÉRARI, « Commerce international et environnement », *in* Y. PETIT (dir.), *Droit et politiques de l'environnement*, Paris, la Documentation française, 2011, notice 12 ; A. HEYES, « Note de référence », *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, 2007, n° 2, p. 200.

[12] C. CRAMPES, « Économie, environnement et concurrence », *LPA*, 2006, n° 119, p. 18.

exclusifs ou même encourager des accords entre elles afin qu'elles développent de façon autonome des normes environnementales[13]. On évoque alors *« l'avantage environnemental des structures non concurrentielles »*[14]. Or, le droit de la concurrence peut aboutir à la condamnation des interventions environnementales de ce genre, précisément parce qu'elles ont pour effet de créer ou de favoriser des comportements contraires à l'égalité des chances sur le marché[15]. La doctrine en vient alors parfois à déplorer, au sujet de certaines de ces condamnations, que *« le dialogue entre le respect des règles de la concurrence et la protection de l'environnement n'a pas eu lieu »*[16].

4. Dans ce contexte, les auteurs s'interrogent sur la possibilité de parvenir à une conciliation entre la protection de l'environnement et la garantie de la libre concurrence. La plupart des travaux en droit de l'Union consacrés à ce sujet abordent de façon générale l'ensemble des règles du droit de la concurrence, c'est-à-dire toutes les règles contenues aux actuels articles 101 à 109 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE ou traité FUE)[17]. Ils indiquent généralement que la confrontation entre l'environnement et la libre concurrence appelle des réflexions sur les méthodes des interventions en faveur de la protection du milieu naturel.

5. La doctrine souligne tout d'abord les enjeux politiques du débat. Pour certains, même si l'interaction entre efficacité économique et protection du milieu naturel ne doit pas être nécessairement analysée en termes conflictuels, le dogme de la croissance économique encouragé par la libre concurrence paraît difficilement compatible avec la protection de l'environnement car il accroît nécessairement la pression des activités humaines sur le milieu naturel[18]. Pour d'autres, la protection de l'environnement servirait de prétexte à l'État pour

---

[13] Les accords entre entreprises, conçus comme des outils d'« autorégulation », peuvent être favorisés par l'État indirectement, par exemple par la création de labels, ou directement, en faisant de ces accords une alternative négociée à la réglementation directe : à ce sujet, G. GROLLEAU, N. MZOUGHI, L. THIÉBAUT, « Les instruments volontaires : un nouveau mode de régulation de l'environnement ? », *RIDE*, 2004, n° 4, p. 461.

[14] C. CRAMPES, « Économie, environnement et concurrence », *op. cit*., p. 18.

[15] Un exemple souvent mentionné en doctrine est l'affaire *Duales System Deutschland*, dans laquelle la Commission a interdit l'organisation d'un système collectif de prise en charge de l'élimination des déchets d'emballages au titre d'un abus de position dominante : décision 2001/463/CE de la Commission du 20 avril 2001, Duales System Deutschland (DSD) (JO L 166 du 21 juin 2001, p. 1) ; v. P. THIEFFRY, « Environnement – Protection de l'environnement et droit de la concurrence », *JCl. Europe Traité*, fasc. 1920, n° 29 ; pour d'autres exemples, v. J.-M. COT, « Concurrence et environnement : approche en droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations », *LPA*, 2006, n°119, p. 6.

[16] D. GERARD, « Droit de la concurrence communautaire et protection de l'environnement, entre confrontation, convergence et conciliation », », *Revue droit & affaires*, 2008, vol. 5, p. 83, v. p. 87.

[17] On peut toutefois signaler une thèse consacrée au principe du pollueur-payeur qui consacre certains développements uniquement aux aides à la protection de l'environnement : E. DE SABRAN-PONTEVÈS, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, PUAM, 2007, spéc. pp. 39 et s.

[18] S. CHARBONNEAU, *Droit communautaire de l'environnement*, 2ème éd., Paris, L'Harmattan, 2006, pp. 7 et s ; J. GUYOMARD, *L'intégration de l'environnement dans les politiques intra-communautaires*, Paris, éd. Apogée, 1995, pp. 51 et s.

déployer une nouvelle strate d'action bureaucratique qui serait inefficiente, alors que des solutions conformes à la logique du marché, notamment l'appropriation privée des biens environnementaux, pourraient être plus efficaces[19]. À l'inverse, des auteurs dénoncent le fait que la protection de l'environnement doive se plier aux exigences de l'ordre concurrentiel, dans la mesure où elle pourrait en sortir affaiblie, tout en soulignant qu'il n'est pas exclu que le marché puisse être mis au service de la défense du milieu naturel[20]. Ainsi, les exigences de la libre concurrence amènent à réfléchir sur les formes de l'intervention de l'État : on oppose une écologie de type « dirigiste » à une écologie jugée plus « libérale »[21], dans un discours qui n'est donc pas dépourvu de présupposés idéologiques[22].

6. Un autre aspect remarquable de certains travaux consacrés à la rencontre entre concurrence et environnement réside dans l'importance qu'ils accordent à l'analyse économique du droit[23]. Des auteurs assument ainsi explicitement une orientation théorique qui mêle au discours juridique des éléments directement empruntés à la science économique[24]. Ils partent de théories élaborées par certains économistes, en particulier celles issues de l'école néoclassique, pour ajouter à l'explication du droit positif un discours prescriptif indiquant comment les exigences de la protection de l'environnement doivent être prises en compte dans le droit et la politique de concurrence[25] ou évaluant dans quelle mesure elles le doivent[26]. Ces études mesurent ainsi la rationalité économique des solutions adoptées par les institutions de l'Union, tant au stade de la qualification des actes contrôlés[27] qu'à celui du régime de leur

---

[19] M. FALQUE, « Introduction générale », *in* M. FALQUE, M. MASSENET (dir.), *Droits de propriété et environnement*, Paris, Dalloz, 1997, p. 1. Si cette contribution se fonde sur des arguments tirés de la science économique, on la classe ici parmi les discours de nature politique en raison des présupposés sur le rôle de l'État dans l'économie qu'elle véhicule.

[20] G. J. MARTIN, « Environnement et concurrence : approche en droit de l'environnement », *LPA*, 2006, n° 119, p. 15 ; du même auteur, « Les prémisses de la régulation en matière d'environnement : de la police administrative au Livre vert de la Commission européenne du 28 mars 2007 », *in* G. J. MARTIN, B. PARANCE (dir.), *La régulation environnementale*, Paris, LGDJ, 2012, p. 3.

[21] H. CALVET, « Droit de la concurrence et environnement sont-ils compatibles ? », *Revue droit & affaires*, 2008, vol. 5, p. 76.

[22] Il apparaît, du reste, comme une déclinaison dans le domaine environnemental des analyses qui soulignent une montée en puissance de l'économie de marché et un déclin de l'État : B. REMICHE, « Droit économique, marché et intérêt général », *in Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, éd. Frison-Roche, 1999, p. 253.

[23] On la retrouve en particulier dans deux des travaux les plus substantiels consacrés à la protection de l'environnement en droit de la concurrence de l'Union : H. VEDDER, *Competition Law and Environmental Protection in Europe – Towards Sustainability ?*, Groningen, Europa Law Publishing, 2003 ; S. KINGSTON, *The Role of Environmental Protection in EC Competition Law and Policy*, thèse, Université de Leiden, 2009.

[24] H. VEDDER, *op. cit.*, spéc. pp. 3-4 et 13-14 ; S. KINGSTON, *op. cit.*, pp. 1-2.

[25] H. VEDDER, *op. cit.*, spéc. pp. 38-40.

[26] S. KINGSTON, *op. cit.*, spéc. pp. 80 et s. et pp. 250 et s., où cette auteur souligne la différence qui existe en droit des aides d'État par rapport au reste du droit de la concurrence, puisque la protection de l'environnement est un objectif d'intérêt général poursuivi par les États.

[27] V., en particulier, E. DE SABRAN-PONTEVÈS, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, *op. cit.*, qui envisage une définition de l'aide d'État alternative à celle existant au droit positif en s'appuyant sur des théories du commerce international : pp. 120 et s.

autorisation ou de leur interdiction[28]. En général, ces études indiquent que les analyses de science économique sur lesquelles elles se fondent permettent la conciliation entre les objectifs de la politique de protection de l'environnement et ceux de la politique de la concurrence. Sur le plan théorique, *« il s'agit dans les deux cas (comme dans tous les domaines de l'action publique) d'optimiser le bien-être social. La réglementation de l'environnement a pour but de corriger les dysfonctionnements du marché associées aux externalités environnementales, la politique de la concurrence celui de promouvoir le bien-être du consommateur et l'efficacité économique en luttant contre les pratiques et les règles anti-concurrentielles »*[29]. Dans ces conditions, l'introduction de législations faisant peser directement un coût sur la pollution ou la consommation des ressources naturelles pourrait être une solution efficiente pour intégrer les conséquences dommageables des activités économiques sur l'environnement dans les mécanismes de formation des prix, compensant ainsi les dysfonctionnements du marché. Le maintien de la libre concurrence serait alors nécessaire pour garantir que ce processus ne soit pas altéré par des comportements anticoncurrentiels de l'État ou des entreprises qui pourraient fausser les mécanismes de prix[30].

7. En tenant compte de ces apports, la présente étude entend contribuer au débat doctrinal par l'analyse de l'application d'une partie du droit européen de la concurrence, à savoir le droit des aides d'État, aux mesures de protection de l'environnement. Cette précision étant faite, il paraît important, au vu de la dimension politique du débat et de la très forte tendance à l'interdisciplinarité que l'on retrouve dans certains des travaux susmentionnées, de préciser dès à présent la méthodologie retenue.

Choix méthodologiques

8. Il est ici question de se limiter à l'analyse du droit positif, ce qui appelle plusieurs précisions. Tout d'abord, il ne s'agit pas d'engager une réflexion *de lege ferenda* sur l'opportunité de l'application du droit de la concurrence aux mesures de la protection du milieu naturel. Dès lors que les politiques nationales de protection de l'environnement reposent sur des mesures qui prennent la forme d'aides, les articles 107 et suivants du traité FUE ont vocation à s'appliquer[31]. Aucune disposition des traités constitutifs de l'Union n'indique que la solution contraire serait recevable. C'est à l'occasion de la qualification des

[28] S. KINGSTON, *op. cit.*, spéc. pp. 145 et s. ; VEDDER, *op. cit.*, spéc. pp. 59-67.
[29] A. HEYES, « Note de référence », *op. cit.*, v. p. 203.
[30] VEDDER, *op. cit.*
[31] En ce sens, L. IDOT, « Droit de la concurrence et protection de l'environnement – La relation doit-elle évoluer ? », *Concurrences*, 2012, n° 3, p. 1, spéc. n°s 4-5.

mesures nationales au regard de l'article 107 TFUE et de l'application du régime juridique qui en découle que les arbitrages entre la protection de l'environnement et la concurrence pourront s'effectuer. Le fait qu'on le déplore ou non ne doit pas interférer dans l'analyse.

9. Ensuite, la présente étude fera parfois référence à la science économique. Il convient toutefois de préciser à quelles conditions. Cette ouverture paraît nécessaire puisque certains travaux de science économique influencent parfois fortement la confection des politiques environnementales, mais aussi celle du droit des aides d'État. Il s'agit cependant là d'un simple constat. On ne fera ainsi référence à cette discipline non juridique que lorsqu'elle semble utile pour éclairer certaines conceptions des problématiques environnementales partagées par les acteurs du droit des aides d'État, indépendamment de la question de savoir si et à quelles conditions elle est utile[32]. En tout état de cause, il n'est pas question de s'engager dans une analyse économique du droit qui pourrait évaluer, aux fins d'une démarche prescriptive[33], comment devraient être les normes juridiques en fonction de la réalisation du bien-être social des agents économiques.

10. En somme, il est ici question d'analyser les problèmes juridiques soulevés par l'application du droit des aides d'État aux mesures de la protection de l'environnement tels qu'ils se présentent dans l'ordre juridique de l'Union. Il s'agit d'une démarche autonome, c'est-à-dire indépendante de considérations politiques ou liées à l'efficience économique, et qui présente en soi un intérêt pour la compréhension du droit positif.

Intérêt de l'étude

11. La présente étude se limite au droit des aides d'État qui est consacré aux actuels articles 107 à 109 TFUE. Les seules dispositions du droit de la concurrence de l'Union applicable aux entreprises qui seront abordées sont celles de l'article 106 TFUE, parce que ce dernier contient la notion de services d'intérêt économique général et que le financement de ces services concerne directement le droit des aides d'État[34]. En revanche, les articles 101 à 105 TFUE sont ici exclus.

---

[32] Sur ce débat, v., notamment, M.-A. FRISON-ROCHE, « L'idée de mesurer l'analyse économique du droit », *in* G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE, M. KLEIN (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, 2005, p. 19 ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « L'analyse économique est-elle une source du droit ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006. 505 ; v., plus généralement, *V°* « économie et droit », *in* D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.

[33] Sur la dimension prescriptive de l'économie du droit, v. B. DEFFAINS, *v°* « Droit – Économie du droit », *Encyclopaedia Universalis*.

[34] V., en particulier, CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, Rec. I-7747.

12. Ce choix peut tout d'abord s'expliquer par le fait que, dans la plupart des cas, les travaux consacrés à la rencontre entre la protection de l'environnement et le droit de la concurrence se concentrent principalement sur les articles 101 à 105 TFUE[35]. Le domaine environnemental ne fait que confirmer un constat général : par rapport aux autres domaines du droit de la concurrence de l'Union, *« l'intérêt des chercheurs, tant économistes que juristes, pour la politique des aides est resté faible »*[36]. Ces considérations pourraient suffire à justifier l'intérêt d'une étude exclusivement consacrée à l'application des articles 107 à 109 TFUE aux mesures de protection de l'environnement. On peut néanmoins ajouter que les problématiques environnementales se présentent d'une façon singulière en droit des aides, ce qui s'explique par les caractéristiques de cette matière.

13. Certes, on conviendra sans peine qu'il existe d'importants points communs entre les diverses dispositions relatives à la libre concurrence contenues dans le traité FUE. Leur existence s'explique par le contexte de l'intégration économique visée par le droit de l'Union : de même que les entreprises ne doivent pas élaborer des stratégies aboutissant à un cloisonnement des marchés, les États membres ne doivent pas détourner l'instrument traditionnel de la réalisation de leurs politiques économiques et sociales que constituent les aides publiques pour fausser le jeu de la concurrence en accordant des avantages artificiels aux entreprises établies sur leur territoire, car cela aurait pour effet de réintroduire des obstacles aux échanges que les traités cherchent à faire disparaître[37]. Ces dispositions sont également une expression de la conception libérale de l'économie qui ressort de l'esprit du traité et selon laquelle le libre fonctionnement des marchés et l'initiative privée doivent constituer les moteurs de la croissance économique[38]. Par ailleurs, il ne s'agit pas d'occulter le

---

[35] Par exemple, l'étude de S. Kingston consacre plus d'une centaine de pages au droit privé de la concurrence, mais seulement une trentaine au droit des aides d'État : S. KINGSTON, *The Role of Environmental Protection in EC Competition Law and Policy*, *op. cit.*, pp. 162 et s. ; quant à l'étude de E. de Sabran Pontèves, elle n'est pas consacrée exclusivement à cette matière : E. DE SABRAN-PONTEVÈS, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, *op. cit*. pp. 39 et s. ; on trouvera bien évidemment d'autres travaux consacrant des développements importants ou exclusifs au droit des aides dans le domaine environnemental (v., par exemple, A. KLIEMANN, « Aid for Environmental Protection », *in* M. SÁNCHEZ RYDELSKI (dir.), *The EC State Aid Regime : Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, Londres, Cameron May, 2006, p. 315 ; P. THIEFFRY, « Environnement – Protection de l'environnement et droit de la concurrence », *op. cit.*, n°s 45 et s. ; S. WOSCHECH, *The State Aid Dimension of Environmental Aid*, Göttingen, Cuvillier, 2009) mais force est d'admettre qu'ils restent assez rares.

[36] T. KLEINER, A. ALEXIS, « Politique des aides d'État : Une analyse économique plus fine au service de l'intérêt commun », *Concurrences*, 2005, n° 4, p. 45, n° 3.

[37] V., à cet égard, le rapport Spaak : Comité intergouvernemental créé par la conférence de Messine, *Rapport des chefs de délégation aux ministres des Affaires étrangères*, Bruxelles, Secrétariat, 21 avril 1956, pp. 16-17 et 53-59 ; M. WAELBROECK, « La place de la concurrence dans le traité de Lisbonne », *in Mélanges en hommage à Georges Vandersanden*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 829, spéc. n° 2.

[38] K. BACON (dir.), *European Community Law of State Aid*, OUP, 2009, n° 1.07 ; M. DONY, F. RENARD, C. SMITS (collab.), *Contrôle des aides d'État*, Commentaire J. Mégret, 3ème éd., ÉUB, 2007, n° 1.

fait que les interdictions contenues aux articles 101 à 105 TFUE, qui sont adressées aux entreprises, peuvent être opposables aux États membres dès lors que ces derniers participent à un comportement d'entreprise anticoncurrentiel[39].

14. Il n'en demeure pas moins que le cœur de l'application des règles de concurrence contenues aux articles 101 à 105 TFUE concerne, précisément, les comportements d'entreprises. Leur opposabilité aux États membres reste donc cantonnée à des hypothèses limitées. En revanche, les articles 107 à 109 TFUE ont pour destinataires les États membres uniquement. Il est d'ailleurs parfois soutenu qu'ils se rapprochent plutôt des libertés de circulation dans le système juridique de l'Union[40]. De ce point de vue, et contrairement aux articles 101 à 105 TFUE dont la substance se retrouve dans de nombreux ordres juridiques nationaux, le droit des aides d'État constitue un objet tout à fait original du droit de la concurrence l'Union[41]. S'il vise le maintien de l'égalité des chances entre les entreprises[42], il concerne aussi, dans une certaine mesure, la concurrence entre les États membres eux-mêmes[43]. Cette différence ne doit pas être minorée : les articles 107 à 109 TFUE régissent nécessairement et exclusivement les actes des États, quand bien même leur sanction aurait des conséquences indirectes sur le patrimoine des entreprises.

15. La particularité du droit des aides d'État s'apprécie dès lors au regard du fait que ce ne sont pas des actes juridiques et matériels de personnes privées qui sont contrôlés. Pour ne prendre qu'un exemple, ce droit peut concerner des mesures de nature fiscale[44] : il est évident que tant la forme que les objectifs des impôts sont caractéristiques de la puissance publique et ne sauraient trouver aucun équivalent dans les actes pris par des personnes privées. Le raisonnement adopté par les institutions pour qualifier ces mesures et pour apprécier leur

---

[39] M. WAELBROEK, « Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE » (1987), reprod. *in Droit international, intégration européenne et libres marché*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 583, spéc. pp. 588 et s. ; R. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence – t. II B*, Paris, Publisud, 2005, pp. 421 et s.

[40] A. BIONDI, « Some Reflections on the Notion of 'State Aid Resources' in European Community State Aid Law », *Fordham Int'l L.J.*, 2006 (5), p. 1426, v. pp. 1427-1428.

[41] C.-D. EHLERMANN, « State Aid Control in the European Union : Success or Failure ? », *Fordham Int'l L.J.*, 1994 (4), p. 1212, spéc. pp. 1213-1214, selon qui le droit des aides d'État est « unique ». Pour une perspective historique de l'usage des aides publiques et son contrôle, v. M. WATHELET, P.-E. PARTSCH, « Délimitation des contours de la notion d'aide d'État en droit communautaire », *in Les aides d'État en droit communautaire et en droit national*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 3, v. pp. 3-5 ; J. ZILLER, « Mondialisation et intervention publique dans le marché », *RIDE*, 2002, n° 2-3, p. 313, spéc. pp. 315-318.

[42] M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, n° 47.

[43] L. COPPI, « The role of economics in State aid analysis and the balancing test », *in* E. M. SZYSZCZAK (dir.), *Research Handbook on European State Aid Law*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 64, v. p. 75 ; J. FLETT, K. WALKEROVA, « An Ecotax Under the State Aid Spotlight : the UK Aggregates Levy », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, Austin, Boston, Chicago, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 223, v. p. 227.

[44] V. notamment, C. MICHEAU, *La réglementation des aides d'État et des subventions en fiscalité*, Bruxelles, Larcier, 2013.

conformité avec le marché intérieur en application de l'article 107 TFUE est alors tout à fait spécifique. Il faut en particulier intégrer le fait que, à la différence des règles de concurrence applicables à des entreprises poursuivant leur intérêt propre, les articles 107 TFUE et suivants contraignent l'action de l'État qui tend, en principe, à réaliser l'intérêt général. L'aide publique peut ainsi être l'instrument de la réalisation de ses objectifs politiques. Cette particularité implique de concevoir des outils d'appréciation particuliers à la matière et qui n'ont pas leur équivalent lors de l'application des articles 101 à 105 TFUE[45].

16. Cette remarque permet également de mesurer la particularité des enjeux de l'application du droit des aides d'État dans le domaine environnemental. Puisque ce sont des actes de l'État qui font l'objet d'un contrôle au titre de l'article 107 TFUE par les institutions de l'Union, ce sont bien les instruments des politiques publiques de la protection de l'environnement qui sont soumis à cette disposition. Le droit des aides d'État intéresse donc directement la faculté d'un groupe social organisé en collectivité publique de protéger le milieu naturel sur son territoire, au motif que cette collectivité a conclu un traité international contenant des règles relatives à la libre concurrence.

17. Ces considérations pourraient enfin expliquer la situation particulière du droit des aides d'État dans le débat sur la rencontre entre l'environnement et la concurrence. Dans le contexte de la sanction des articles 101 à 105 TFUE, les décisions relatives à la protection de l'environnement sont peu nombreuses et les évolutions restent modestes[46]. En revanche, l'intégration de la protection du milieu naturel dans le droit des aides d'État est plus précoce et plus approfondie[47]. Depuis les années 1970[48], les aides à l'environnement ont donné lieu à quelques dizaines d'arrêts de la Cour de justice, mais aussi à plusieurs centaines de décisions de la Commission[49]. Ce constat n'est guère surprenant si l'on tient compte du fait que la

---

[45] V., à cet égard, le débat en doctrine : S. MARTIN, C. STRASSE, « La politique des aides d'États est-elle une politique de concurrence ? », *Concurrences*, 2005, n° 3, p. 52 ; *comp*. T. KLEINER, A. ALEXIS, « Politique des aides d'État : Une analyse économique plus fine au service de l'intérêt commun », *Concurrences*, 2005, n° 4, p. 45, spéc. n°s 12-17 ; v., également, J.-F. BELLIS, « Les critères de la distorsion de concurrence et de l'effet sur le commerce interétatique », *in* M. DONY, C. SMITS (dir.), Aides d'État, ÉUB, 2005, p. 97 ; spéc. n°s 1-3.

[46] L. IDOT, « Droit de la concurrence et protection de l'environnement – La relation doit-elle évoluer ? », *op. cit.*, spéc. n°s 6-7.

[47] V., notamment, D. GERARD, « Droit de la concurrence communautaire et protection de l'environnement, entre confrontation, convergence et conciliation », *op. cit.*, p. 91 ; L. IDOT, « Environnement et droit communautaire de la concurrence », *JCP G*, 1995. I 3852, n° 30.

[48] À notre connaissance, la première décision de la Commission en matière d'aides évoquant la protection de l'environnement date de 1973 : v. décision 73/293/CE de la Commission du 11 septembre 1973, concernant les aides que le gouvernement belge projette d'accorder en faveur de l'extension d'une raffinerie de pétrole à Anvers (province d'Anvers) et de l'implantation d'une nouvelle raffinerie à Kallo (province de Flandre orientale) (JO L 270 du 27 septembre 1973, p. 22), v., pt. IV.

[49] Une recherche effectuée le 13 septembre 2013 via le moteur de recherche disponible sur le site Internet de la Commission (http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm) répertorie 657 décisions d'aides d'État relatives à la protection de l'environnement et aux économies d'énergies adoptées depuis le 1er janvier 2000.

protection de l'environnement est un objectif d'intérêt général. Dès lors que les États ont entendu développer des politiques en vue de garantir cette protection et ont employé notamment à cette fin des aides publiques, le droit des aides d'État était applicable et a impliqué de la part de la Commission des considérations spécifiques.

18. On peut enfin ajouter que les problèmes juridiques suscités par la sanction des articles 107 à 109 TFUE dans le domaine environnement sont loin d'être épuisés. Bien au contraire, la matière est en constante évolution et certains développements particulièrement significatifs sont très récents[50]. Au regard de l'ensemble de ces considérations quantitatives et qualitatives, il semble donc justifié de limiter l'étude à l'application du droit européen des aides d'État aux mesures de la protection de l'environnement.

Délimitation du sujet

19. Si les considérations qui précèdent permettent de situer le sujet en excluant les articles 101 à 105 TFUE tout en précisant que l'article 106 TFUE en relève, il convient toutefois d'en préciser la délimitation. À cette fin, on peut s'attacher aux termes qui le définissent.

Délimitation en fonction du droit des aides d'État

20. Puisqu'il est ici question de mener une étude de droit européen des aides d'État, il semble évident de la délimiter en premier lieu en fonction de cette matière. Il paraît notamment utile de fournir, à titre liminaire, quelques éléments de présentation sur la base des règles fondamentales qui sont fixées dans le droit primaire par les articles 107 à 109 TFUE.

21. Ainsi qu'il l'a été précédemment exposé, le droit des aides de l'Union a pour objet de garantir l'intégrité du marché intérieur en évitant que les États n'accordent des avantages artificiels aux entreprises établies sur leurs territoires. Si ce droit véhicule ainsi une conception libérale de l'organisation de l'économie, les rédacteurs du traité ont néanmoins fait preuve de pragmatisme : il ne s'agit pas d'interdire totalement les aides publiques, mais

[50] Pour prendre un exemple, la question des éléments d'aides contenus dans les mécanismes d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre à été précisée par l'arrêt CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, non encore publié au Recueil, et a donné lieu à l'adoption en 2012 de lignes directrices concernant certaines aides d'État dans le contexte du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre après 2012 (2012/C 158/04) (JO C 158 du 5 juin 2012, p. 4) dont les premières applications sont donc très récentes : v., notamment, décision de la Commission du 2 mai 2013, State aid SA.35543 (2013/N) – United Kingdom – Compensation for indirect EU ETS costs in the UK (C(2013) 2380 final).

plutôt de les limiter, tout en assurant leur contrôle au niveau de l'Union[51]. Les aides peuvent ainsi être autorisées, au premier chef par la Commission, à la condition qu'elles soient réellement utiles à la poursuite des objectifs économiques et sociaux considérés comme admissibles et que leurs modalités respectent certaines prescriptions définies par cette institutions[52].

22. Cette orientation se reflète dans les dispositions fondamentales du traité[53]. L'article 107 TFUE, tout d'abord, contient les dispositions matérielles essentielles. Son paragraphe premier dispose, en substance, que les aides d'État sont incompatibles avec le marché intérieur. Il contient ainsi une catégorie juridique — l'aide d'État — attachée à une règle de principe —l'incompatibilité. Les paragraphes 2 et 3 établissent quant à eux, respectivement, les dérogations de plein droit et les dérogations facultatives à cette règle : ils désignent, en fonction de leurs objectifs, les aides qui sont compatibles avec le marché intérieur et celles qui peuvent l'être. L'article 108 TFUE établit les règles de procédure et de compétence permettant d'assurer la sanction de l'article 107 TFUE. Pour l'essentiel, il charge la Commission du contrôle des aides existantes et des règles nouvelles selon deux procédures différentes, établies respectivement aux paragraphes 1 et 3. Le paragraphe 2 prévoit que ces deux procédures peuvent aboutir à l'adoption par la Commission de décisions individuelles sanctionnant la règle de l'article 107 TFUE et les exceptions de son paragraphe 3. Il attribue par ailleurs au Conseil un pouvoir dérogatoire d'autorisation des aides. Le paragraphe 4 confère également à la Commission un pouvoir d'adopter des règlements énonçant des conditions générales de compatibilité des catégories d'aides ayant pour effet de les dispenser de la procédure normalement applicable aux aides nouvelles. Ce pouvoir ne peut toutefois être exercé qu'à la suite de l'adoption d'un règlement de base du Conseil pris sur le fondement de l'article 109 TFUE, lequel prévoit plus généralement que cette institution peut prendre tous règlements utiles en vue de l'application des articles 107 et 108 TFUE.

23. Dans le contexte de cette étude, toutes ces disposions, qu'elles soient de droit matériel, institutionnel ou procédural, seront abordées. Il en est de même de toutes les catégories d'actes de droit dérivé qui en procèdent, qu'il s'agisse des règlements de base ou d'exécution,

---

[51] E. GRABITZ, « Réglementation des aides et droit communautaire », *in* J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. VANDAMME (dir.), *Interventions publiques et droit communautaire*, Paris, Pedone, 1988, p. 72, n°s 8 et s.

[52] K. BACON (dir.), *European Community Law of State Aid*, OUP, 2009, n°s 1.13-1.16 ; F. BERROD, « Aides (notion) », *Rép. Dalloz communautaire*, n°s 6-9.

[53] Au sujet de ces dispositions, on renvoie notamment aux études générales suivantes, parmi les plus récentes : K. BACON (dir.), *op. cit.* n°s 1.17-1.43 ; L. GRARD, « Aides d'État – Notion », *JCl. Europe Traité*, fasc. 1530, n°s 4-8 ; du même auteur, « Aides d'État – Procédures de contrôle », *JCl. Europe Traité*, fasc. 1532, n°s 1-3 ; M. HEIDENHAIN(dir.), *European State Aid Law*, Munich/Oxford, C. H. Beck/Hart publishing, 2010, pp. 1-7.

des décisions individuelles et des actes atypiques[54] lesquels, par définition, ne sont pas prévus par le cadre juridique du traité. Est également inclus le droit des aides établi par le traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) de 1951. Bien que ce traité, prévu pour cinquante ans, ne fasse plus partie du droit positif depuis son expiration en 2002[55], la règle de l'interdiction des aides qu'il contenait à son article 4 c), ainsi que le régime de la compatibilité des aides développé sur la base de son article 95, entretenaient des rapports étroits avec le droit des aides de l'Union[56]. Il en sera donc tenu compte lorsqu'il présente des solutions particulièrement remarquables.

24. À ces éléments positifs de définition, il convient d'ajouter un élément négatif : il est ici choisi de ne pas faire de références à l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires adopté dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)[57]. Cette précision semble importante car de nombreux travaux se sont attachés à comparer le droit des aides de l'Union avec cet acte du droit international économique et les décisions qui en sont issues[58] en raison des importantes similarités entre ces deux matières.

25. À cet égard, il faut relever que dans l'ordre juridique de l'Union, l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires n'est pas une source de droit qui pourrait remettre en cause de quelque façon que ce soit la validité des règles comprises aux articles 107 à 109 TFUE. Le juge de l'Union refuse d'ailleurs de faire dépendre l'interprétation de ces règles du droit des subventions[59]. L'Accord peut influencer le droit des aides, notamment lorsqu'il est question de le réformer, mais il ne s'agit là que d'une éventuelle contrainte indirecte, visant notamment à faire en sorte que des aides autorisées sur la base de l'article 107 TFUE ne

---

[54] Le droit des aides d'État est en effet un domaine particulièrement propice au développement d'actes non prévus par la nomenclature de l'article 188 TFUE. V., par exemple, les lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01) (JO C 82 du 1er avril 2008, p. 1), qui formellement sont des communications.

[55] À ce sujet, C. BLUMANN, L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4ème éd., Paris, Litec, 2010, n° 65.

[56] En particulier, la notion d'aide dans ces deux traités est presque similaire, et les principes dégagés pour l'interprétation de la notion contenu dans le traité CECA restent utilisés. V., pour un exemple particulièrement illustratif, l'arrêt CJCE, 23 fév. 1961, *De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Haute Autorité*, 30/59, Rec. p. 3, rendu en droit des aides CECA et qui sert à l'interprétation de l'actuel article 107 TFUE, par exemple dans l'arrêt CJCE 14 avril 2005, *AEM*, C-128/03 et C-129/03, Rec. p. I-2861, pt. 38. Sur le droit des aides CECA en général, v. J.-P. KEPPENNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1999, nos 695 et s.

[57] Sur cet accord, v. P. MONNIER, H. RUIZ-FABRI, « Organisation mondiale du commerce – Règles : dumping, subventions, mesures de sauvegarde », *JCl. Droit international*, fasc. 130-25.

[58] V., notamment, C. MICHEAU, *La réglementation des aides d'État et des subventions en fiscalité*, *op. cit.* ; L. RUBINI, *The Definition of Subsidy and State Aid : WTO and EC Law in Comparative Perspective*, OUP, 2010 ; E. DE SABRAN-PONTEVÈS, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, *op. cit.*, spéc. pp. 39 et s ; B. SLOCOCK, « EC and WTO Subsidy Control Systems – some Reflections », *EStAL*, 2007, n° 2, p. 249 ; J.-M. THOUVENIN (dir.), *Droit international et communautaire des subventions – Le cas de l'aéronautique civile*, Paris PUF, 2001.

[59] TPICE, 29 septembre 2000, *CETM/Commission*, T-55/99, Rec. p. II-3207, pt. 50.

puissent donner lieu à des différends à l'OMC[60]. Par ailleurs, les critères de définition de la catégorie d'aide et de celle de subvention sont certes proches, mais leur contenu diffère parfois de façon assez significative[61], ce qui a été d'ailleurs constaté dans une étude concernant les aides à l'environnement[62]. Il existe aussi des différences notables en ce qui concerne les régimes d'interdiction des subventions ainsi que les mécanismes de leur sanction[63]. En somme, si les rapprochements entre le droit européen des aides d'État et le droit international des subventions présentent un intérêt scientifique indubitable et largement démontré, l'assimilation entre ces deux matières reste exclue.

26. Or, la présente étude privilégie une analyse poussée du droit des aides d'État. Le contrôle des diverses formes de mesures environnementales susmentionnées a impliqué de la part des institutions de l'Union des analyses particulières au stade de la qualification d'aide, qui ont débouché sur le développement de critères de définition de cette catégorie qui sont spécifiques à la matière. Par ailleurs il est également question d'analyser dans le détail le régime juridique des aides à l'environnement développé unilatéralement par la Commission par le moyen d'actes et sur la base de procédures qui ne connaissent pas d'équivalent en droit des subventions de l'OMC. Ce sont donc les objectifs de la présente étude qui laissent croire que les comparaisons avec l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires ne sont pas indiquées.

27. Ainsi, il est question d'examiner tous les aspects du droit européen des aides d'État. Il ne s'agit pas pour autant d'une étude générale de la matière : le droit des aides est ici envisagé dès lors qu'il est appliqué à des mesures de protection de l'environnement.

---

[60] À ce sujet, v. C.-D. EHLERMANN, M. GOYETTE, « The Interface between EU State Aid Control and the WTO Disciplines on Subsidies », *EStAL*, 2006, n° 4, p. 695.

[61] En particulier, sont exclues de la notion d'aide les mesures qui n'emportent pas de charge pour le budget de l'État (CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Rec. I-2099, pt. 58) alors que cette limitation très importante n'est pas valable pour la notion de subvention : C.-D. EHLERMANN, M. GOYETTE, *op. cit.*, spéc. pp. 698-700.

[62] E. DE SABRAN-PONTEVÈS, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, *op. cit.*, spéc. pp. 39 et s.

[63] Le droit des subventions de l'OMC prévoit que certaines subventions sont nécessairement interdites, cette règle étant variable en fonction du niveau de développement des États, ce qui ne trouve aucun équivalent à l'article 107 TFUE. Par ailleurs, il est des subventions qui sont contestables en fonction du préjudice qu'elles causent à un État, alors que la compatibilité des aides d'État s'apprécie de façon objective au regard de l'atteinte au marché intérieur. Enfin, le droit de l'OMC ne connaît pas de régime de sanction équivalent au pouvoir de décision de la Commission, et les mesures compensatoires et contre-mesures qu'il prévoit sont inconcevables en droit de l'Union, les principes a cet égard ayant été posés bien avant l'adoption de l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires : v. CJCE, 22 mars 1977, *Steinike & Weinlig*, 78/76, Rec. p. 595, pt. 24. Sur le régime des subventions en droit de l'OMC, v. J.-M. THOUVENIN, « Les subventions et les mesures compensatoires », *in* P. DAILLIER, G. DE LA PRADELLE, H. GUÉRARI, *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, p. 397, spéc. n°s 12 et s ; D. CARREAU, P. JULLIARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2010, n°s 598 et s.

Délimitation en fonction de la notion de mesures de protection de l'environnement

28. Ce second critère de la délimitation du sujet invite à préciser ce que l'on entend par « mesures de protection de l'environnement ». Le principal problème qui se pose tient alors à la notion d'environnement elle-même.

29. Cette dernière, bien qu'elle existe dans le droit positif de l'Union[64], n'est définie clairement ni par le traité ou le droit dérivé[65] ni par la jurisprudence. Il faut donc s'en remettre aux définitions théoriques proposées par la doctrine. Or, les auteurs conviennent qu'il s'agit là d'un concept imprécis car originellement indéterminé[66]. Faute de mieux, ils s'entendent parfois pour partir de la définition du grand Larousse de la langue française selon laquelle l'environnement désigne *« l'ensemble des éléments naturels ou artificiels qui conditionnent la vie de l'homme »*[67], tout en admettant l'imperfection qu'induit sa très grande généralité. La notion chevauche ou se confond ainsi avec d'autres concepts, comme la nature ou la biosphère[68].

30. Afin de parvenir à une définition plus précise, il est possible de procéder par énumération des éléments composant l'environnement. Ainsi, la faune et la flore, le sol, l'eau, l'air, le climat et le paysage constituent son noyau dur[69]. Mais on peut aussi y inclure la santé publique, des aspects sociaux et économiques comme les conditions de travail ou l'aménagement du territoire, ou encore des aspects esthétiques et culturels comme le patrimoine naturel ou architectural[70]. La notion est donc au moins élastique[71], quand elle ne devient pas un *« concept fourre-tout »*[72]. La façon dont elle est délimitée n'est pas neutre sur le plan idéologique : l'inclusion d'éléments dépassant les seuls écosystèmes renverrait à une vision anthropocentrique, plus axée sur la qualité de vie que sur les conditions de la vie[73]. À

---

[64] V., en particulier, articles 3, paragraphe 3, et 21, paragraphe 2, TUE, et articles 4, paragraphe 2, e), 11, 114, paragraphes 3 à 5, 177, 191 à 193 et 194 TFUE.

[65] Si ce dernier peut parfois contenir des éléments de réponse, ils restent très généraux et spécifiques à l'acte considéré : v., par exemple, concl. P. LÉGER sous CJCE, 2 mai 1996, Commission/Belgique, C-133/94, Rec. I. 2323, pts. 53-57, au sujet de la directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement (JO L 175 du 5 juillet 1985 p. 40).

[66] Y. PETIT, « Environnement », *Rép. communautaire Dalloz*, n° 2.

[67] *Ibid.* ; R. ROMI, *Droit de l'environnemen*t, 7ème éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 15.

[68] N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, Commentaire J. Mégret 3ème éd., ÉUB, 2010, n° 19.

[69] Y. PETIT, *op. cit.*, n° 2.

[70] L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, 7ème éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2011, nos 1–01-1–03 ; v., également, M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6ème éd., Paris, Dalloz, 2011, nos 1-6.

[71] D. MISONNE, *Droit européen de l'environnement et de la santé*, Louvain-la-Neuve/Paris, Anthemis/LGDJ, 2011, p. 7.

[72] N. DE SADELEER, *op. cit.*, n° 19.

[73] *Ibid.* ; R. ROMI, *op. cit.*, p. 16 ; D. MISONNE, *op. cit.*, pp. 2-10 ; v., également, A. KISS, J.-P. BEURIER, *Droit international de l'environnement*, 4ème éd., Paris, Pedone, 2010, pp. 17-19.

cet obstacle s'ajoute une difficulté liée à l'objet des débats doctrinaux relatifs à cette définition. La notion d'environnement est en effet au cœur des discussions relatives à l'existence d'un droit de l'environnement entendu comme une véritable « branche du droit », proposition qui trouve des défenseurs[74] comme des détracteurs[75] et que certains auteurs conçoivent explicitement comme une question d'ordre politique[76].

31. Au vu de ces difficultés, il convient de s'en tenir à une acception de la notion d'environnement utile aux fins de la présente étude — étant entendu que, pour des raisons de forme, on utilisera parfois le terme de « milieu naturel » comme équivalent. Tout d'abord, puisqu'il est question d'une étude de droit des aides d'État, le débat relatif à l'existence du droit de l'environnement comme branche spécifique du droit n'a guère de pertinence. On ne voit en effet pas en quoi un débat sur les classifications doctrinales des règles de droit ayant pour objet la protection du milieu naturel pourrait avoir des conséquences sur l'analyse de cette matière. C'est d'ailleurs pour cette raison que la notion de « mesures de protection de l'environnement » est préférée à celle de « droit de l'environnement ».

32. Une fois cette précision faite, la notion de mesures de protection de l'environnement doit être définie selon le même objectif, c'est-à-dire d'une manière qui soit pertinente au regard du droit des aides d'État. À cet égard, on peut convenir d'une acception assez large, afin de ne pas délimiter trop strictement cette étude alors que la notion d'environnement est utilisée assez souplement tant dans la doctrine que par les acteurs du droit des aides d'État, tout en évitant l'écueil susmentionné du *« concept fourre-tout »* qui risquerait d'amener l'étude vers des domaines, comme la protection sociale, paraissant assez éloignés de son objet initial. Il paraît donc justifié de considérer que les mesures de protection de l'environnent sont celles qui ont pour objet la protection des éléments identifiés ci-dessus comme constituant le noyau dur de l'environnement. On peut ainsi notamment exclure de cette définition la santé publique[77]. En revanche, il faut préciser que les questions énergétiques relèvent partiellement de la présente étude, dès lors qu'il est question de mesures en faveur des énergies produites à partir de sources d'énergies renouvelables (ci-après « énergies SER ») et des économies

---

[74] V., par exemple, D. AMIRANTE, « L'autonomie scientifique du droit de l'environnement », *in Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 3.

[75] V., par exemple, E. DE SABRAN-PONTEVÈS, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, *op. cit.*, pp. 385-386.

[76] R. ROMI, *op. cit.*, p. 1 ; il est parfois soutenu que le droit de l'environnement ferait partie *« de ces quelques matières dans lesquelles il est particulièrement difficile d'être neutre »* : M.-A. COHENDET, « Science et conscience – De la neutralité à l'objectivité », *in Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, *op. cit.*, p. 75.

[77] Il s'agit là d'une précision importante dans la mesure où de nombreux auteurs considérent que la protection de l'environnement inclut une préoccupation de santé publique : v., notamment, D. MISONNE, *Droit européen de l'environnement et de la santé*, *op. cit.*, p. 10.

d'énergie[78], au titre d'une imbrication étroite avec la protection de l'environnement qui du reste est valable par ailleurs pour la politique de l'énergie de l'Union[79].

33. Enfin, ces mesures environnementales peuvent être précisées en fonction des personnes qui les adoptent et des personnes qu'elles visent et ce, toujours en considération de l'application du droit des aides d'État. À cet égard, il faut noter, d'une part, que l'article 107 TFUE a pour destinataire l'État : une mesure doit être imputable à un État membre pour tomber dans le champ du droit des aides[80]. C'est pourquoi la présente étude est délimitée en fonction des mesures environnementales adoptées par les États membres et non par celles que le législateur de l'Union peut adopter dans le contexte de la politique environnementale consacrée aux articles 191 à 192 TFUE. D'autre part, l'article 107 TFUE interdit d'accorder des aides aux entreprises. Un second élément de définition des mesures environnementales pertinent est donc la notion d'entreprise telle qu'elle est entendue dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « la Cour »)[81]. Cela permet d'exclure toutes les mesures qui n'ont pas au moins partiellement pour destinataires des personnes qui proposent des biens et des services sur le marché[82].

34. Il reste à apporter une dernière précision relative à la délimitation de l'étude. Le fait qu'elle soit fonction des mesures nationales de protection de l'environnement ne conduit pas à exclure de son champ la législation environnementale de l'Union adoptée sur la base des actuels articles 191 à 192 TFUE. Cette législation constitue en effet un acquis matériel très important, qui consiste en des actes de droit dérivé, principalement des directives, obligeant les États membres à adopter toutes sortes de mesures dans tous les domaines de la protection de l'environnement[83]. Ainsi, il faut noter que les mesures environnementales qui nous intéressent sont soumises à deux contraintes qui coexistent dans l'ordre juridique de l'Union. Cela amène à envisager une hypothèse particulière : certaines mesures environnementales nationales peuvent tomber sous le coup du droit des aides d'État, tout en étant

---

[78] La caractère partiel de l'inclusion s'explique par le fait que le droit des aides d'État concerne plus généralement l'ouverture des marchés de l'énergie à la concurrence, donc aussi les énergies dites conventionnelles : v. L. IDOT, « La contribution des autorités de concurrence à la politique de l'énergie de l'Union européenne », *Concurrences*, 2011, n° 2, p. 66, spéc. n°s 50 et s.

[79] Y. PETIT, « Énergie et environnement », *in* C. BLUMANN (dir.), *Vers une politique européenne de l'énergie*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 109, spéc. pp. 121 et s.

[80] V., récemment, CJUE, 30 mai 2013, *Doux Élevages et Coopérative agricole UKL-AREE*, C-677/11, non encore publié au Recueil, pt. 27.

[81] V., récemment, dans le domaine des aides à l'environnement, Trib. UE, 12 septembre 2013, *Allemagne/Commission*, T-347/09, non encore publié au Recueil, pt. 27.

[82] À titre d'exemple, sont ainsi exclues les mesures visant à organiser la consultation et la participation des citoyens au processus décisionnel dans le domaine environnemental.

[83] Sur cet acquis, v., notamment, Y. PETIT, « Environnement », *op. cit.*, n°s 100 et s. ; L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, 7ème éd., *op. cit.*, n°s 4–27 et s. ; N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, *op. cit*, n°s 60 et s. ; P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union*, 2ème éd., Bruxelles, Bruylant, 2011.

concomitamment soumises à un acte de la politique environnementale de l'Union. Cette remarque invite à tenir compte également dans la présente étude de la législation environnementale de l'Union. Il ne s'agit pas de l'étudier en soi, mais de la considérer en fonction de ce qu'elle apporte à l'analyse du droit des aides d'État.

35. En somme, la présente étude traite avant tout du droit des aides d'État de l'Union et son objectif est d'analyser largement l'application de cette matière aux mesures de protection de l'environnement entendues de manière relativement souple. Ces précisions permettent de souligner les problèmes juridiques que cette application soulève.

Problématique

36. Les enjeux de l'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement sont comparables à ceux du débat général sur les rapports entre l'environnement et la concurrence : il s'agit de la rencontre entre deux intérêts potentiellement conflictuels dont les termes sont apparus progressivement et vont en se complexifiant.

37. Sur un plan historique, il ne paraît pas exagéré de soutenir que lorsque les rédacteurs du traité de Rome de 1957 ont introduit des dispositions relatives au contrôle des aides d'État[84], ils ne songeaient certainement pas à ce qu'elles puissent avoir un impact sur des politiques nationales de protection de l'environnement. Mieux, le fait même de parler de politiques de protection de l'environnement en évoquant le contexte des années 1950 est certainement un anachronisme[85] : les problématiques environnementales n'ont été réellement envisagées en tant qu'objet d'une politique publique spécifique que vers la fin des années 1960, notamment sous l'impulsion de l'Union[86]. Cela peut expliquer que l'objectif de protection du milieu naturel était ignoré par les traités originels[87].

---

[84] V. articles 92 à 94 TCEE. V., auparavant, l'article 4 c) du traité CECA de 1951.

[85] Bien qu'il existe depuis longtemps des mesures de police administrative relatives notamment à la salubrité publique et aux établissements dangereux, on peut dire que *« le législateur national faisait du droit de l'environnement sans le dire »* jusque dans les années 1960 : Y. JÉGOUZO, « L'impact du droit communautaire sur le droit français de l'environnement », *in Mélanges en l'Honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 674.

[86] Les auteurs situent généralement la genèse des politiques environnementales « modernes », qu'elles soient nationales ou de l'Union, vers la fin des années 1960 et le début des années 1970, période qui coïncide avec la conférence des Nations-Unies sur l'environnement de Stockholm de 1972 : S. CHARBONNEAU, *Droit communautaire de l'environnement*, 2ème éd., Paris, L'Harmattan, 2006, pp. 6-7 ; D. MISONNE, *Droit européen de l'environnement et de la santé*, *op. cit.*, p. 39-40 ; P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union*, 2ème éd., *op. cit.*, pp. 4-6.

[87] La seule référence à la protection de l'environnement dans les traités se trouvait à l'article 36 TCEE, en vertu duquel des entraves non tarifaires peuvent être, par exception, justifiées pour des motifs *« de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux »*.

38. La situation évolue toutefois rapidement. Dans les années 1970, la prise de conscience de la pression que les activités humaines font peser sur le milieu naturel amène les États à développer des politiques environnementales. Immédiatement, l'apparition de ces nouvelles mesures adoptées unilatéralement par les États membres est perçue comme un menace pour le commerce international et la concurrence[88]. Les diverses normes de protection du milieu naturel, qu'elles règlementent directement la qualité de l'environnement, les produits ou les procédés industriels, de même que les redevances servant à inciter les entreprises à diminuer leur pollution et à financer certaines activités jugées nécessaires pour la protection de l'environnement, imposent des charges nouvelles aux entreprises. Or, le manque de coordination des États dans l'imputation de ces charges pourrait emporter des distorsions de concurrence dans le marché commun et ces derniers pourraient être tentés d'alléger ces charges en versant des aides aux entreprises établies sur leur territoire. En réponse à ce nouveau défi, le Conseil et la Commission envisageaient d'agir sur deux plans[89]. Tout d'abord, ils entendaient harmoniser les réglementations environnementales pour assurer que les charges qui en procèdent soient imputées sur des bases communes aux entreprises et pour éviter que l'intégration n'aboutisse au « moins disant » environnemental[90]. Par ailleurs, la Commission indiquait que la création de nouvelles charges ne devait pas devenir un prétexte pour que les États membres aident les entreprises. Elle annonçait qu'elle assurerait la sanction du droit des aides d'État aux mesures financières que les autorités nationales pourraient accorder aux entreprises pour compenser les charges environnementales nouvelles.

39. Quarante ans plus tard, ces objectifs restent valables. Les données fondamentales doivent toutefois être actualisées. Tout d'abord, le cadre juridique de la protection de l'environnement établi par le législateur de l'Union ne permet pas de faire disparaître les disparités réglementaires. Certes, la protection de l'environnement est désormais un objectif

---

[88] V., à cet égard, la recommandation du Conseil de l'Organisation de coopération et développement économiques (OCDE) sur les principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international, OCDE C(72)128, ainsi que la recommandation du Conseil de l'OCDE sur la mise en œuvre du principe du pollueur-payeur, OCDE C(74)223, reproduits *in* OCDE, *Le principe pollueur-payeur, définition, analyse, mise en œuvre*, Paris, éd. de l'OCDE, 1975, respectivement p. 9 et p. 16.

[89] V. la recommandation du Conseil du 3 mars 1975 relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement, 75/436/Euratom, CECA, CEE, et la Communication de la Commission au Conseil relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement – Principes et modalités d'application, qui y est annexée (JO L 194 du 25 juillet 1975, p. 1), spéc. pts. 4 c) et 6 b). Ces actes reprennent largement les analyses de l'OCDE susmentionnées. V., également, déclaration du Conseil des Communautés européennes et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil du 22 novembre 1973, concernant un programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement (JO C 112 du 20 décembre 1973, p. 1).

[90] Y. JÉGOUZO, « L'impact du droit communautaire sur le droit français de l'environnement », *op. cit.*, pp. 669-670.

consacré par le droit primaire de l'Union[91], laquelle a développé un important acquis matériel relatif à la protection de l'environnement, notamment sur la base d'une compétence qui lui a été explicitement accordée[92]. Il n'en reste pas moins que la politique de l'Union en la matière fait partie des compétences partagées[93] ce qui implique que les États membres conservent une compétence originaire[94]. La pratique réglementaire de l'Union tient également compte des principes de subsidiarité et de proportionnalité afin de maintenir la possibilité pour les États d'adapter leurs mesures en fonctions des priorités locales[95]. De la sorte, les politiques nationales ont vocation à subsister[96] : il existe des domaines non harmonisés où les États interviennent unilatéralement et, dans le domaine régi par le droit dérivé, les autorités nationales disposent toujours d'une marge de manœuvre car l'harmonisation reste généralement limitée[97]. L'article 193 TFUE les autorise même à adopter des mesures de protection renforcées pour dépasser le niveau de protection de l'environnement harmonisé. En tout état de cause, la protection de l'environnement implique la réalisation d'opérations juridiques et matérielles quotidiennes, notamment de contrôle, de vérification et de sanction, dont la responsabilité incombe aux États, qu'ils exécutent le droit dérivé[98] ou qu'ils agissent unilatéralement hors de son champ. Si les institutions de l'Union envisageaient une harmonisation complète ou du moins plus aboutie de la matière dans les années 1970, force est donc de constater qu'elle n'a pas eu lieu.

---

[91] Article 3, paragraphe 3, alinéa premier, TUE. Si la référence à la libre concurrence a quant à elle disparu des dispositions liminaires du TUE, notamment en raison de l'échec du référendum français sur la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe, cela ne conduit pas à minorer l'importance de la politique de concurrence, compte tenu du maintien des articles 101 à 109 TFUE et de l'insertion du protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence rappelant que *« le marché intérieur tel qu'il est défini à l'article 3 du traité sur l'Union européenne comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée »* ; à ce sujet, v. M. WAELBROECK, « La place de la concurrence dans le traité de Lisbonne », *op. cit.*, n°s 9 et s.

[92] Articles 191 à 193 TFUE.

[93] Article 4, paragraphe 2, e), TFUE.

[94] P. THIEFFRY, « Politique européenne de l'environnement – bases juridiques – processus normatif – principes », *JCl. Europe Traité*, fasc. 1900, n° 37.

[95] Le principe de subsidiarité est même apparu historiquement dans les dispositions relatives à la politique environnementale de l'Union : K. LENAERTS, « The Principle of Subsidiarity and the Environment in the European Union : Keeping the Balance of Federalism », *Fordham Int'l L.J.*, 1993 (4), p. 846.

[96] L. KRÄMER, « L'environnement et le marché unique européen », *RMUE*, 1993, n° 1, p. 45, spéc. pp. 46-50.

[97] L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, *op. cit.*, n°s 2–33-2–38 ; N. DE SADELEER, « Particularités de la subsidiarité dans le domaine de l'environnement », *Droit et société*, 2012, n° 80, p. 73, spéc. pp. 79 et s.

[98] Bien que la Commission s'acquitte de certaines opérations administratives, l'exécution de la législation environnementale de l'Union est largement décentralisée : C. BLUMANN, « Compétence communautaire et compétence nationale », *in* J.-C. MASCLET (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 63, spéc. pp. 90 et s. ; L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, *op. cit.*, n°s 2–08-2–09 et 12–01 et s.

40. Par ailleurs, la protection de l'environnement demeure une source d'aides publiques[99]. Toutefois, les modalités techniques de l'aide environnementale ont évolué. La modernisation des politiques environnementales, sous l'influence notamment de la science économique, fait que les États membres ajoutent aux règles de police administrative, aux subventions et aux redevances des incitations fiscales diverses, mais aussi des instruments originaux qui reposent sur la cession d'actifs immatériels créés par l'État, comme les mécanismes de certificats verts ou les systèmes d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, ces derniers pouvant dans certaines hypothèses s'apparenter à des aides[100]. Il se trouve que le législateur de l'Union lui-même a développé des instruments de ce genre et que ces derniers, toujours dans une perspective de subsidiarité, reposent largement sur les État pour leur exécution[101]. L'environnement demeure donc un motif de versement d'aides publiques. Ce sont les techniques de financement qui ont évolué.

41. Au regard de ces considérations, force est de constater que les mesures environnementales des États membres subsistent notamment sous la forme d'aides et qu'elles peuvent être un obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur. Cette situation appelle leur contrôle sur la base des articles 107 et 108 TFUE. Dans ces conditions, la protection du milieu naturel ne dépend donc pas uniquement des choix effectués par les autorités nationales, mais aussi de ceux effectués au niveau supranational sur la base du droit des aides d'État. Les politiques environnementales nationales sont soumises à un cadre juridique imposant les exigences de l'ordre concurrentiel[102] qui fonde le marché intérieur.

---

[99] A. HEYES, « Note de référence », *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, *op. cit.*, pp. 223 et s.

[100] Sur l'évolution des mesures de protection de l'environnement, v., notamment, S. MALJEAN-DUBOIS, « Le recours à l'outil économique, un habit neuf pour les politiques environnementales ? », *in* S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *L'outil économique en droit international et communautaire de l'environnement*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 87 ; en droit français, v. Y. JÉGOUZO, « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, 2008/4, n° 127, p. 23.

[101] Par un exemple particulièrement illustratif, v. directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003, établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil (JO L 275 du 13 octobre 2003, p. 32) ; M. BAZEX, « Les instruments du marché comme moyen d'exécution de la politique de l'environnement : l'exemple du système des quotas d'émission de gaz à effet de serre », *in Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1190.

[102] On ne retiendra pas ici la notion de « constitution économique » parfois utilisée en doctrine pour évoquer le l'ordre économique découlant du traité et notamment du droit des aides (v., par exemple, O. RABAEY, « L''interventionnisme libéral', paradoxe de la constitution économique européenne », *in* O. DEBARGE, T. GEORGOPOULOS, O. RABAEY (dir.), *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 147). Outre les problèmes théoriques que la référence au concept de constitution soulève (Y. LAURANS, *Recherches sur la catégorie juridique de constitution et son adaptation aux mutations du droit contemporain*, thèse, Nancy II, 2009), cette notion inclut généralement les règles contenues dans le droit dérivé (T. GEORGOPOULOS, « Sur le concept de 'constitution économique de l'Union européenne' », *in* O. DEBARGE, T. GEORGOPOULOS, O. RABAEY (dir.), *op. cit.*, p. 3, spéc. pp. 15-16 ; *comp.*, toutefois, J. B. CRUZ, *Between*

42. Lors de l'application du droit des aides, les institutions de l'Union doivent toutefois intégrer l'évolution des formes des interventions publiques de la protection de l'environnement qui engendre une importante diversité des instruments. Elles doivent également tenir compte de la législation foisonnante de l'Union qui s'impose aux États membres et invite parfois ces derniers à adopter des mesures qui peuvent prendre la forme d'aides publiques. Elles doivent enfin inclure le fait que la protection de l'environnement est un objectif d'intérêt commun ouvrant la possibilité d'une dérogation à l'incompatibilité des aides sur la base du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE et que le droit des aides n'a pas vocation à interdire aux États membres de développer une politique environnementale dans l'exercice d'une compétence également consacrée par le droit primaire, mais seulement de conformer cette dernière aux exigences de l'intégration économique[103].

43. En somme, l'arbitrage entre les exigences de la protection du milieu naturel et celles de la libre concurrence découlant de l'application du droit des aides d'État aux mesures de la protection de l'environnement s'inscrit dans un contexte particulièrement complexe. Il soulève un ensemble de problèmes juridiques que la présente étude entend s'efforcer de présenter.

Annonce du plan

44. Aux fins de l'analyse de l'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement, il est possible de partir d'une interrogation assez simple : toutes les mesures de la protection de l'environnement ont-elles vocation à relever du contrôle effectué par la Commission ? On peut indiquer à cet égard que le champ d'application de l'article 107 TFUE est nécessairement limité. Plus précisément, dans la structure du contrôle des aides d'État, il dépend de la catégorie juridique contenue au paragraphe premier de cet article : l'aide d'État. C'est elle qui détermine l'étendue du contrôle de la Commission dans le

---

Competition and Free Movement – The Economic Constitutional Law of the European Community, Oxford, Hart Publishing, 2002, sépc. pp. 43 et s.), alors qu'il est ici question de la sanction de l'article 107 TFUE.

[103] De ce point de vue, la situation des mesures environnementales nationales peut être rapprochée, *mutatis mutandis*, de celle des impôts directs, au sujet desquels on a pu noter une érosion de la « souveraineté fiscale » qui découle notamment d'un « intégration négative » reposant en partie sur le droit des aides d'État (A. MAITROT DE LA MOTTE, *Souveraineté fiscale et construction communautaire – Recherche sur les impôts directs*, Paris, LGDJ, 2005, spéc. n°s 44-50) ou un « encadrement » de ces mesures fiscales qui se vérifie en droit des aides (K. LENAERTS ET L. BERNARDEAU, « L'encadrement communautaire de la fiscalité directe », *CDE*, 2007, n° 1-2, p. 19, spéc. n° 16 ; K. LENAERTS, « State Aid and Direct Taxation », *in Essays in Honour of Virpi Tiili*, 2009, Oxford, Portland Or., Hart Publishing, p. 305). Les institutions de l'Union conforment ainsi la fiscalité directe aux exigences du marché intérieur sans pour autant se substituer aux États.

champ des interventions économiques des États membres[104]. Il convient donc d'apprécier au regard de cette catégorie quelles sont les mesures environnementales qui sont effectivement soumises au contrôle des aides. En d'autres termes, il s'agit d'étudier dans le domaine environnemental la réalisation, par les acteurs chargés de l'application de l'article 107 TFUE, d'une opération de qualification préalable au déclenchement du régime juridique des aides d'État qui consiste en une subsomption utilisant les critères de définition de la catégorie juridique pertinente[105].

45. Or, cette seule opération pose déjà des difficultés réelles. Cela s'explique par des raisons qui tiennent à la fois au droit des aides d'État et aux mesures de protection de l'environnement. D'une part, la catégorie d'aide n'est pas simple à saisir. Il s'agit en effet d'une notion assez complexe, qui repose sur une pluralité de critères. En outre, malgré le développement de la pratique de la Commission et de la jurisprudence, elle constitue encore à ce jour une catégorie évolutive et relativement indéterminée[106]. D'autre part, ainsi qu'on l'a expliqué auparavant, l'évolution des politiques environnementales fait que l'on assiste dans la période récente à une diversification des techniques de versement d'aides publiques. Certaines de ces mesures induisent des transferts de ressources par des régimes assez raffinés. De ce point de vue, l'étude de leur qualification en application de l'article 107 TFUE paraît doublement justifiée. Puisque c'est l'opération de qualification des mesures nationales au regard de la catégorie d'aide qui détermine l'application des règles matérielles et procédurales des articles 107 et 108 TFUE, son étude paraît nécessaire pour savoir précisément quelles mesures environnementales relèvent de ces dispositions. Elle est par ailleurs susceptible de contribuer à une meilleure connaissance de la catégorie en mettant en lumière des hypothèses d'aides inédites dont la qualification se révèle particulièrement ardue. Sur le plan scientifique,

---

[104] V. DI BUCCI, « Quelques aspects institutionnels du droit des aides d'État », *in* Liber Amicorum *F. Santaolalla Gadea*, Austin, Boston, Chicago, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 43, v. p. 47.

[105] Sur l'opération de qualification effectuée par les acteurs du droit et ses conséquences, v. J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1984, p. 263 ; C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2009, spéc. n° 31 ; *V°* « Qualification », *in* D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit*.

[106] Au soutien de ces deux affirmations, v. par exemple, la jurisprudence, qui énumère parfois trois critères de définition de la catégorie d'aide (CJCE, 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, C-222/04, Rec. p. I-289, pt. 129 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Paint Graphos e.a.*, C-78/08 à C-80/08, non encore publié au Recueil, pt. 43) et parfois quatre critères (CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*, préc., pt. 75 ; CJCE, 3 mars 2005, *Heiser*, C-172/03, Rec. p. I-1627, pt. 27 ; CJCE, 23 mars 2006, *Enirisorse*, C-237/04, Rec. p. I-2843, pt. 39 ; CJUE, 10 juin 2010, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, C-140/09, Rec. p. I-5243, pt. 31 ; CJUE, 29 mars 2012, *3M Italia*, C-417/10, non encore publié au Recueil, pt. 37). De ce point de vue, la situation de la catégorie d'aide peut être rapprochée de celle des mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative, dont les critères de définition ne cessent de se renouveler : v., notamment, R. KOVAR, « *Dassonville, Keck* et les autres : de la mesure avant toute chose », *RTD eur.*, 2006, p. 213 ; A. FROMONT, C. VERDURE, « La consécration du critère de l''accès au marché' en matière de libre circulation des marchandises : mythe ou réalité ? », *RTD eur.*, 2011. 717.

cet aspect de l'étude revêt un intérêt certain, puisqu'il est susceptible d'éclairer la définition de la notion d'aide qui est une des questions les plus débattues dans la doctrine relative au droit des aides d'État.

46. Une fois ce premier aspect précisé, il est possible de mesurer les conséquences de la qualification d'une mesure environnementale d'aide et, plus précisément, des rapports juridiques qui en découlent entre les institutions de l'Union et les États membres dans le domaine environnemental. Il s'agit d'une analyse qui ne peut être cantonnée au droit matériel, mais qui doit tenir compte également de considérations de droit institutionnel au nom d'une *« complémentarité du droit matériel et du droit institutionnel qui s'enrichissent mutuellement »* en matière de concurrence[107]. Tout d'abord, il faut tenir compte de l'existence de la législation environnementale de l'Union. On a vu que cette législation est perçue par les institutions comme un moyen d'assurer la protection de l'environnement, mais aussi comme une source d'égalisation des conditions de concurrence dans le marché intérieur, car elle permet d'harmoniser les charges environnementales pesant sur les entreprises à l'échelle de l'Union[108]. Par ailleurs, le droit des aides d'État n'a pas vocation à faire disparaître les mesures environnementales mais à les contrôler pour qu'elles soient conformes aux exigences du bon fonctionnement du marché intérieur. Ainsi, dans une certaine mesure, le droit des aides d'État et l'harmonisation environnementale ont des effets communs.

47. Il faut alors préciser tout d'abord les enjeux de cette existence concomitante de la sanction de l'article 107 TFUE et de la législation environnementale pour savoir comment celles-ci s'articulent et si elles se définissent l'une par rapport à l'autre. En particulier, l'étendue de la législation de l'Union laisse envisager des hypothèses de chevauchement[109] : des mesures de protection de l'environnement peuvent être soumises à la fois à ces deux sources d'obligations. Il paraît alors justifié d'approfondir cette coïncidence des champs pour savoir comment sont traitées les mesures soumises à la fois à législation environnementale de l'Union et au droit des aides d'État. On peut supposer que, dans cette situation, le contrôle des aides puisse être impacté. Par ailleurs, il convient d'expliquer les obligations qui pèsent sur les États au titre du seul droit des aides. On peut s'attendre à ce que ce dernier ajoute une

---

[107] L. IDOT, C. LEMAIRE, « 'l'Union européenne' lue à la lumière du droit de la concurrence », *in Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 413, n° 57.

[108] En ce sens, A. MATTERA, *Le marché unique européen – ses règles, son fonctionnement*, 2ème éd., Paris, Jupiter, 1990, pp. 15 et s., spéc. pp. 19-20.

[109] La probabilité d'un chevauchement est assez forte : on estime par exemple que 80 à 85 pour cent des normes environnementales françaises découlent de la législation environnementale de l'Union : Y. JÉGOUZO, « L'impact du droit communautaire sur le droit français de l'environnement », *op. cit.*, p. 669 ; ce pourcentage serait comparable dans d'autres États membres : B. A. BEIJEN, « The Implementation of European Environmental Directives : Are Problems Caused by the Quality of the Directives ? », *EEELR*, n° 4, p. 150.

strate de règles à celles découlant de la législation environnementale. Il s'agit de s'interroger sur les rapports juridiques qui en découlent pour savoir s'ils n'aboutissent pas à une forme de réglementation de la protection de l'environnement supplémentaire reposant sur des actes et des modalités différentes de celles induites par la législation environnementale.

48. Au regard de ces considérations, il semble indiqué de s'attacher, en premier lieu, à l'opération de qualification des mesures de la protection du milieu naturel au regard de l'article 107 TFUE. La complexité de cette étude et son intérêt scientifique qui ont été précisés suffisent à le justifier. L'élément qui paraît toutefois décisif est que cette opération de qualification au regard de la catégorie d'aide détermine seule l'application des articles 107 à 109 TUFE. Son analyse permet ainsi de délimiter le champ de l'application du droit des aides aux mesures de protection de l'environnement (**Partie I**).

49. Une fois ce champ déterminé, il est loisible de s'attacher, en second lieu, aux rapports juridiques entre les États et les institutions de l'Union qui naissent de la sanction des articles 107 à 109 TFUE dans le domaine environnemental et notamment les obligations qui en découlent. L'axe d'analyse retenu permet d'intégrer la question de l'articulation et de la comparaison de ces rapports juridiques avec ceux engendrés par la législation de l'Union, qui produit également des obligations applicables aux mesures environnementales, et invite à se pencher sur le cas particulier de leur coïncidence. Cette dernière hypothèse conduit à revenir dans une certaine mesure sur le champ du droit des aides. Plusieurs arguments peuvent justifier ce choix. Outre que cette partie de l'étude n'est valable que pour les mesures environnementales soumises à la législation de l'Union, elle ne remet pas en cause les éléments dégagés lors de l'étude générale du champ du droit des aides qui sont valables en tous les cas. Surtout, en anticipant quelque peu sur les développements à venir, on peut préciser que ce sont les rapports juridiques découlant de l'harmonisation qui impactent le champ de l'application de l'article 107 TFUE. En tout état de cause, ces développements seront aussi l'occasion de se pencher sur les obligations qui découlent de façon autonome du droit des aides. En somme, l'étude de ces rapports juridiques permet de préciser la portée de l'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement (**Partie II**).

PARTIE I) LE CHAMP DE L'APPLICATION DU DROIT DES AIDES D'ÉTAT AUX MESURES DE PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

50. Seules les mesures de protection de l'environnement qualifiées d'aides d'État sont soumises aux règles matérielles et procédurales des articles 107 et 108 TFUE. Le champ d'application de ces règles dépend donc de la catégorie juridique d'aide. Or, cette catégorie est définie en des termes très généraux dans le traité : en vertu du paragraphe premier de l'actuel article 107 TFUE, sont incompatibles avec le marché intérieur, *« dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions »*. Dès lors, pour arriver à la connaissance précise des critères de définition de l'aide d'État, il convient de s'en remettre à l'interprétation des institutions de l'Union.

51. À cet égard, la première source utile est la jurisprudence de la Cour de justice[110], en raison de l'autorité supérieure dont sont revêtues ses décisions[111]. Il ne faut toutefois pas s'en contenter. Les qualifications des mesures de protection de l'environnement que l'on peut trouver dans les décisions de la Commission prises sur la base de l'article 108 TFUE constituent un matériau fort utile. En effet, la pratique de la Commission précède souvent la jurisprudence, de sorte qu'elle peut l'influencer, mais aussi concerner des mesures à propos desquelles le juge ne s'est pas encore prononcé.

52. Quelle que soit l'institution intéressée, l'interprétation de la catégorie d'aide est une entreprise complexe car elle vise à réaliser simultanément deux ambitions potentiellement contradictoires. Il s'agit de parvenir à une définition qui soit suffisamment large pour assurer l'effectivité du droit des aides et couper court à toute stratégie nationale de contournement de l'article 107 TFUE. Dans le même temps, les institutions cherchent à formuler des critères

---

[110] Le juge est appelé à interpréter l'article 107 TFUE lorsqu'il est saisi à titre préjudiciel dans les conditions de l'article 267 TFUE. Cette interprétation procède aussi du recours en annulation à l'encontre des décisions de la Commission, à l'occasion duquel la Cour de justice effectue un contrôle entier de la qualification retenue par cette dernière : CJCE, 16 mai 2000, *France/Ladbroke Racing et Commission*, C-83/98 P, Rec. p. I-3271, pt. 25 ; CJUE, 21 juin 2012, *BNP Paribas et BNL/Commission*, C-452/10 P, non encore publié au Recueil, pt. 100. Il n'est limité à l'erreur manifeste d'appréciation que dans l'hypothèse d'une d'analyse économique complexe : CJCE, 29 février 1996, *Belgique/Commission*, C-56/93, Rec. p. I-723, pt. 11 ; CJCE, 1er juillet 2008, *Chronopost et La Poste/UFEX e.a.*, C-341/06 P et C-342/06 P, Rec. p. I-4777, pt. 143. V. H. LEGAL, « Quelle place pour l'analyse économique des aides d'État ? (2) », *in* La réforme de la politique des aides d'État, *Concurrences*, 2006, n° 1, p. 69.

[111] D. GUINARD, *Réflexions sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion de services d'intérêt général*, Paris, L'Harmattan, 2012, nos 256 et s.

précis afin d'assurer la sécurité juridique, ici entendue largement[112] comme la *« mission de sécurisation des relations juridiques fondées sur [l]es traités »*[113], qui exige la prévisibilité, la clarté et la stabilité de la norme. Ces prétentions se reflètent dans l'évolution de la jurisprudence[114]. Dans les arrêts les plus anciens[115], les critères constitutifs de la notion d'aide ont été entendus de façon extensive et pragmatique pour englober toutes les formes d'interventions par lesquelles les États parviennent à soutenir effectivement les entreprises sur leur territoire[116]. Plus récemment, la Cour, sans renoncer au pragmatisme, a cherché à cantonner cette catégorie dans des limites tangibles, en affinant ses critères de définition[117]. On aboutit à l'énonciation de principes jurisprudentiels d'interprétation de l'article 107 TFUE qui expriment bien cette double ambition : si l'aide d'État se définit avant tout en fonction des effets d'une mesure considérée sur la concurrence[118], elle constitue par ailleurs une *« notion juridique devant être appréciée sur la base d'éléments objectifs »*[119]. En l'état de la jurisprudence, il est également possible de retenir que la catégorie d'aide repose sur quatre conditions cumulatives[120] qui sont l'utilisation de ressources d'État, l'avantage accordé à une

---

[112] C'est-à-dire qu'on ne vise pas le principe du droit de l'Union conditionnant concrètement la légalité du droit dérivé : G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 10ème éd., Paris, Sirey, 2012, pp. 357-358.

[113] J.-P. PUISSOCHET, H. LEGAL, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Cah. Cons. const.*, 2001, n° 11, p. 149, v. p. 149.

[114] Sur cette jurisprudence, jusqu'à la fin des années 2000, v., en particulier, C. SIATERLI, *La notion d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE*, thèse, Strasbourg, 2001

[115] V., notamment, CJCE, 23 février 1961, *De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Haute Autorité*, 30/59, Rec. p. 3 ; CJCE, 2 juillet 1974, *Italie/Commission*, 173/73, Rec. p. 709 ; CJCE, 22 mars 1977, *Steinike & Weinlig*, 78/76, Rec. p. 595 ; CJCE, 27 mars 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Denkavit italiana*, 61/79, Rec. 1980 p. 1205.

[116] M. WATHELET, P.-E. PARTSCH, « Délimitation des contours de la notion d'aide d'État en droit communautaire », *in Les aides d'État en droit communautaire et en droit national*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 3, nos 15-17.

[117] V., notamment, les arrêts suivants qui aboutissent à une qualification négative : CJCE, 7 février 1985, *Procureur de la République/ADBHU*, 240/83, Rec. 531 ; CJCE, 17 mars 1993, *Sloman Neptun/Bodo Ziesemer*, C-72/91 et C-73/91, Rec. p. I-887 ; CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Rec. I-2099 ; CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring*, C-53/00, Rec. p. I-9067, pt. 26 ; CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, Rec. I-7747 ; CJCE, 29 avril 2004, *GIL Insurance e.a.*, C-308/01, Rec. p. I-4777 ; CJCE, 15 juillet 2004, *Pearle e.a.*, C-345/02, Rec. p. I-7139. Certains auteurs considèrent que ces « grands arrêts » du droit des aides conduisent même à une redéfinition de la catégorie : L. HANCHER, « Towards a New Definition of a State Aid under European Law : Is There a New Concept of State Aid Emerging ? », *EStAL*, 2003, n° 3, p. 365 ; B. VESTERDORF, « A Further Comment on the New State Aid Concept as this Concept Continues to be Reshaped », *EStAL*, 2005, n° 3, p. 393.

[118] v., récemment, CJCE, 8 septembre 2011, *Paint Graphos e.a.*, C-78/08 à C-80/08, Rec. p. I-7611, pt. 68.

[119] v., récemment, CJUE, 21 juin 2012, *BNP Paribas et BNL/Commission*, C-452/10 P, non encore publié au Recueil, pt. 100.

[120] Il s'agit des quatre critères que l'on retrouve en substance dans certains arrêts : v., notamment, CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*, préc., pt. 75 ; CJCE, 23 mars 2006, *Enirisorse*, C-237/04, Rec. p. I-2843, pt. 39 ; CJUE, 10 juin 2010, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, C-140/09, Rec. p. I-5243, pt. 31 ; CJUE, 29 mars 2012, *3M Italia*, C-417/10, non encore publié au Recueil, pt. 37. Ils sont également retenus dans certains manuels spécialisés : v. K. BACON (dir.), *European Community Law of State Aid*, OUP, 2009, nos 2.08 et s. ; M. DONY, F. RENARD, C. SMITS (collab.), *Contrôle des aides d'État*, Commentaire J. Mégret, 3ème éd., ÉUB, 2007, n° 11.

entreprise, la sélectivité et la distorsion de concurrence et l'incidence sur le commerce intracommunautaire[121]. Cette dernière condition ne fera cependant pas ici l'objet de développements particuliers car elle est appréciée très largement par la jurisprudence, de sorte qu'elle est presque automatiquement réalisée[122]. En outre, l'étude des décisions des institutions de l'Union dans le domaine environnemental n'ajoute rien de nouveau à son égard.

53. Quant aux autres critères, il faut d'emblée préciser qu'il existe une difficulté réelle à les appréhender. Malgré l'entreprise de précision engagée par la Cour, il est à ce jour délicat de parvenir à une connaissance précise de la définition de l'aide d'État. Cette catégorie juridique est non seulement complexe, mais aussi partiellement indéterminée[123]. De surcroît, le juge, dans la période récente, semble ne plus chercher à poser des principes généraux de définition et préférer raisonner de manière plus casuisitique[124]. Alors que l'étude détaillée de l'application de ces critères dans le domaine environnemental est nécessaire aux fins de la définition du champ de l'application du droit des aides, la difficulté est majorée par la complexité et la diversité des mesures environnementales.

54. Plutôt que de contourner le problème, il est choisi d'admettre l'existence de cette indétermination. L'étude de la catégorie d'aide dans le domaine environnemental ne sera utile que si elle parvient à préciser les critères de sa définition tout en intégrant la part d'incertitude qui persiste dans le droit positif. En outre, dans ces conditions, l'étude des qualifications des mesures de protection de l'environnement opérées par les institutions est susceptible de préciser certains des facteurs de cette indétermination.

55. À cette fin, il est proposé ici de présenter la catégorie d'aide en s'appuyant sur une classification binaire des éléments de qualification qui transcende les conditions constitutives de l'aide susmentionnées. En anticipant quelque peu sur les développements à venir, on peut préciser à ce stade que chacune de ces conditions peut être subdivisée en sous-critères ou

---

[121] La situation de la distorsion de concurrence et de l'incidence sur le commerce intracommunautaire est toutefois ambiguë puisqu'elles constituent deux conditions distinctes mais *« indissociablement liées »* en pratique : TPICE, 4 avril 2001, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia/Commission*, T-288/97, Rec. p. II-1169, pt. 44.

[122] M. DONY, F. RENARD, C. SMITS (collab.), *op. cit.*, n°s 104-110.

[123] Il s'agit là d'un constat régulièrement effectué en doctrine : v., notamment, J.-Y. CHÉROT, *Les aides d'État dans les Communautés européennes*, Paris, Economica, 1998, pp. 16-17 ; K. BACON, « The Concept of State Aid : The Developing Jurisprudence in the European and UK Courts », *ECL Rev.*, 2003 (2), p. 54, v. p. 54 ; L. RUBINI, « The 'Elusive Frontier' : Regulation under EC State Aid Law », *EStAL*, 2009, n° 3, p. 277.

[124] A. SINNAEVE, « What to Expect from National Courts to Fight against Unlawful State Aids ? » *EStAL*, 2005, n° 1, p. 1, spéc. p. 2.

opérations intellectuelles[125]. Cette précision permet d'expliquer la classification dont il est ici question : il s'agit de regrouper, en fonction de certaines propriétés qui leur sont propres, ces sous-critères ou opérations — ici appelés éléments de la qualification — nécessaires à l'appréciation de la réalisation de ces conditions constitutives.

56. Cette classification a pour objet de parvenir à distinguer les deux catégories suivantes. D'une part, il est possible d'identifier des éléments objectifs de qualification. Ils sont objectifs au sens où ils permettent d'opérer la qualification par la constatation d'éléments juridiques et factuels existants en soi dans un ordre national, donc indépendamment de la volonté des institutions chargées de l'application de l'article 107 TFUE[126]. D'autre part, il est concevable d'isoler des éléments subjectifs de qualification[127] qui s'ajoutent aux constatations objectives et qui permettent l'expression de la volonté des institutions de l'Union au stade de la qualification. Chacune de ces conditions constitutives de l'aide susmentionnées est ainsi susceptible de contenir l'un et l'autre de ces éléments de qualification.

57. L'intérêt de cette classification est double. Elle sert à souligner la complexité des opérations de qualification des mesures de protection de l'environnement. Elle permet aussi de préciser les facteurs de l'indétermination de la notion d'aide et de souligner qu'ils varient selon que des éléments objectifs ou des éléments subjectifs en sont à l'origine. La façon la plus efficace de vérifier sa validité est de l'appliquer directement dans l'étude des opérations de qualification des mesures environnementales au regard de l'article 107 TFUE effectuées par les institutions de l'Union. Sont donc envisagés, successivement, les éléments objectifs (Titre I) puis les éléments subjectifs de la qualification des aides dans le domaine environnemental (Titre II).

---

[125] Pour prendre un exemple, la condition de sélectivité implique la détermination de l'objectif de la mesure contrôlée, puis l'évaluation de la comparabilité des situations des entreprises en fonction de cet objectif, ce qui permet de comparer ces situations afin de savoir si certaines des entreprises sont avantagées par rapport à d'autres. Si cette opération aboutit au constat de la sélectivité d'un avantage, celui-ci peut toujours être renversé par une justification de l'État au regard de la nature ou de l'économie de la mesure contrôlée.

[126] On s'inspire ici d'éléments classiques de définition : *v*[is] « Objectif, ive » et « Objectivité », *in* G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd., Paris, PUF.

[127] Ces éléments sont ici définis ici par opposition aux éléments objectifs. Est ainsi exclue l'acception du terme « subjectif » qui renvoie à des opérations de qualification tenant compte de la volonté interne de la personne dont les actes sont contrôlés — en l'occurrence les États membres — et notamment de leur intention (*v*° « Subjectif, ive », *in ibid.*). C'est ici la volonté des institutions qui effectuent le contrôle qui nous intéresse.

Titre I) Les éléments objectifs de la qualification des aides dans le domaine environnemental

58. Les éléments objectifs sont ceux à partir desquels les institutions de l'Union qualifient les mesures environnementales au regard de l'article 107 TFUE par la constatation d'éléments juridiques et factuels existants dans un ordre interne donné et par une représentation conforme de cette réalité. Dans le domaine environnemental, l'étude de ces opérations de qualification amène à aborder des mesures très diverses. Les politiques environnementales sont en effet un vecteur de nouvelles formes d'intervention de l'État dans l'économie. Outre les mesures traditionnelles de police, font partie de la riche panoplie des instruments de la protection du milieu naturel les subventions, les impôts incitatifs, les taxes parafiscales, mais aussi des mesures plus originales comme les mécanismes d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre ou les certificats verts. Le point commun de ces diverses mesures est qu'elles reposent sur l'incitation pécuniaire. Or, en ce qu'elles agissent directement sur le patrimoine des opérateurs économiques, elles peuvent avoir pour conséquence de favoriser certains d'entre eux. C'est pour cette raison que toutes les formes de mesures environnementales susmentionnées sont à première vue susceptibles de relever de l'article 107 TFUE.

59. Il s'agit toutefois de savoir précisément à quelles conditions. La diversité et la complexité des mesures de la protection de l'environnement fait que la détermination précise du champ de l'application du droit des aides d'État est loin d'être évidente. Elle nécessite une étude en détail des opérations effectuées en pratique par les institutions de l'Union. Elle invite aussi à essayer de dépasser la diversité des mesures dont il est question afin de rechercher des classifications des instruments de la protection de l'environnement pouvant être utiles pour évoquer le champ d'application du droit des aides. En outre, si les éléments objectifs de qualification sont ceux qui permettent de saisir le plus précisément le champ d'application du droit des aides aux politiques environnementales des États membres, il n'en reste pas moins que la complexité des mesure environnementales a éprouvé les critères de définition de la catégorie d'aide, soulignant tant leurs potentialités que leurs imperfections. L'analyse de ces éléments objectifs est ainsi suceptible de renseigner sur les facteurs de l'indétermination de la notion d'aide.

60. Afin d'aborder ces diverses questions, on peut partir de la double ambition déjà évoquée qui anime les institutions de l'Union chargées de l'interprétation de la notion d'aide : elles cherchent à assurer l'effectivité du droit des aides par une interprétation pragmatique de

la catégorie d'aide d'État, tout en visant à circonscrire cette dernière en vue d'assurer la sécurité juridique. On peut alors se demander, à la lumière des éléments objectifs de qualification, si les institutions ont réussi à réaliser ces prétentions. Afin de mesurer l'effectivité de la catégorie, il faut, dans un premier temps, s'attacher à la capacité réelle des critères de définition de l'aide à faire entrer dans le champ de l'article 107 TFUE les mesures environnementales dès lors qu'elles confèrent des avantages sélectifs aux entreprises et ce, nonobstant leur diversité. Il est ainsi question d'évaluer l'adaptabilité des éléments objectifs (Chapitre I). Dans un second temps, il est possible de chercher à évaluer la sécurité juridique garantie par les critères de définition de l'aide d'État. Cela consiste à vérifier si ces critères permettent de circonscrire le champ de la catégorie d'aide de sorte qu'il soit possible de savoir avec certitude quelles mesures environnementales tombent sous le coup du droit des aides. En d'autres termes, il est question d'identifier les limites de la notion d'aide au regard des éléments objectifs (Chapitre II).

Chapitre I) L'adaptabilité des éléments objectifs

61. La diversité des mesures de la protection de l'environnement amène les institutions de l'Union à développer des argumentations poussées lorsqu'elles appliquent les éléments objectifs de qualification tirés de l'article 107 TFUE. Un important degré de technicité du droit positif justifie donc, en soi, des éclaircissements si l'on entend cerner le champ d'application du droit des aides d'État dans le domaine de la protection du milieu naturel. Ces éclaircissements paraissent d'autant plus justifiés que la plupart des décisions de la Commission n'ont pas été étudiées par la doctrine, ou n'ont été envisagées que de façon parcellaire.

62. L'angle d'analyse de la pratique des institutions ici retenu consiste à vérifier la réalité du considérant itératif de la Cour selon lequel l'article 107 TFUE définit les interventions étatiques *« en fonction de leurs effets »*[128]. Il est donc question d'évaluer l'adapatabilité des éléments de qualification, c'est-à-dire leur faculté à s'adapter à toutes les situations pour faire tomber les mesures environnementales dans le champ de la notion d'aide dès lors qu'elles servent de technique pour le versement d'aides publiques, quelques soient leur degré de complexité et leurs modalités concrètes. De ce point de vue, deux conditions constitutives de la notion d'aide ont été particulièrement éprouvées : à la lumière de la jurisprudence et de la pratique de la Commission, il est possible de soutenir que la protection de l'environnement démontre l'adaptabilité de la condition de l'utilisation de ressources d'État (Section I) mais aussi celle de la condition de la sélectivité (Section II).

Section I) L'adaptabilité du critère de l'utilisation de ressources d'État

63. En vertu du paragraphe premier de l'article 107 TFUE, une aide d'État est un avantage *« accordé par l'État ou au moyen de ressources d'État »*. La jurisprudence en a déduit un critère de définition de l'aide : celui de l'utilisation des ressources d'État. Dans la lignée des premiers arrêts de la Cour, ce critère est interprété de façon extensive et couvre de nombreux moyens par lesquels l'État réussit à intervenir sur le patrimoine des entreprises[129]. D'emblée,

[128] V., en matière environnementale, CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, C-487/06 P, Rec. p. I-10515, pt. 84.

[129] Des exonérations de charges sociales obligatoires imposées par l'État, qui grèvent les recettes d'une organisation paraétatique de protection sociale, engagent des ressources d'État (CJCE, 2 juillet 1974,

notons que ce critère sera rempli lorsque l'État accorde une subvention ou une réduction d'un impôt normalement dû[130], et qu'il ne peut être écarté au seul motif que le dispensateur de l'aide est un démembrement de son administration[131] : il s'agit là de solutions acquises dont l'élaboration ne découle pas du contrôle de mesures environnementales. Au-delà de ces hypothèses, les affaires relatives à la protection de l'environnement ont au moins confirmé, sinon même conduit à l'énonciation de plusieurs critères pour apprécier l'utilisation de ressources d'État, démontrant parfaitement son adaptabilité. Tout d'abord, elles ont confirmé que l'utilisation de ressources d'État implique une charge pour le budget de l'État, mais elles montrent également que cette exigence peut être levée en application du critère du contrôle étatique sur les ressources (I). Ensuite, elles prouvent que des situations complexes peuvent engendrer des critères nouveaux : confrontées à certains instruments de la protection de l'environnement fonctionnant au moyen de la délivrance d'actes administratifs, les institutions se sont attachées à la nature de ces derniers pour apprécier l'utilisation de ressources d'État (II).

I) Le critère de la charge pour l'État assoupli par le critère du contrôle étatique des ressources

64. S'il ressort aujourd'hui clairement de la jurisprudence qu'une mesure doit impliquer une charge pour le budget de l'État pour être qualifiée d'aide, cette interprétation de l'article 107 TFUE est restée longtemps controversée. Pour autant, il ne faut pas en conclure hâtivement que toutes les mesures qui n'emportent aucune charge échappent au droit des aides d'État, car cela reviendrait à méconnaître l'adaptabilité de ce critère de définition de la notion d'aide : ces mesures peuvent toujours utiliser des ressources d'État en application du

---

Italie/Commission, 173/73, Rec. p. 709, pt. 35). Par ailleurs, alors que des aides indirectes peuvent être trouvées dans le mode de financement d'une taxe parafiscale (CJCE, 25 juin 1970, *France/Commission*, 47/69, Rec. p. 487, pt. 17), la Cour a jugé que l'origine étatique des ressources peut être acquise lorsque l'aide est accordée par un organisme distinct de l'État et institué par lui et que le financement de cet organisme est assuré par des prélèvements imposés à des entreprises privées par l'État (CJCE, 22 mars 1977, *Steinike & Weinlig*, 78/76, Rec. p. 595, pts. 21-22).

[130] Cette diminution peut procéder d'une exonérations ou d'une réductions d'impôt, ou encore un report du paiement de l'impôt : CJCE, 15 mars 1994, *Banco Exterior de España*, C-387/92, Rec. p. I-877, pt. 14 ; CJCE, 22 juin 2006, *Belgique/Commission*, C-182/03 et C-217/03, Rec. p. I-5479, pt. 87 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Paint Graphos e.a.*, C-78/08 à C-80/08, non encore publié au Recueil, pt. 46 ; en matière environnementale, v., par exemple, décision 2010/402/UE de la Commission du 15 décembre 2009 concernant le régime d'aide « exonération des taxes environnementales accordée aux fabricants de céramique » que les Pays-Bas envisagent de mettre à exécution C 5/09 (ex N 210/08) (JO L 186 du 20 juillet 2010, p. 32), pts. 32-33. La fiscalité pose avant tout problème sur le terrain de la sélectivité : A. MAITROT DE LA MOTTE, *Droit fiscal de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, n°s 204-213.

[131] V., par exemple, en matière environnementale, décision de la Commission du 17 décembre 2008, Aide d'État N 387/2008 – France – Régime d'aides de l'ADEME dans le domaine du transport (C(2008) 8452), pt. 42.

critère du contrôle étatique des ressources. Les mesures de la protection de l'environnement ont joué un rôle déterminant dans l'élaboration de la dialectique entre ces deux critères : elles ont contribué à l'affirmation du critère de la charge pour l'État tout en soulignant sa portée (A), mais elles montrent également ses limites, lorsqu'il est fait application du critère du contrôle étatique des ressources (B).

A) La nécessité d'une charge pour le budget de l'État et ses effets

65. Au début des années 1990, la définition de la condition de l'utilisation de ressources d'État a donné lieu à des hésitations. Il faut admettre que la partie de phrase selon laquelle une aide d'État est un avantage *« accordé par l'État ou au moyen de ressources d'État »* est somme toute ambigüe. Il était ainsi question de savoir si elle devait être interprétée en ce sens qu'il suffisait qu'un avantage soit accordé par l'État pour être qualifié d'aide, ou s'il était pour cela nécessaire qu'il soit, au surplus, accordé au moyen de ressources d'État. Sur la base de cette partie de phrase, mais aussi de la jurisprudence, la doctrine a distingué deux conditions, celle de l'imputation à l'État et celle de l'origine étatique des ressources, qui constituent les deux pendants de la condition générale de l'utilisation de ressources d'État[132]. Elle a également discuté de leur relation, alternative ou cumulative[133]. Seul l'enjeu de ce débat était clair à l'origine : l'interprétation admettant le cumul des conditions rétrécit sensiblement le champ matériel de la notion d'aide.

66. Bien que la Cour ait pris position, une première fois, dans le sens du cumul des conditions, en refusant de qualifier d'aide une mesure nationale instaurant un prix minimum d'achat pour certaines marchandises au motif que l'avantage qu'elle conférait n'était financé *« ni directement ni indirectement, au moyen de ressources d'État au sens de l'article [107 TFUE] »*[134], une série d'arrêts ultérieurs a contribué à semer le trouble à ce sujet[135]. Aussi, a-

---

[132] On reprend ici une terminologie inspirée de celle proposée, par exemple, par M. DONY, collab. F. RENARD, C. SMITS, *Contrôle des aides d'État*, Commentaire J. Mégret, 3ème éd., ÉUB, 2007, n° 18.

[133] V., à ce sujet, A. BIONDI, « Some Reflections on the Notion of 'State Aid Resources' in European Community State Aid Law », *Fordham Int'l L.J.*, 2006 (5), p. 1426, spéc. pp. 1431 et s. ; M. MEROLA, « Le critère de l'utilisation des ressources publiques », *in* M. DONY, C. SMITS (dir.), *Aides d'État*, ÉUB, 2005, p. 15 ; H. VAN VLIET, « State Resources and *PreussenElektra* : When is a State Aid Not a State Aid ? », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, Austin, Boston, Chicago, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 65, spéc. pp. 66 et s.

[134] CJCE, 24 janvier 1978, *Van Tiggele*, 82/77, Rec. p. 25, pt. 25 ; concl. F. CAPOTORTI, spéc. pp. 52-53, pt. 8. C'est ce qui, du reste, procédait des premières interprétations doctrinales des traités : v., au sujet de l'article 4 c) CECA, P. REUTER, *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Paris, LGDJ, 1953, note 10 de bas de page, p. 194.

[135] CJCE, 30 janvier 1985, *Commission/France*, 290/83, Rec. p. 439, pt. 14 ; CJCE, 7 juin 1988, *Grèce/Commission*, 57/86, Rec. p. 2855, pt. 12 ; v., également, CJCE, 2 février 1988, *Van der Kooy/Commission*, 67, 68 et 70/85, Rec. p. 219, pts. 27-38, spéc. pt. 28 ; CJCE, 21 mars 1991,

t-il pu sembler que la condition de l'origine étatique des ressources était abandonnée[136] et que l'accent devait être mis sur celle de l'imputabilité, dans le but de contrer les éventuelles manœuvres de contournement du droit des aides d'État.

67. Cependant, l'arrêt *Sloman Neptun*[137] a confirmé le cumul des conditions. Face à une mesure réglementaire allégeant les charges pesant sur certaines activités économiques, sans toutefois procéder à un transfert direct de ressources entre l'État et les entreprises, la Cour, a jugé que *« les avantages accordés par d'autres moyens que des ressources d'État ne tombent pas dans le champ d'application [du droit des aides d'État] »*[138].

68. Bien que cette jurisprudence fût plusieurs fois confirmée[139], elle a été fortement contestée, notamment par la Commission. Or, c'est à l'occasion d'une affaire environnementale, celle qui a donné lieu à l'arrêt *PreussenElektra*[140], que la Commission avait saisi l'occasion qui se présentait pour remettre en cause la jurisprudence *Sloman Neptun*[141]. Les circonstance de l'affaire s'y prêtaient parfaitement : il était question de savoir si une législation qui, d'une part, obligeait des entreprises privées d'approvisionnement en électricité à acheter l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables (ci-après, « électricité SER ») à des prix minimaux, et, d'autre part, répartissait la charge financière résultant de cette obligation entre les entreprises du secteur qui en assumaient les coûts, constituait une aide d'État. En l'espèce, il ne faisait aucun doute que ce mécanisme était imputable à l'État et, comme l'a précisé d'emblée la Cour[142], qu'il conférait un avantage aux entreprises productrices d'énergie. Quoi qu'il en soit, le juge national de renvoi avait formulé

Italie/Commission, 303/88, Rec. p. I-1433, pts. 10-14 ; CJCE, 21 mars 1991, *Italie/Commission*, C-305/89, Rec. p. I-1603, pts. 13-16.

[136] Les analyses ne sont pas univoques à ce sujet : M. WATHELET, P.-E. PARTSCH, « Délimitation des contours de la notion d'aide d'État en droit communautaire », *op. cit.*, n° 25 ; *comp.* W. ROGRIGUEZ CURIEL, « Chronique de jurisprudence : quelques réflexions sur la jurisprudence récente de la Cour en matière d'aides d'État », *RIDE*, 1993, n° 3, p. 433, spéc. pp. 447-448 ; G. M. ROBERTI, « Le contrôle de la Commission des Communautés européennes sur les aides nationales », *AJDA*, 1993. 397, spéc. p. 403 ; concl. P. V. VAN THEMAAT sous CJCE, 13 octobre 1982, *Norddeutsches Vieh und Fleischkontor*, 213 à 215/81, v. Rec. 1982 p. 3606, spéc. p. 3617. V., également, les arguments de la Commission dans l'arrêt CJCE, 17 mars 1993, *Sloman Neptun/Bodo Ziesemer*, C-72/91 et C-73/91, Rec. p. I-887, pts. 15-17, et les concl. M. DARMON sous ce même arrêt, pts. 15-46.

[137] CJCE, 17 mars 1993, *Sloman Neptun/Bodo Ziesemer*, préc. ; obs. P. J. SLOT, *CML Rev.*, 1994, n° 31, p. 137.

[138] *Ibid.*, pt. 19.

[139] CJCE, 30 novembre 1993, *Kirsammer-Hack/Sidal*, C-189/91, Rec. p. I-6185, pt. 16 ; CJCE, 7 mai 1998, *Viscido e.a.*, C-52/97 à C-54/97, Rec. p. I-2629, pt. 13. V., également, CJCE, 1er décembre 1998, *Ecotrade*, C-200/97, Rec. p. I-7907, pt. 35 ; CJCE, 17 juin 1999, *Piaggio*, C-295/97, Rec. p. I-3735, pt. 35 ; sur l'ambigüité de ces deux derniers arrêts, concl. M. F. JACOBS sous CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, pt. 177.

[140] CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Rec. I-2099 ; obs. J. B. CRUZ, F. CASTILLO DE LA TORRE, *EL Rev.*, 2001, p. 489 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2001, n° 5, comm. 182 ; obs. T. KUHN, *Legal Issues of Economic Integration*, 2001, n° 3, p. 361 ; obs. O. SEGNANA, *CDE*, 2002, n° 1-2, p. 131.

[141] V. concl. M. F. JACOBS sous CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, pts. 109 et 134 et s.

[142] *Ibid.*, pt. 54.

sa question très précisément, afin de savoir si la mesure en cause entrait dans le champ de la notion d'aide bien qu'elle n'impliquât pas une charge pour l'État[143].

69. Dans cette affaire, la Cour a pleinement confirmé sa jurisprudence antérieure. Partant de la prémisse du cumul des critères constitutifs de la condition de l'utilisation de ressources d'État, elle a jugé que ni l'obligation d'acheter l'électricité SER à des prix minimaux fixés ni le système de répartition de la charge découlant de ladite obligation entre les entreprises d'approvisionnement d'électricité n'entraînait de transfert de ressources d'État aux entreprises productrices de ce type d'électricité[144]. Ensuite, dans la droite ligne de l'arrêt *Sloman Neptun*[145], elle a considéré que la diminution éventuelle des prélèvements fiscaux que pourrait engendrer la législation en cause était seulement une conséquence inhérente au mécanisme en question[146]. La qualification d'aide d'État fût donc écartée[147]. Il s'agit là de la première contribution majeure des affaires relatives à la protection de l'environnement à la détermination de la condition de l'utilisation de ressources d'État : il résulte de cet arrêt qu'une mesure imputable à l'État ne sera qualifiée d'aide qu'à la condition que les avantages qu'elle procure constituent une charge pour le trésor public[148].

70. Si l'on veut tirer toutes les conséquences de cette jurisprudence, il faut souligner que l'exigence du cumul des conditions de l'imputation à l'État et de l'origine étatique des ressources d'État est valable en toutes hypothèses : ni les avantages pécuniaires que peut conférer un cadre réglementaire n'emportant pas un transfert de ressources — *Sloman Neptun* — ni la création d'une obligation pécuniaire, comme la fixation du prix d'une marchandise — *Van Tiggele*[149] — éventuellement assortie d'une obligation d'achat — *PreussenElektra*[150] — ne sont constitutives d'une aide d'État. Ce dernier arrêt, plusieurs fois confirmé[151], délimite ainsi les frontières du champ de l'article 107 TFUE : quand bien même il peut être plus

---

[143] *Ibid.*, pt. 27.
[144] CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, préc., pts. 58-60.
[145] V. CJCE, 17 mars 1993, *Sloman Neptun/Bodo Ziesemer*, préc., pts. 12-14.
[146] CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, préc., pt. 62.
[147] *Ibid.*, pts. 64-65.
[148] L. HANCHER, « Towards a New Definition of a State Aid under European Law : Is There a New Concept of State Aid Emerging ? », *op. cit.*, pp. 368-370.
[149] CJCE, 24 janvier 1978, *Van Tiggele*, préc.
[150] Hypothèse qui, du reste, avait été anticipée par l'avocat-général M. DARMON : concl. sous CJCE, 17 mars 1993, *Sloman Neptun/Bodo Ziesemer*, préc., pt. 40.
[151] V., notamment, CJCE, 16 mai 2002, *France/Commission*, dit « Stardust », C-482/99, Rec. p. I-4397, pt. 24 ; CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO*, C-126/01, Rec. p. I-13769, pt. 24 ; CJCE, 15 juillet 2004, *Pearle e.a.*, C-345/02, Rec. p. I-7139, pt. 35 ; CJCE, 22 juin 2006, *Belgique/Commission*, C-182/03 et C-217/03, préc., pt. 127 ; CJCE, 5 mars 2009, *UTECA*, C-222/07, Rec. p. I-1407, pt. 43 ; v., toutefois, la tentative de l'avocat général M. P. MADURO dans ses concl. sous CJCE, 23 mars 2006, *Enirisorse*, C-237/04, pts. 43-53.

attentatoire à la concurrence qu'une mesure financée sur des ressources publiques[152], le transfert immédiat de ressources entre personnes privées décidé par l'État n'est pas une aide, car les ressources concernées ne sont pas d'origine étatique. En bref, l'aide est accordée au moyen de ressources d'origine étatique, ce qui implique qu'elle crée une charge pour le trésor public[153].

71. Outre cette importante conclusion, l'étude des décisions procédant au contrôle des mesures de protection de l'environnement permet également, à son échelle, de mesurer la portée concrète de cette jurisprudence. En effet, la réglementation en cause dans l'affaire *PreussenElektra* n'était pas isolée. Au cours des années 2000, la Commission a contrôlé un nombre important de mesures environnementales ayant pour objet de favoriser le développement de la production d'énergie SER et les économies d'énergie par des mécanismes divers de financement[154]. Ces dernières procédaient de réglementations organisant, selon des modalités plus ou moins complexes, des transferts de ressources impliquant les consommateurs, les distributeurs et les producteurs d'énergie. Alors qu'il n'était guère douteux qu'elles conféraient des avantages favorisant certaines entreprises et qu'elles étaient imputables à l'État, la question de leur qualification se posait avant tout sur le terrain de l'origine étatique des ressources dans la mesure où les transferts de ressources en question ne transitaient pas par le budget de l'État, leur coût pesant soit sur les consommateurs, soit sur les distributeurs d'énergie. Or, il ressort de la pratique de la Commission qu'une application par analogie de l'arrêt *PreussenElektra* a fait échapper un certain nombre d'instruments de la protection de l'environnement au droit des aides d'État.

72. Ainsi, des réglementations, tout à fait similaires à celle en cause dans cet arrêt, qui organisaient des paiements directs entre entreprises privées, n'utilisaient pas de ressources d'État[155]. Il en est de même des prélèvements sur les consommateurs finals d'électricité au bénéfice direct d'entreprises privées, qui servaient à financer le développement des énergies

---

[152] K. BACON (dir.), *European Community Law of State Aid*, OUP, 2009, n° 2.92 ; J. A. WINTER « Re(de)fining the notion of state aid in article 87(1) of the EC treaty », *op. cit.*, pp. 482-484.

[153] L. HANCHER, « Towards a New Definition of a State Aid under European Law : Is There a New Concept of State Aid Emerging ? », *op. cit.*, pp. 368-370.

[154] Sur les réglementations adoptées par les État membres, v., généralement, Communication de la Commission du 7 décembre 2007, Aide en faveur de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables (COM(2005) 627 final), pp. 4-5 ; v., dans une moindre mesure, S. ROUSSEAUX, « L'emprise de la logique marchande sur la promotion des énergies renouvelables au niveau communautaire », *RIDE*, 2005, n° 3, p. 231, spéc. pp. 235-236.

[155] Décision de la Commission du 22 mai 2002, State Aid NN 68/2000 – Germany – Law on the Protection of Electricity generated from Combined Heat and Power (C(2002) 1889 final), pp. 4-5. (sur cette législation, v. M. BOTHE, P. SPENGLER, « Chronique nationale – Le développement du droit de l'environnement en Allemagne 1998-2001 », *REDE*, 2001, n° 4, p. 421, spéc. p. 435).

produites à partir de sources renouvelables : elles ont échappé au droit des aides, au même titre que les obligations d'achat de ces mêmes énergies pesant sur des entreprises privées[156].

73. L'arrêt *PreussenElektra* a également eu des conséquences lors de l'appréciation de mesures autrement complexes et, en particulier, des mécanismes de certificats verts. Très schématiquement, ces derniers reposent sur une obligation d'achat de certificats verts qui attestent de la production de quantités d'énergie SER. Ils servent à soutenir le revenu des producteurs de cette énergie : l'État leur délivre gratuitement ces certificats en authentifiant la production d'énergie SER, puis les certificats sont cédés, sur un marché, aux destinataires de l'obligation d'achat[157]. De la sorte, les ressources obtenues par les producteurs lors des cessions de certificats sur le marché le sont, en dernière analyse, grâce à l'obligation d'achat instituée par l'État. La question de savoir si les certificats verts constituaient une aide était donc posée. À cet égard, la Commission a adopté une position constante : les cessions sur le marché constituent de simples paiements directs entre entreprises privées, comparables à l'obligation d'acheter de l'énergie SER à des prix minimums fixés. Elles n'emportaient pas utilisation de ressources d'État au sens de la jurisprudence *PreussenElektra*[158]. Une obligation

---

[156] Communication (2002/C 222/02) de la Commission, aides d'État — Belgique, Aide C 31/2002 (ex N 149/2000) — Régime transitoire du marché de l'électricité. Invitation à présenter des observations en application de l'article 88, paragraphe 2, du traité CE, (JO C 222 du 19 septembre 2002, p. 2), pp. 16-17 ; décision de la Commission du 2 août 2002, Aide d'État N 14/2002 – Belgique – Régime fédéral belge de soutien aux énergies renouvelables (C(2002) 2904 final), pp. 3-4 ; décision de la Commission du 24 octobre 2006, Aide d'État N 254/2006 – Belgique – « Panneaux photovoltaïques » (C(2006) 4954 final).

[157] Le modèle type du mécanisme de certificats vert est le suivant : d'une part, des certificats sont accordés par l'État aux producteurs d'énergie SER en fonction de leur production. D'autre part, il est fait obligation, généralement aux distributeurs d'énergie, de détenir à l'issue d'une période déterminée un certain nombre de certificats qui sont originellement en la possession des producteurs d'énergie SER. Un marché de certificats, plus ou moins déconnecté du marché de l'énergie SER, est alors mis en place, de sorte que les distributeurs soumis au mécanisme peuvent s'acquitter de leur obligation soit en produisant eux-mêmes de l'énergie SER, soit en achetant de cette énergie, soit en achetant directement des certificats verts. En tout état de cause, le mécanisme apporte des revenus supplémentaires aux producteurs d'énergie SER. P. MENANTEAU, M.-L. LAMY, D. FINON, « Les marchés de certificats verts pour la promotion des énergies renouvelables : entre efficacité allocative et efficience dynamique », *Cahier de recherche n° 29*, Institut d'économie et de politique de l'énergie de Grenoble ; A. SANDRIN, « Les certificats verts : une méthode d'incitation à la production d'énergies renouvelables », *BDEI*, 2006, n° 6, p. 33.

[158] Décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 504/2000 – United Kingdom – Renewables – Obligation and Capital Grants for Renewable Technologies (C(2001) 3267 final), pp. 10-11 (v., sur ce mécanisme, N. NASH, « Emissions trading and green certificates in the United Kingdom », *International Energy Law & Taxation Review*, 2003, n° 2, p. 45, spéc. pp. 45-47) ; décision de la Commission du 25 juillet 2001, Aide d'État N 550/2000 – Belgique – Certificats verts dans le secteur de l'électricité (SG(2001) D/290545), p. 6 ; décision de la Commission du 28 novembre 2001, Aide d'État N 415/A/01– Belgique – Projet d'arrêté du Gouvernement wallon relatif à la promotion de l'électricité verte – Aspect concernant le dispositif de certificats verts (C(2001) 3738 final), p. 4 (v., sur ces décisions, Commission, *XXXI*^{ème} *rapport sur la politique de concurrence (2001)*, (SEC/2002/0462 final), pts. 361-363) ; décision de la Commission du 23 juillet 2005, State aid N 362/2004 – United Kingdom Renewables Obligation Order 2005 (C(2005) 480), pp. 7 et 9 ; décision de la Commission du 3 mai 2005, Aide d'État N 608/2004 – Belgique – Certificats de production combinée d'énergie électrique et thermique, (C(2005) 1318 final), pp. 4-6 ; décision de la Commission du 4 janvier 2007, State aid N 418/2006, United Kingdom Renewable Transport Fuel Obligation (RTFO) (C(2007) 8 final), p. 13.

d'achat de certificats sur un marché, même sous peine d'amende, n'est donc pas constitutive d'une aide d'État[159].

74. Il ressort ainsi clairement de l'ensemble de ces considérations relatives à la jurisprudence et à la pratique de la Commission que l'arrêt *PreussenElektra* a posé une limite franche à la notion d'aide et qu'il a pour conséquence l'exclusion de diverses formes de mesures environnementales du champ de cette dernière. Toutefois, il ne faut pas surestimer ses effets. Dans certaines décisions susmentionnées, la Commission a vérifié, avant d'exclure la qualification d'aide, que les transferts considérés étaient bien effectués par des entreprises privées[160], et qu'ils ne transitaient pas par l'intermédiaire d'un fonds créé par l'État[161]. Cette vérification s'explique par le fait que ces éléments relèvent du critère du contrôle étatique des ressources, également constitutif de l'utilisation de ressources d'État, qui permet de limiter la portée du critère de la charge pour le budget de l'État. Il convient donc de préciser à présent ce critère du contrôle, qui démontre parfaitement l'adaptabilité des éléments objectifs de qualification des aides d'État.

B) Les limites de la nécessité d'une charge pour le budget de l'État : le critère du contrôle étatique des ressources

75. À première vue, le choix d'aborder le critère du contrôle étatique des ressources dans le cadre de la présente étude paraît incongru. Dans la jurisprudence, les occurrences d'application dudit critère sont rares et elles ne concernent pas les mesures environnementales. Or, ce sont précisément ces considérations qui peuvent justifier tout l'intérêt d'en traiter. Il n'est pas contesté que les fondements jurisprudentiels du critère du contrôle soient faibles. Bien au contraire, il s'agira de le souligner (1). Ce constat est particulièrement important car la pratique de la Commission est toute autre et qu'elle démontre l'adaptabilité de l'utilisation de ressources d'État. En effet, il apparaît que la Commission n'a pas hésité à appliquer le critère du contrôle à de nombreuses formes de mesures environnementales inconnues dans la jurisprudence (2).

[159] Décision de la Commission du 2 août 2002, Aide d'État N 14/2002, préc., p. 3.
[160] Décision de la Commission du 2 août 2002, Aide d'État N 14/2002 – Belgique – Régime fédéral belge de soutien aux énergies renouvelables (C(2002) 2904 final), pp. 3-4.
[161] *Ibid.*, p. 4 ; décision de la Commission du 24 octobre 2006, Aide d'État N 254/2006 – Belgique – « Panneaux photovoltaïques » (C(2006) 4954 final), pts. 8-14.

1) La faiblesse des fondements jurisprudentiels du critère du contrôle

76. L'arrêt *PreussenElektra* n'épuise pas le débat sur la condition de l'utilisation de ressources d'État. Il n'assure, en réalité, qu'une sécurité juridique toute relative[162] : seule l'hypothèse dans laquelle les ressources qui financent un avantage proviennent immédiatement de paiements effectués par des entreprises relevant du secteur privé[163] est ainsi clairement exclue du champ du droit des aides d'État.

77. En revanche, à la lumière de cet arrêt, la qualification de deux modalités pouvant être pratiquées par les États membres pour accorder des aides devenait relativement incertaine. D'une part, la distribution à des opérateurs économiques du produit de taxes parafiscales[164] posait question puisque ces taxes n'ont pas d'impact sur le trésor public : les ressources qui en procèdent ne transitent pas par celui-ci, mais sont affectées à un fonds ou un compte spécial avant d'être reversées. D'autre part, les aides indirectes, c'est-à-dire celles accordées, non pas directement par l'État, mais par des entreprises privées ou publiques[165] qu'il institue ou désigne à cet effet, ne sont pas non plus, à proprement parler, des charges pour le budget de l'État[166]. S'agissant, dans cette hypothèse, de transferts de ressources effectués par une personne distincte de l'État, c'est aussi bien l'imputation à l'État que l'origine étatique des ressources qu'il faut démontrer. L'exigence d'une charge sur le budget de l'État pouvait ainsi

---

[162] H. VAN VLIET, « State Resources and *PreussenElektra* : When is a State Aid Not a State Aid ? », *op. cit.*, pp. 81-82.

[163] V. CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, préc., pt. 55-56 ; obs. SEGNANA, *CDE*, *op. cit*., pp. 139-140.

[164] La taxe parafiscale peut être définie, en droit des aides d'État, comme un prélèvement obligatoire spécialement affecté, c'est-à-dire une taxe qui se caractérise par le fait qu'elle est destinée, dès le moment où elle est perçue, à permettre le financement d'un transfert de ressources déterminé : R. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence, T II-B*, *op. cit*., p. 49 ; dans le même sens, v. concl. A. TIZZANO sous CJCE, 15 juin 2006, *Air Liquide Industries Belgium,* C-393/04 et C-41/05, pt. 66 ; K. BACON (dir.), *European Community Law of State Aid*, OUP, 2009, n° 2.76; elle donne lieu à des hypothèses d'aides d'État non seulement à l'occasion de son prélèvement, mais également lors de la distribution de son produit, ce qui la distingue d'un impôt *stricto sensu*.

[165] L'entreprise publique est généralement définie comme une entité offrant des biens ou des services sur un marché donné, indépendamment de son statut juridique, dès lors qu'elle se trouve sous l'influence dominante d'une autorité publique du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent : v. l'article 2, paragraphe 1, sous b) de la directive 2000/52/CE de la Commission du 26 juillet 2000, modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques (JO L 193 du 29 juillet 2000, p. 75) : G. ECKERT, J.-P. KOVAR, « Entreprises publiques », *Rép. communautaire Dalloz*, n°s 5-20.

[166] Certains auteurs étudient les taxes parafiscales sans les distinguer des aides indirectes (v., par exemple, M. HEIDENHAIN(dir.), *European State Aid Law*, *op. cit.*, pp. 36-37). Il est vrai que, généralement, un organisme public ou privé sera chargé d'administrer la taxe parafiscale. Cependant, cet organisme n'est pas toujours une entreprise, entité distincte de l'État, mais peut être une autorité administrative de l'État. Il est alors discutable de considérer cette situation comme une aide indirecte. De plus, il existe des réglementations dans lesquelles une entreprise publique, ou une entreprise privée soumise à des obligations d'intérêt général, sera impliquée dans des transferts de ressources, indépendamment d'une taxe parafiscale. Dès lors que ces diverses situations se retrouvent en pratique, il semble justifié de maintenir la distinction entre taxe parafiscale et aide indirecte. Cela n'empêche pas que les catégories puissent se recouper : il existe des taxes parafiscales directement ou indirectement administrées par l'État.

faire croire que l'organisation de circuits de subventionnement ne transitant pas par le budget général de l'État était hors du droit des aides, et que cela risquait d'encourager des stratégies de contournement de l'article 107 TFUE[167].

78. À rebours de cette orientation, un second critère, celui du contrôle étatique sur les ressources[168], pourrait permettre de couper court à de telles stratégies en assurant une adaptation pragmatique du champ du droit des aides d'État. Trouvant ses racines dans des arrêts antérieurs à l'arrêt *PreussenElektra* relatifs à des aides indirectes[169] il a connu une énonciation particulièrement élaborée dans l'arrêt *Ladbroke* : la Cour a ainsi jugé que *« même si [certaines ressources] ne sont pas de façon permanente en possession du Trésor public, le fait qu'elles restent constamment sous contrôle public, et donc à la disposition des autorités nationales compétentes, suffit pour qu'elles soient qualifiées de ressources d'État »*[170]. Ce critère du contrôle est donc susceptible de réduire sensiblement la portée de l'arrêt *PreussenElektra* en faisant tomber sous le coup de l'article 107 TFUE des mesures n'emportant aucune charge pour le budget de l'État, dès lors que le contrôle étatique des ressources est établi. Dans le domaine environnemental, où les taxes parafiscales et les transferts de ressources entre entreprises sont des moyens traditionnels d'intervention, l'enjeu est important.

79. Toutefois, et s'il était possible d'escompter que la Cour précise sa portée à l'occasion du contrôle d'une taxe parafiscale ou d'une aide indirecte, peu d'affaires postérieures à l'arrêt *PreussenElektra* lui ont donné cette occasion, à l'exception du cas particulier des entreprises publiques. S'agissant de ces dernières, la qualification des aides indirectes est clarifiée grâce à l'arrêt *Stardust*[171] qui pose les conditions de réalisation des critères de l'origine étatique des

---

[167] V., en ce sens, K. BACON, « State Aid and General Measures », *YEL*, vol. 17, OUP, 1997, p. 269, spéc. pp. 282 et s. ; C. KOENIG, J. KÜHLING, « EC control of aid granted through State resources », *EStAL*, 2002, n° 2, p. 7, spéc. pp. 16-18 ; M. MEROLA, « Le critère de l'utilisation des ressources publiques », *op. cit.*, n° 26 ; D. WAELBROECK, « La notion d'aide d'État dans la jurisprudence récente de la Cour de justice », *in Mélanges en hommage à G. Vandersanden*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 773, spéc. pp. 777-779.

[168] Pour les auteurs proposant une analyse récente de ce critère : v. R. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence – T II B*, Paris, Publisud, 2005, pp. 34 et s. ; M. HEIDENHAIN(dir.), *op. cit.*, pp. 36-37 ; dans une moindre mesure, W. MEDERER, N. PESARESI, M. VAN HOOF (dir.), *EU Competition Law – Volume IV – State Aid – Book one*, Louvain, Claeys & Casteels, 2008, n° 2.26.

[169] CJCE, 2 février 1988, *Van der Kooy/Commission*, préc., pt. 37 ; CJCE, 7 juin 1988, *Grèce/Commission*, préc. pt. 13 ; CJCE, 21 mars 1991, *Italie/Commission*, 303/88, préc., pt 12 ; CJCE, 21 mars 1991, *Italie/Commission*, C-305/89, préc., pt. 14 ; v. J.-C. BONICHOT, J.-D. MOUTON, « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'aide publique aux entreprises », *Études et documents du Conseil d'État*, n° 41, 1989, p. 199, spéc. pp. 200-201.

[170] CJCE, 16 mai 2000, *France/Ladbroke Racing et Commission*, C-83/98 P, Rec. p. I-3271, pt. 50 ; obs. L. HANCHER, *CML Rev.*, 2002 (39), p. 865, v. pp. 874-876 ; v., antérieurement, TPICE, 12 décembre 1996, *Air France/Commission*, T-358/94, Rec. p. II-2109, pt. 67.

[171] CJCE, 16 mai 2002, *France/Commission*, dit « Stardust », C-482/99, préc. ; obs. S. POILLOT-PERUZZETTO, *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2003, p. 407 ; obs. J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, C. LAMBERT, *AJDA*, 2002 .1122 ; v., également, B. VESTERDORF, « A Further Comment on the New State Aid Concept as this

ressources et de l'imputation à l'État. La Cour s'est fondée, *expressis verbis*, sur le considérant de l'arrêt *Ladbroke*[172] pour poser un critère organique : les ressources des entreprises publiques sont des ressources d'État. Pour ce qui est de l'imputation à l'État, la Cour a simplement prolongé le critère du contrôle : il convient de démontrer, au cas par cas, sur la base d'un faisceau d'indices, que l'État est bel et bien impliqué dans la décision d'engagement de ces ressources, afin de prouver *« l'exercice effectif de ce contrôle dans un cas concret »*[173].

80. En revanche, la situation des taxes parafiscales et des aides indirectes accordées par des entreprises privées reste relativement incertaine. Pour les taxes parafiscales, il est vrai qu'il ressortait d'un certain nombre d'arrêts déjà anciens que cette catégorie de prélèvement pouvait être qualifiée d'aide, mais la Cour n'avait pas été très explicite sur les critères devant être mobilisés[174]. Par la suite, de nombreux développements jurisprudentiels ont concerné la question de la notification et de la répétition de l'indu de taxes de ce genre[175]. Néanmoins, pour ce qui concerne l'utilisation de ressources d'État, les arrêts sont peu explicites. Si l'arrêt *GEMO* a qualifié d'aide une taxe parafiscale qui finançait des activités de protection de protection de l'environnement, les critères de cette qualification n'ont pas été précisés[176]. Par la suite, l'arrêt *Pearle*[177] n'apporte qu'un éclairage relatif[178]. Était en cause, non pas une véritable taxe parafiscale, mais un prélèvement instauré par un groupement d'entreprises afin de financer des activités qui leur étaient profitables. L'arrêt se prête donc plutôt à une interprétation *a contrario* : il semble que la création d'un prélèvement obligatoire et la détermination de l'affectation de son produit par l'État placent les ressources sous son contrôle, ce qui remplit les critères de l'imputation à l'État et de l'origine étatique des

---

Concept Continues to be Reshaped », *op. cit.*, spéc. pp. 396-398.

[172] CJCE, 16 mai 2002, *France/Commission*, dit « Stardust », C-482/99, préc., pts. 32-43.

[173] *Ibid.*, pt. 52 ; v., ultérieurement, CJCE, 8 mai 2003, *Italie et SIM 2 Multimedia/Commission*, préc., pt. 33.

[174] V., essentiellement, CJCE, 25 juin 1970, *France/Commission*, 47/69, Rec. p. 487 ; CJCE, 22 mars 1977, *Steinike & Weinlig*, 78/76, Rec. p. 595, pts. 21-22 ; CJCE, 2 juillet 1974, *Italie/Commission*, 173/73, préc., pt. 35 ; CJCE, 11 novembre 1987, *France/Commission*, 259/85, Rec. p. 4393, pts. 22-23.

[175] CJCE, 21 octobre 2003, *van Calster e.a.*, C-261/01 et C-262/01, Rec. p. I-12249, pt. 49 ; CJCE, 22 décembre 2008, *Regie Networks*, C-333/07, Rec. p. I-10807, pt. 89, obs. A. MAITROT DE LA MOTTE, *DF*, 2009, n° 27, comm. 396 ; tombent en effet sous le coup de l'article 107 TFUE les prélèvements dont le produit est uniquement affecté au financement d'une mesure d'aide : v., CJCE, 13 janvier 2005, *Streekgewest*, C-174/02, Rec. p. I-85, pt. 26 ; CJCE, 13 janvier 2005, *Pape*, C-175/02, Rec. p. I-127, pt. 15. v., à ce sujet, D. BERLIN, *Politique fiscale*, Commentaire J. Mégret, 3ème éd., vol. II, ÉUB, 2012, n° 1291.

[176] CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO*, préc. ; obs. G. PARLÉANI, *JCP E*, 2004, n° 44, p. 1599, pts. 25-27.

[177] CJCE, 15 juillet 2004, *Pearle e.a.*, C-345/02, Rec. p. I-7139 ; obs. A. ALEXIS, *Concurrences*, 2004, n° 1, p. 79 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2004, n° 10, comm. 328.

[178] Les avis de la doctrine sont ce point partagés : E. GAMBARO, A. NUCARA, L. PRETE, « Pearle : so much Unsaid ! », *EStAL*, 2005, n° 1, p. 3, spéc. pp. 5-6 ; *comp.* A. ALEXIS, « La Cour de justice précise les notions de ressources d'État et d'imputabilité à l'État : l'affaire Pearle BV », *CPN*, 2004, n ° 3, p. 24 ; L. HANCHER, « A Pearl of Wisdom », *EStAL*, 2004, n° 3, p. 363.

ressources[179]. Très récemment, un arrêt *Doux*, rendu également au sujet d'un prélèvement privé, confirme cette interprétation, tout en ajoutant que l'extension du prélèvement par une décision de l'État ne suffit pas pour réaliser le contrôle étatique des ressoucres[180].

81. Il a fallu attendre l'arrêt *Essent*[181] pour qu'une occasion de clarification générale se présente. Dans cette affaire, il s'agissait de qualifier une taxe parafiscale administrée par une entreprise privée. La Cour y a admis que les ressources en cause avaient une origine étatique car elles étaient perçues en application d'une taxe créée par l'État[182]. Pour le reste, l'appréciation de la situation de l'entreprise mandatée suffit pour juger qu'il y a utilisation de ressources d'État : les ressources restaient *« sous contrôle public, et donc à la disposition des autorités nationales »*[183] car cette entreprise ne disposait d'aucune marge de manœuvre pour leur distribution. Cependant, il faut bien admettre que la motivation de la Cour ne répond pas à toutes les interrogations[184]. Outre que la distinction entre l'origine étatique des ressources et l'imputation à l'État n'est pas évidente à la lecture de l'arrêt, l'appréciation de la situation de l'entreprise mandatée par l'État pour administrer la taxe en cause laisse une question ouverte : si la Cour relève bien qu'elle était chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général et que la législation nationale ne lui laissait aucune marge d'appréciation dans l'utilisation du produit de la taxe[185], la question du statut, privé ou public, de l'entreprise mandatée n'est pas abordée. Faut-il en déduire que cette considération est indifférente ? Au-delà, il faut se tourner vers la jurisprudence récente du Tribunal[186] pour trouver des occurrences du critère et constater que le juge se réfère directement au considérant de principe

---

[179] CJCE, 15 juillet 2004, *Pearle e.a.*, préc., pt. 36-38. V. concl. D. RUIZ-JARABO COLOMER sous CJCE, 15 juillet 2004, *Pearle e.a.*, préc., pts. 74 et 95 3), ainsi que l'interprétation de l'arrêt *Pearle* dans CJCE, 17 juillet 2008, *Essent Netwerk Noord e.a.*, C-206/06, Rec. p. I-5497, pt. 72. V., également, D. TAYAR, A. GIRAUD, « L'interprétation du critère de l'emploi de ressources d'État par la Cour de justice : le révélateur d'une lecture formaliste de l'article 87 du Traité CE ? », *LPA*, 2005, n° 140, spéc. n°s 38-45.

[180] CJUE, 30 mai 2013, *Doux Élevages et Coopérative agricole UKL-AREE*, C-677/11, non encore publié au Recueil, pts. 26-45, spéc. pts. 32-33 et 36-40 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2013, n° 7, comm. 317 ; obs. J. DERENNE, *Concurrences*, 2013, n° 3, p. 130.

[181] CJCE, 17 juillet 2008, *Essent Netwerk Noord e.a.*, C-206/06, Rec. p. I-5497 ; obs. B. O. GRAM MORTENSEN, *EEELR*, 2008, n° 12, p. 389 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2008, n° 10, comm. 329.

[182] *Ibid*., pt. 66 ; il faut ici comprendre, au regard du renvoi fait par la Cour à des motifs préalables, une charge sur les consommateurs, frappant l'électricité, et unilatéralement imposée par la législation nationale.

[183] *Ibid.*, pts. 70 et 72-74.

[184] L. RUBINI, « The 'Elusive Frontier' : Regulation under EC State Aid Law », *op. cit.*, v. p. 291.

[185] CJCE, 17 juillet 2008, *Essent Netwerk Noord e.a.*, préc., pts. 67-69.

[186] V. TPICE, 11 février 2009, *Iride et Iride Energia/Commission*, T-25/07, Rec. p. II-245, pt. 25 ; obs. G. GIOLITO, *Concurrences*, 2009, n° 2, pp. 156-158 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2009, n° 4, comm. 165 ; Trib. UE, 12 mai 2011, *Région Nord-Pas-de-Calais/Commission*, T-267/08 et T-279/08, Rec. p. II-1999, pt. 109 ; Trib. UE, 10 novembre 2011, *Elliniki Nafpigokataskevastiki e.a./Commission*, T-384/08, Rec. p. II-380*, Pub.somm., pt. 87.

de l'arrêt *Ladbroke* lorsqu'il s'agit de qualifier des aides financées et administrées selon un schéma particulièrement complexe, mêlant des fonds d'origine publique et privée[187].

82. Il ne s'agit pas de minorer les conclusions que l'on peut tirer de cette jurisprudence. Tout d'abord, il ne faut pas surestimer la portée de l'arrêt *PreussenElektra*[188]. Même en l'absence d'une charge sur le budget de l'État, les conditions de l'origine étatique des ressources et de l'imputation à l'État semblent pouvoir être réalisées en application du critère du contrôle étatique des ressources. Pour le cas d'une taxe parafiscale, il faudrait s'assurer que l'État a décidé d'instituer un prélèvement spécialement affecté et déterminé l'affectation de son produit — *Pearle* et *Doux a contrario*, et *Essent*. Lorsque les ressources proviennent d'une entreprise, le cas échant car elle est mandatée par l'État pour administrer les ressources d'une taxe parafiscale, l'utilisation de ressources d'État semble acquise si, en raison de tout élément juridique ou factuel attestant une influence étatique, les décisions de cette entreprise reflètent l'intervention de l'État — *Essent*[189] —, l'origine étatique des ressources étant en tout état de cause d'emblée acquise pour le cas des entreprises publiques — *Stardust*.

83. Force est de constater que la protection de l'environnement n'a guère contribué à ces développements jurisprudentiels, et qu'ils restent pour le moins fragiles. Néanmoins, il est indispensable de les connaître pour bien comprendre les enjeux de la pratique de la Commission. Précédemment, pour illustrer les applications de l'arrêt *PreussenElektra*, seules quelques unes des décisions relatives aux mesures de financement de l'énergie SER ont été évoquées. Or, il existe de nombreuses affaires dans lesquelles la Commission a retenu la qualification d'aide d'État en appliquant le critère du contrôle. Si la jurisprudence ne clarifie que très relativement ce critère, la pratique de la Commission en matière environnementale est particulièrement constructive et permet, quand à elle, de mesurer pleinement sa portée.

2) La portée du critère du contrôle révélée par la pratique de la Commission

84. La jurisprudence n'a été confrontée qu'à un nombre limité de mesures pour lesquelles l'utilisation de ressources d'État s'est avérée problématique et, hors l'arrêt *GEMO*, elle n'a pas eu à connaître de mesures environnementales. En revanche, l'importance du critère du contrôle étatique des ressources ressort très nettement de la pratique de la Commission relative à des mesures diverses d'aides à la production d'énergie SER, tant pour les aides

[187] Trib. UE, 27 septembre 2012, *France/Commission*, T-139/09, non encore publié au Recueil, pt. 63 ; Trib. UE, 27 septembre 2012, *Fedecom/Commission*, T-243/09, non encore publié au Recueil, pt. 52.
[188] Concl. P. MENGOZZI sous CJCE, 17 juillet 2008, *Essent Netwerk Noord e.a.*, préc., pts. 97 et s., spéc. pts. 98 et 101.
[189] V., également, TPICE, 20 septembre 2007, *Salvat père & fils e.a./Commission*, T-136/05, Rec. p. II-4063, pts. 139 et s.

directes qu'indirectes[190]. Il a été utilisé de manière constante afin d'admettre la réalisation de la condition de l'utilisation de ressources d'État[191] et s'est adapté à l'état de la jurisprudence : les premières décisions font application d'arrêts de principe bien antérieurs à l'arrêt *PreussenElektra* qui, progressivement, sont consolidés par les arrêts plus récents.

85. Les premières affaires ont concerné des mécanismes parafiscaux administrés directement par des organes de l'État, comme des circuits de transfert de ressources au bénéfice des producteurs d'énergie[192], des fonds de mutualisation des coûts du développement des énergies 'vertes' entre les fournisseurs d'électricité[193], ou encore la distribution du produit des amendes prévues dans certains mécanismes de certificats verts. Précisons, au sujet de ces derniers, qu'il ne s'agit pas d'une contradiction avec la pratique précédemment décrite[194], mais de la qualification d'un transfert de ressources s'ajoutant aux cessions de certificats : est ici en cause la distribution du produit des amendes libératoires dont certains États membres avaient accompagné les certificats verts, qui ne peut être réduite à un simple paiement direct entre personnes privées[195].

---

[190] Quelques-unes des décisions traitées ci-dessous sont abordées dans les études suivantes : J. BABCZYNSKI, « European State Aid Rules and their Bearing on Renewable Energy Sources », *in* M. RODI (dir.), *Environmental Policy Instruments in Liberalized Energy Markets*, Berlin, Lexxion, 2006, p. 155 ; B. LE BAUT-FERRARESE (dir.), I. MICHALLET (collab.), *Traité de droit des énergies renouvelables*, 2ème éd., Paris, Éd. du Moniteur, 2012, pp. 348-351 ; M. KARPENSCHIF, « La notion d'aide d'État, application au secteur de l'énergie », *RJEP*, 2003, n° 595, p. 51, v. pp. 55-59 ; M. KÖNINGS, « State Aid for Renewable Energy Sources : A Practical State Aid Manual for Going Green », *EStAL*, 2002, n° 1, p. 19, v. pp. 21-22 ; P. THIEFFRY, « Environnement – Protection de l'environnement et droit de la concurrence », *JCl. Europe Traité*, fasc. 1901, nos 49-51 ; S. WOSCHECH, *The State Aid Dimension of Environmental Aid*, Göttingen, Cuvillier, 2009, pp. 23 et s.

[191] Notons que, outre les décisions dans le secteur de l'énergie, la Commission, antérieurement à l'arrêt *PreussenElektra*, à retenu la qualification d'aide au sujet d'un système de mutualisation, entre producteurs de lisier, du coût l'élimination de ce produit afin de l'assurer dans de bonnes conditions environnementales, sur la base d'éléments qui, déjà, étaient tout à fait conformes au critère du contrôle étatique des ressources : décision 92/316/CEE de la Commission du 11 mars 1992, relative aux aides envisagées par le gouvernement néerlandais pour encourager une élimination du lisier écologiquement acceptable (JO L 170 du 25 juin 1992, p. 34). En revanche, une redevance, instaurée par un accord volontaire entre les entreprises du secteur automobiles pour financer le traitement des épaves de véhicules n'utilisait pas de ressources d'État car si l'État membre avait déclaré l'accord d'application générale à tous les opérateurs actifs sur le marché national, les entreprises pouvaient obtenir une dérogation à certaines conditions : décision 2002/204/CE de la Commission du 30 octobre 2001, relative au système d'élimination des épaves automobiles mis en œuvre aux Pays-Bas (JO L 68 du 12 mars 2002, p. 18), pt. 70.

[192] Ces mécanismes sont parfois désignés sous l'expression anglaise « feed-in-tariffs » ; v. décision de la Commission du 22 décembre 2006, N 432/2006 – Cyprus – Support scheme for electricity production from biomass and landfill gas (C(2006) 7237), p. 7 ; décision 2007/580/CE de la Commission du 24 avril 2007, concernant le régime d'aides d'État mis en œuvre par la Slovénie dans le cadre de sa législation relative aux producteurs d'énergie qualifiés – Aide d'État C 7/2005 (JO L 219 du 24 août 2007, p. 9), pt. 69.

[193] Décision de la Commission du 14 avril 2010, State aid N 94/2010 – United Kingdom – Feed in Tariffs to support the generation of renewable electricity from low carbon sources (C(2010) 2445).

[194] Décision de la Commission du 4 janvier 2007, State aid N 418/2006, préc., pp. 13-14. L'absence d'amende constitue en effet un argument favorable à l'exclusion de la condition de l'utilisation de ressources d'État : décision de la Commission du 24 octobre 2006, Aide d'État N 254/2006, préc., p. 13 ; décision de la Commission du 3 mai 2005, Aide d'État N 608/2004, préc., p. 6.

[195] Les amendes libératoires comprises dans les mécanismes de certificats verts permettent aux entreprises qui ne détiennent pas la quantité légale de certificats de payer une amende pour satisfaire aux exigences du mécanisme.

86. La Commission, de façon constante, a appliqué un même schéma de qualification à l'ensemble de ces réglementations nationales. Partant de sa propre interprétation de l'arrêt *Steinike* qui reste le premier arrêt de référence pour les taxes parafiscales, parfois consolidée par une référence à l'arrêt *Italie/Commission*[196] et, dans une période plus récente, à l'arrêt *Pearle*[197], l'origine étatique des ressources fut admise parce que les prélèvements en cause étaient créées par les États — les amendes libératoires étant assimilées à des taxes[198] —, puis versées à un fonds également créé par eux, et que l'administration générale des mécanismes, donc la distribution des ressources prélevées, relevait des prérogatives de leurs organes[199]. Il faut ajouter que le critère du contrôle étatique a été utilisé avec une acuité particulière dans une décision relative à un fonds répartissant entre les distributeurs d'électricité les coûts engendrés par un mécanisme de soutien à la production d'électricité SER[200]. Pour confirmer l'origine étatique des ressources, la Commission s'est en effet fondée directement sur l'arrêt *Ladbroke*[201]. Alors que le fonds et le prélèvement qui l'alimentait était imposé par l'État[202], l'origine étatique des ressources était admise au motif que *« la Cour de justice a établi que des ressources qui passent sous contrôle de l'État à un certain moment sont toujours des ressources d'État »*[203], .

87. Par ailleurs, la Commission a été confrontée à des aides indirectes, administrées aussi bien par des entreprises publiques que des entreprises privées. Tout d'abord, ont été contrôlés des régimes d'obligation d'achat de l'électricité dont les destinataires étaient, à la différence de ceux en cause dans l'affaire *PreussenElektra*, exclusivement des entreprises publiques.

Cet aménagement se justifie par le souci de plafonner le coût du mécanisme pour le secteur de l'énergie. Le prix des certificats sur le marché est limité par le prix de l'amende car s'il le dépasse, il devient plus intéressant pour les opérateurs de payer l'amende que d'acheter les certificats.

[196] V., par exemple, décision 2007/580/CE de la Commission du 24 avril 2007, préc., pt. 69

[197] *Ibid*., pt. 73 ; décision de la Commission du 14 avril 2010, State aid N 94/2010, préc., pt. 67.

[198] Décision de la Commission du 23 juillet 2005, State aid N 362/2004, préc., p. 9.

[199] Décision de la Commission du 22 décembre 2006, N 432/2006, préc., p. 7 ; décision 2007/580/CE de la Commission du 24 avril 2007, préc., pts. 66-69 ; décision de la Commission du 14 avril 2010, State aid N 94/2010, préc., pts. 65-66 et 68. Pour les certificats verts, v. décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 504/2000, préc., pp. 12-13 ; décision de la Commission du 23 juillet 2005, State aid N 362/2004, préc., p. 9-10 ; décision de la Commission du 4 janvier 2007, State aid N 418/2006, préc., p. 14.

[200] Décision 2009/476/CE de la Commission du 28 janvier 2009, concernant l'aide sous la forme de la création d'un fonds de compensation dans le cadre de l'organisation du marché de l'électricité mise à exécution par le Luxembourg [C 43/02 (ex NN 75/01)] (JO L 159 du 20 juin 2009, p. 11). Sur ce mécanisme, v. E. ARENDT, « Chronique nationale – Luxembourg », *REDE*, 2000, n° 4, p. 423, spéc. p. 436.

[201] *Ibid*., pt. 56. Si la Commission évoque également l'arrêt *Stardust*, c'est toutefois par une référence au point de cet arrêt qui reprend de l'arrêt *Ladbroke*, qu'il cite explicitement, le critère du contrôle par l'État des ressources (v. pt. 56 et note 32 de bas de page).

[202] *Ibid*.

[203] *Ibid.*

Outre deux décisions dans lesquelles l'analyse fut particulièrement lapidaire[204], la Commission s'est basée sur l'arrêt *Stardust* et sur le critère du contrôle qui en découle. L'utilisation de ressources d'État était ainsi réalisée puisque les ressources provenaient d'entreprises publiques et que l'achat d'énergie faisait suite à des obligations légales ou contractuelles définies par l'État[205]. Le fait qu'une entreprise publique s'interpose dans un régime d'obligation d'achat d'énergie SER place ainsi les ressources sous contrôle étatique et suffit à réaliser la condition de l'utilisation de ressources d'État. Cette constatation est confirmée dans des décisions relatives à des mécanismes parafiscaux particulièrement complexes, par lesquels le produit de prélèvements sur les consommateurs d'électricité était acheminé par des entreprises privées puis publiques vers les entreprises bénéficiaires. Pour conclure à l'utilisation de ressources d'État, la Commission s'est avant tout fondée sur les critères tirés de l'arrêt *Steinike*[206]. L'administration de ces opérations par des entreprises publiques est alors un des éléments constitutifs du contrôle étatique des ressources[207].

88. Enfin, le critère du contrôle fut appliqué dans des hypothèses où l'État avait délégué l'administration des transferts de ressources impliqués par les mécanismes en cause à des entreprises privées. Dans certaines affaires en particulier, un État membre soutenait que la substitution d'une entreprise privée à une entreprise publique dans la fonction d'administration d'un mécanisme parafiscal faisait échapper ce dernier au droit des aides[208]. La Commission a rejeté cet argument en se fondant, cette fois, sur l'arrêt *Essent*, au motif que la Cour n'y avait pas fait mention du statut de l'entreprise. Elle a retenu ainsi les éléments suivants aux fins de la qualification : les ressources administrées par l'entreprise privée lui

---

[204] Décision de la Commission du 10 mars 2009, State aid N 354/2008 – Denmark – Modification of the scheme "support to environmentally friendly electricity production" (N 602/2004), (C(2009) 1731), pt. 34 ; décision de la Commission du 1er avril 2009, State aid N 356/2008 – Denmark – Modification of the scheme "support of environmentally friendly electricity production" (N 602/2004), supplements for electricity generated with bio gas (C(2009) 2596), pt. 31.

[205] Décision de la Commission du 4 juillet 2006, State aid NN 162/A/2003 and State aid N 317/A/2006 – Austria Support of electricity production from renewable sources under the Austrian Green Electricity Act (feed-in tariffs) (C(2006) 2955), pts. 48-63 ; décision 2009/287/CE de la Commission du 25 septembre 2007, concernant l'aide d'État accordée par la Pologne dans le cadre d'accords d'achat d'électricité à long terme et l'aide d'État que la Pologne prévoit d'accorder dans le cadre de compensations versées en cas de résiliation volontaire d'un accord d'achat d'électricité à long terme (JO L 83 du 28 mars 2009, p. 1), pts. 168-181.

[206] Décision de la Commission du 4 juillet 2006, State aid NN 162/A/2003 and State aid N 317/A/2006, pts. 55-59 ; Décision de la Commission du 4 juillet 2006, State aid NN 162/B/2003 and State aid N 317/B/2006 – Austria – Support of CHP under the Austrian Green Electricity Act (support tariff) (C (2006) 2964), pts. 32-38.

[207] Décision de la Commission du 4 juillet 2006, State aid NN 162/A/2003 and State aid N 317/A/2006, préc., pt. 54 ; décision de la Commission du 4 juillet 2006, State aid NN 162/B/2003 and State aid N 317/B/2006, préc., pt. 33. V. B. RENNER-LOQUENZ, « State aid in feed-in tariffs for green electricity », *CPN*, 2006, n° 3, p. 61 ; Rapport de la Commission du 21 mai 2008 – Tableau de bord des aides d'État – Mise à jour du printemps 2008 (COM(2008) 304 final), p. 15.

[208] Décision de la Commission du 22 juillet 2009, State aid C 24/2009 (ex-N 446/2008) – Austria – The Austrian Green Electricity Act – Aid to the Producers of Green Electricity and Aid to Large Electricity Consumers (C(2009) 3548 final), v. pts. 4 et 37.

étaient attribuées en raison d'une intervention régalienne de l'État qui créait une taxe et des obligations d'achat, l'administration des ressources issues de la taxe et de l'obligation d'achat était l'objet d'une concession et les conditions de leur perception et de leur affectation étaient définies par la loi, le concessionnaire n'étant que l'exécutant lié d'une politique publique. Dès lors, les ressources étaient d'origine étatique et leur transfert imputable à l'État[209]. S'il est une conclusion à tirer de ces décisions, c'est bien que le statut privé d'une entreprise administrant les transferts de ressources organisés par une réglementation de la protection de l'environnement n'est pas un critère déterminant en droit des aides d'État[210]. Il est même indifférent dès lors qu'il est établi, par ailleurs, que cette entreprise agit sous le contrôle de l'État.

89. À la lumière de l'ensemble de la pratique de la Commission, il apparaît que cette dernière a appliqué de manière constante le critère du contrôle étatique des ressources développé par la Cour, ce qui est attesté, non seulement, par l'usage des critères constitutifs de ce contrôle, adaptés au gré de l'évolution de la jurisprudence, mais aussi par la fréquence de la mention de ce contrôle dans ses décisions[211]. Dès lors que les États membres organisent, à des fins de protection de l'environnement, des transferts de ressources par des modalités qui leur confèrent un pouvoir de contrôle, en créant un prélèvement et en déterminant la distribution de son produit, le cas échéant en mandatant une entreprise publique ou privée pour administrer les transferts de ressources, les réglementations tombent sous le coup de l'article 107 TFUE. Au vu de ces conclusions, il semble que les solutions développées par la Commission ont non seulement anticipé la jurisprudence, mais également qu'à ce jour, elles permettent d'envisager des solutions qui n'en ressortent pas.

---

[209] Décision de la Commission du 22 juillet 2009, State aid C 24/2009 (ex-N 446/2008), préc., pts. 43-49 ; décision 2011/528/UE de la Commission du 8 mars 2011, préc., pts. 68-73 et 85-86.

[210] Décision de la Commission du 22 juillet 2009, State aid C 24/2009 (ex-N 446/2008), préc., pt. 41 ; décision 2011/528/UE de la Commission du 8 mars 2011, préc., pts. 78-80. V., également, décision de la Commission du 8 février 2012, State aid SA.33384 (2011/N) – Austria Ökostromgesetz 2012, (Green Electricity Act 2012) (C(2012) 565 final), pts. 67-70.

[211] Outre l'exemple particulièrement éclairant que constitue la décision 2009/476/CE de la Commission du 28 janvier 2009, préc., la Commission recherche le *contrôle*, par l'État, du fonds : décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 504/2000, préc., p. 6 ; décision de la Commission du 23 juillet 2005, State aid N 362/2004, préc., p. 9 ; décision de la Commission du 4 juillet 2006, State aid NN 162/A/2003 and State aid N 317/A/2006, préc., pt. 54 ; décision de la Commission du 4 juillet 2006, State aid NN 162/B/2003 and State aid N 317/B/2006, préc., pt. 33 ; décision de la Commission du 14 avril 2010, State aid N 94/2010, préc., pt. 68. De même, elle évoque le *contrôle* par l'État des entreprises mandatées : décision de la Commission du 4 juillet 2006, State aid NN 162/A/2003 and State aid N 317/A/2006, préc., pt. 50 ; décision 2011/528/UE de la Commission du 8 mars 2011, concernant l'aide d'État dans l'affaire C 24/09 (ex N 446/08), préc., pts. 73-74. V., également, rapport de la Commission du 21 mai 2008 – Tableau de bord des aides d'État – Mise à jour du printemps 2008, préc., p. 15.

90. La pratique de la Commission pourrait toutefois être confirmée prochainement par la Cour. En effet, dans une affaire *Vent De colère*[212], toujours pendante à ce jour, un juge national a interrogé la Cour par voie préjudicielle dans une affaire concernant une obligation légale d'achat d'énergie SER financée au moyen d'un prélèvement parafiscal pesant sur les consommateurs, dont le produit est administré par un organe désigné par l'État et distribué dans les conditions prévues par la loi. L'avocat général, reprenant la jurisprudence susmentionnée, a conclu dans le sens de la qualification d'aide de la mesure en cause[213].

91. L'étude des affaire intéressant la protection de l'environnement démontre donc bien la faculté d'adaptation de la condition de l'utilisation de ressources d'État au gré des situations particulières. Remplissent cette condition les mesures qui créent une charge pour le budget de l'État, mais aussi celles qui confèrent à ce dernier, directement ou indirectement, un pouvoir de contrôle sur les ressources. Cette conclusion n'épuise cependant pas l'étude de la condition de l'utilisation de ressources d'État au travers du prisme de la protection de l'environnement. À l'occasion de l'application de l'article 107 TFUE, la Commission s'est trouvée confrontée à des mesures environnementales impliquant la délivrance d'un acte administratif. Pour les contrôler, elle a énoncé le critère de la nature de l'acte.

II) Le critère de la nature de l'acte administratif impliqué par les mesures environnementales

92. Deux catégories de mesures environnementales, à savoir les mécanismes de certificats verts et les mécanismes d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (ci-après « GES »), fonctionnent au moyen de la délivrance d'actes administratifs à des entreprises qui ont vocation à être cédés sur un marché. Pour qualifier les transferts de ressources qu'ils impliquent, la Commission a adapté la condition de l'utilisation de ressources d'État en construisant un raisonnement relatif à la nature de ces actes administratifs (A) qui a fait l'objet d'une application constante aux deux catégories de mécanismes susmentionnés (B).

A) L'énonciation du critère par la Commission

93. Avant d'aborder la façon dont la Commission a motivé la qualification de ces opérations de délivrance, quelques précisions liminaires au sujet de ces mécanismes sont nécessaires. En premier lieu, il y a lieu de préciser, très schématiquement, ce qu'est un

[212] V. CJUE, *Vent De Colère e.a.*, C-262/12, affaire en cours.
[213] Concl. N. JÄÄSKINEN présentées le 11 juillet 2013.

système d'échange de quotas d'émission de GES : il s'agit d'un instrument de limitation des émissions d'un groupe de pollueurs qui fonctionne sur la base de la création d'un marché sur lequel ces derniers peuvent échanger les actes administratifs que sont les quotas d'émission délivrés par l'État, lesquels plafonnent globalement leurs émissions collectives[214]. Ensuite, si l'on a déjà décrit succinctement[215] les certificats verts et abordé leur qualification, cette analyse n'a pas épuisé toutes les opérations qu'impliquent leur fonctionnement : seules les cessions de certificats sur le marché entre les entreprises du secteur de l'énergie ainsi que l'utilisation du produit des éventuelles amendes libératoires auxquelles elles peuvent être soumises ont été étudiées. L'opération de délivrance, par l'État, de l'acte administratif que constitue le certificat vert aux producteurs d'énergie SER n'a donc pas encore été analysée.

94. Il existe une différence importante entre ces deux mécanismes. Les certificats verts encouragent un comportement moins défavorable pour la protection de l'environnement, à savoir la production d'énergie SER, en procurant des ressources aux entreprises qui l'adoptent par la cession des certificats. Il relève donc de leur économie que ces derniers soient délivrés gratuitement par l'État aux producteurs lorsque leur énergie est certifiée, sauf à porter atteinte à l'efficacité de ce mécanisme de subventionnement. En revanche, les mécanismes de quotas d'émission servent à limiter la pollution de milieux naturels par l'allocation de quotas représentant des quantités du volume global admissible de cette pollution. Ils peuvent être considérés comme des « droits à polluer »[216] accordés par la collectivité aux entreprises dont l'activité engendre la pollution et dont elles jouissent exclusivement. La délivrance à titre gratuit de ces droits n'est pas, en soi, incompatible avec la logique sous-jacente à ce mécanisme mais, à la différence de la délivrance à titre onéreux, elle est beaucoup moins coûteuse pour les entreprises et ne crée pas de recettes pour l'État.

---

[214] Concrètement, dans un premier temps, l'État détermine un plafond d'émission d'un groupe de pollueurs déterminés pour une période donnée. Il attribue, ensuite, le nombre de quotas correspondant à ce plafond aux pollueurs, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Une fois les quotas attribués, les agents peuvent les échanger librement. Les cessions dépendent des émissions des pollueurs : ceux-ci doivent détenir, au terme d'une période déterminée, un nombre de quotas au moins égal à la pollution qu'ils émettent. Si une entreprise dispose de plus de droits qu'elle n'en a besoin, elle les cèdera à une autre entreprise dont les émissions dépassent son stock de quotas. Le mécanisme peut-être assorti d'une amende qui sanctionne les pollueurs n'ayant pas rempli leurs obligations. M. DUBOST-MOLINER, « Les permis d'émission négociables et le principe pollueur-payeur », *AJDA*, 2003. 207 ; M. FAURE, *L'analyse économique du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 76-78 ; A. VALLÉE, *Economie de l'environnement*, nouvelle éd., Paris, Seuil, 2011, pp. 122 et s. ; P. BONTEMS, G. ROTILLON, *L'économie de l'environnement*, 3ème éd., Paris, La découverte, 2007, pp. 68 et s. ; J.-M. SALLES, « Pollution atmosphérique et marchés de droits négociables : le Protocole de Kyoto sur les changements climatique, 1) Analyse économique du dispositif juridique », *in* S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *L'outil économique en droit international et communautaire de l'environnement*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 201.

[215] V. *supra*, nos 73, 85-86.

[216] V., en ce sens, DAVID, S. MAIRESSE, P. MAITRE, « Le principe du pollueur-payeur : cohérence des outils et pertinence du principe », *in* S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *L'outil économique en droit international et communautaire de l'environnement*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 87, spéc. pp. 91-93.

95. Ces deux mécanismes ont toutefois un point commun : les actes administratifs qu'ils impliquent ont vocation à être échangés entre des entreprises sur un marché. Ainsi, lorsque les cessions impliquent des actes obtenus gratuitement, la situation pourrait s'apparenter à une libéralité. L'acte qui entre dans le patrimoine de l'entreprise améliore, au moins virtuellement, l'actif de son bilan puisqu'il a au moins virtuellement une valeur pécuniaire. Il est donc concevable que l'État puisse le vendre et qu'en y renonçant, il renonce à des recettes. Or, en droit des aides d'État, la renonciation à des recettes publiques est une modalité de l'utilisation de ressources d'État[217].

96. C'est à cette situation complexe que la Commission a été confrontée lorsqu'elle a contrôlé des mécanismes nationaux de certificats verts et de quotas d'émission — étant précisé, pour ces derniers, qu'ils ont été adoptés en dehors du système européen d'échange de quotas d'émissions (ci-après « le SEEQE »)[218]. Pour démontrer l'utilisation de ressources d'État et, plus précisément, l'origine étatique des ressources — l'imputation étant ici évidente — elle s'est intéressée à la nature des actes administratifs. Sa pratique fut remarquablement précisée dans deux de ses décisions[219], qu'il convient dès lors de commenter.

97. La prémisse du raisonnement de la Commission est de qualifier les actes administratifs impliqués par les mesures de protection de l'environnement d'actifs incorporels : les certificats ou les quotas pouvant être vendus, ils acquièrent une valeur pécuniaire. Ceci étant admis, il faut savoir si la délivrance à titre gratuit aux entreprises concernées constitue une renonciation à des recettes publiques. La Commission apprécie alors les options offertes à

---

[217] Des aides d'État peuvent résulter des divers procédés par lesquels l'État abandonne des sommes d'argent qu'il peut percevoir. La renonciation à percevoir des ressources, qui constitue une charge pour le trésor public, est donc une modalité de l'utilisation de ressources d'État et, plus précisément, atteste de l'origine étatique des ressources : v., tout particulièrement, en matière d'exonérations fiscales, CJCE, 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, C-222/04, Rec. p. I-289 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Paint Graphos e.a.*, C-78/08 à C-80/08, non encore publié au Recueil, pt. 45 ; v., également, concl. P. MENGOZZI sous CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, pt. 81. Cette interprétation est nécessaire pour admettre que la délivrance à titre gratuit d'un acte administratif, qui ne constitue pas un transfert positif de ressources effectué par l'État, puisse donner lieu à une aide.

[218] L'exécution par les États membres de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003, établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil (JO L 275 du 13 octobre 2003, p. 32) peut donner lieu à des aides d'État. Toutefois, les mécanismes dont nous discutons ici sont des mécanismes nationaux, qui ont été adoptés soit dans l'exercice de compétences retenues, soit pour parvenir aux objectifs d'une directive qui laissait aux États membres le choix des moyens ou aux objectifs nationaux du protocole de Kyoto du 11 décembre 1997 (sur les engagements des États et de l'Union dans le cadre de ce protocole, v. Y. PETIT, « Environnement », *Rép. communautaire Dalloz*, n°s 210 et s.) La question de l'incidence des actes de droit dérivé sur les qualifications des mesures nationales d'exécution du droit de l'Union n'a toutefois pas besoin d'être abordée à ce stade et sera précisée, n°s 628 et s.

[219] Décision de la Commission du 24 juin 2003, State Aid N 35/2003 – NL – NO_x emission trading scheme (C(2003) 1761 final), pp. 8-9 ; décision de la Commission du 3 mai 2005, Aide d'État N 608/2004, préc., pp. 3-4. V., sur ces décisions, M. KÖNINGS, « Emission trading – why State aid is involved ? - NOx trading scheme », *CPN*, 2003, n° 3, p. 17.

l'État lors de la détermination du régime de délivrance en fonction de la nature de l'acte délivré. Schématiquement, lorsque l'acte — comme un certificat vert — n'a qu'une valeur de preuve d'une situation existante[220] — on pourrait dire qu'il est un acte *probant* —, il n'a pas, en soi, de valeur pour le bénéficiaire par rapport à l'État. Ce dernier n'a donc aucune raison de délivrer l'acte administratif à titre onéreux. En revanche, toujours selon la Commission, lorsque l'acte — comme un quota — *confère* à son titulaire *un droit* d'émettre ou de polluer, l'État peut exiger une contrepartie pécuniaire[221]. Ce dernier a donc une raison de le vendre.

98. La Commission cherche ainsi à prouver une forme de libéralité sur la base de cette corrélation entre la nature de l'acte délivré et les options qui s'offrent à l'État entre les régimes de délivrance des actes administratifs. Si l'acte s'apparente, non pas à un acte probant, mais à un droit sur un milieu naturel, la délivrance à titre gratuit de cet acte pour lequel l'État aurait pu obtenir une contrepartie en argent devient un abandon de recettes publiques. De la sorte, la Commission a adapté le critère de l'utilisation en considération de la spécificité des instruments contrôlés. C'est ce schéma de raisonnement qui a été appliqué aux deux catégories de mécanismes, dans un nombre significatif de décisions.

B) L'application constante du critère par la Commission

99. La pratique de la Commission atteste d'une application constante du critère de la nature de l'acte. S'agissant des certificats verts, elle est partie du présupposé qu'ils auront une valeur monétaire. En les délivrant à titre gratuit aux entreprises, l'État leur accordait gracieusement des actifs incorporels. Cependant, l'État ne « semblait » pas accepter pour autant un manque à gagner en procurant les certificats verts gratuitement. Ces derniers ne faisaient que constater une situation, c'est-à-dire qu'ils étaient une preuve officielle que l'électricité verte avait été effectivement produite. La Commission en a donc conclu que la délivrance des certificats, actes probants, à titre gratuit n'impliquait — « en principe » — pas de ressources d'État[222].

---

[220] Les certificats verts sont délivrés par l'État pour chaque unité d'énergie SER produite. Ils ont donc pour première fonction de certifier cette production, qui sera ultérieurement rémunérée par la vente du certificat par le producteur.

[221] Cette idée d'une contrepartie est notre propre interprétation des motifs de la Commission, qui ne sont pas parfaitement limpides sur ce point, se contentant d'expliquer que *« l'actif immatériel en tant que tel aurait une valeur pour le bénéficiaire par rapport à l'État* (sic)*, par exemple un droit direct ou indirect d'émettre »* : décision de la Commission du 24 juin 2003, State Aid N 35/2003, préc., p. 8 ; décision de la Commission du 3 mai 2005, Aide d'État N 608/2004, préc., p. 4

[222] Décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 504/2000, préc., pp. 11-12 ; décision de la Commission du 25 juillet 2001, Aide d'État N 550/2000, préc., pp. 6-7 ; décision de la Commission du 28

100. En revanche, la délivrance à titre gratuit des quotas emporte utilisation de ressources d'État, quelles que puissent être les variantes de ce genre d'instrument. Cette position se retrouve dans deux décisions relatives à des mécanismes obligatoires pour les entreprises qui y étaient soumises[223]. Nonobstant quelques particularités pour un de ces mécanismes[224], ils fonctionnaient de manière classique. La Commission, débutant par le même présupposé que celui valable pour les certificats verts, a qualifié les quotas d'actifs incorporels. Ensuite, partant du principe que les autorités nationales pourraient tirer des revenus d'un instrument ayant pour but la lutte contre des émissions dommageables pour l'environnement en mettant les quotas, qui confèrent des droits, aux enchères, elle a relevé que, en l'espèce, ces autorités avaient au contraire choisi de délivrer les quotas à titre gratuit. Elles ont ainsi consenti à une perte de ressources. Aussi, le mécanisme en cause utilisait-il des ressources d'État[225].

101. Par ailleurs, la Commission a abouti à une conclusion identique au sujet d'un mécanisme dont la particularité était que les pollueurs s'y soumettaient volontairement[226]. Dans ce cas, le régime de délivrance découlait, somme toute fort logiquement, de cette particularité : comme il était difficile de concevoir que des opérateurs économiques se plient volontairement à une réglementation susceptible d'avoir un impact négatif sur leur patrimoine, ils bénéficiaient d'une prime incitative s'ils consentaient à participer au mécanisme, et les quotas étaient délivrés gratuitement[227]. Alors que la Commission avait relevé que la gratuité des quotas correspondait à l'économie du mécanisme volontaire, il était permis d'escompter une appréciation différente de celle d'un mécanisme obligatoire. Cependant, elle a considéré que l'État, en optant délibérément pour cette option, avait renoncé

---

novembre 2001, Aide d'État N 415/A/01, préc., p. 5 ; décision de la Commission du 3 mai 2005, Aide d'État N 608/2004, préc., p. 5 ; décision de la Commission du 23 juillet 2005, State aid N 362/2004, préc., p. 9.

[223] Décision de la Commission du 12 avril 2000, State aid N 653/99 – CO_2 quotas (SG(2000) 508) ; décision de la Commission du 24 juin 2003, State Aid N 35/2003 – NL – NOx emission trading scheme (C(2003) 1761 final).

[224] Le mécanisme néerlandais différait quelque peu des modèles classiques. Il n'était pas fondé sur un plafond absolu d'émission, défini globalement et réparti entre les installations soumises au mécanisme, mais sur un plafond relatif, apparenté à une norme de performance calculée en fonction d'un objectif de volume d'émissions rapporté à la quantité d'énergie consommée. La spécificité de ce mécanisme n'a toutefois pas emporté de conclusions différentes de la part de la Commission : décision de la Commission du 24 juin 2003, State Aid N 35/2003, pp. 4-6 et 9.

[225] Décision de la Commission du 12 avril 2000, State aid N 653/99, préc., pt. 4.1, p. 6 ; décision de la Commission du 24 juin 2003, State Aid N 35/2003, préc., p. 9. Précisons que, dans la première de ces décision, la Commission n'a pas connu de l'utilisation du produit de l'amende (décision de la Commission du 12 avril 2000, State aid N 653/99, préc., pt. 3.1, p. 4). À notre sens, s'il est affecté à un fonds dont l'utilisation est définie par l'État, cette situation peut être considérée comme une taxe parafiscale.

[226] Décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 416/2001 – United Kingdom – Emission Trading Scheme (C(2001) 3739 final). V. sur ce mécanisme, N. NASH, « Emissions trading and green certificates in the United Kingdom », *op. cit.*, pp. 47-50 ; M. TORRE-SCHAUB, « La naissance d'un nouveau marché : le système britannique de commerce d'allocations d'émissions de gaz à effet de serre (UK trading allowances scheme) », *RIDE*, 2004, n° 2, p. 227.

[227] Décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 416/2001, préc., pp. 2-9

à vendre les quotas dans le cadre d'un mécanisme obligatoire, donc à la perception de recettes[228]. Dans ce cas, le choix de la délivrance à titre gratuit des quotas emporte utilisation de ressources d'État, quand bien même il résulte, à l'évidence, du choix effectué en amont par l'État de ne pas soumettre obligatoirement les entreprises à un mécanisme de quotas. C'est, au final, le caractère volontaire du mécanisme qui emporte utilisation de ressources d'État dans le cadre d'une appréciation globale des options retenues par l'État lors de la conception de sa réglementation environnementale[229].

102. Enfin, la pratique de la Commission permet également de confirmer l'interprétation *a contrario* du critère de la nature de l'acte : si la délivrance à tire gratuit d'un quota relève de l'article 107 TFUE, la délivrance onéreuse, en revanche, n'emporte pas utilisation de ressources d'État. C'est ce qui ressort d'une décision où était en cause un mécanisme créant deux catégories de quotas. La première catégorie comprenait des quotas nationaux, et les revenus tirés de leur vente aux enchères étaient en partie redistribués entre les entreprises soumises au mécanisme[230]. La seconde catégorie consistait en des quotas du SEEQE[231] que les entreprises pouvaient acheter auprès du gouvernement, lesquels étaient convertis en quotas valables pour le mécanisme national, le produit de ces ventes n'étant, quant à lui, pas reversé aux entreprises[232]. La Commission a distingué les deux régimes applicables aux deux catégories de quotas : s'agissant des quotas nationaux, l'État abandonnait des recettes, mais uniquement parce qu'il consentait à la redistribution[233]. S'agissant, en revanche, des quotas SEEQE convertis en quotas nationaux, la Commission a considéré qu'ils n'emportaient pas utilisation de ressources d'État, puisque le produit de ces ventes n'était pas redistribué et, surtout, les quotas étaient vendus aux prix du marché[234].

---

[228] *Ibid.*, préc., p. 9 ; au sujet de cette décision, et des précédentes, v. T. M. RUSCHE, « Emissions Trading », *in* M. SÁNCHEZ RYDELSKI (dir.), *The EC State Aid Regime : Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, Londres, Cameron May, 2006, p. 350, spéc. pp. 352 et s ; M. HEIDENHAIN (dir.), *European State Aid Law*, *op. cit.*, pp. 281-282. V., également, v. M. KÖNINGS, « State Aid for Renewable Energy Sources : A Practical State Aid Manual for Going Green », *op. cit.*, pp. 31-32.

[229] Il est cependant difficile de savoir si cette décision est une parfaite application du critère la nature de l'acte rapportée au régime de délivrance : la Commission n'a en effet pas explicitement souligné, dans sa motivation, que les quotas étaient constitutifs d'un droit à polluer, mais il n'est pas évident de savoir si cette considération était sous-jacente.

[230] Décision de la Commission du 13 juillet 2009, State aid N 629/2008 – United Kingdom CRC (Carbon Reduction Commitment) (C(2009) 5523 final), pts. 4-9 et 13-17.

[231] Crée par la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003, préc.

[232] Décision de la Commission du 13 juillet 2009, State aid N 629/2008, préc., pt. 10.

[233] *Ibid.*, pt. 28. Étant précisé que la valeur de la perte de ressources de l'État n'est cependant pas égale au prix des quotas payé dans le mécanisme complété par un régime de redistribution. Dans un tel système, le prix nominal des quotas tend à être plus élevé qu'en l'absence d'un fonds de recyclage. Ainsi, la valeur du manque à gagner correspondrait plutôt au prix qui aurait vu le jour sans le régime de redistribution.

[234] *Ibid.*, pt. 29.

103. Il apparaît ainsi qu'un critère constant pour l'appréciation de l'utilisation de ressources d'État a émergé dans la pratique de la Commission aux fins de la qualification d'une situation complexe, celle la délivrance d'un acte administratif. La même constatation ressort de la pratique de la Commission relative aux taxes parafiscales et aux aides indirectes. En somme, dans l'ensemble de ces hypothèses, la forme des mesures nationales de protection de l'environnement a conduit à l'adaptation de la condition de l'utilisation de ressources d'État en conséquence.

104. Plus généralement, on mesure bien l'intérêt de l'étude de l'utilisation de ressources d'État sous le prisme de la protection de l'environnement. Elle permet de revisiter les arrêts de principe et de mieux saisir leur portée concrète, mais aussi de souligner les derniers développements de la pratique de la Commission, qui illustrent parfaitement l'adaptabilité des éléments objectifs de qualification. Or, les mêmes constatations peuvent être tirées de la jurisprudence et de la pratique de la Commission relatives à la condition de la sélectivité.

Section II) L'adaptabilité du critère de la sélectivité

105. Le paragraphe premier de l'article 107 TFUE dispose que l'aide d'État favorise *« certaines entreprises ou certaines productions »*. Il en résulte, depuis l'origine[235], une distinction, à première vue évidente, entre les mesures générales et les mesures sélectives. Les premières sont celles qui favorisent toutes les entreprises ou productions sur le territoire national et qui échappent au champ de cet article. Les secondes sont celles qui favorisent certaines de ces entreprises ou productions et qui en relèvent parce qu'elles remplissent la condition de sélectivité. Toutefois, en pratique, l'interprétation extensive de l'article 107 TFUE fait que cette distinction pose des difficultés considérables et, au fil des affaires, les institutions de l'Union se sont efforcées de trouver des solutions pérennes, tout en garantissant l'adaptabilité de l'appréciation de la sélectivité matérielle[236]. Pour le vérifier, il est possible, en premier lieu, d'éclairer les facteurs de cette adaptabilité, qui résident avant tout dans la définition jurisprudentielle de la condition de la sélectivité à laquelle les affaires environnementales ont d'ailleurs contribué de façon importante (I). En second lieu, il est

[235] P. REUTER, *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, *op. cit.*, p. 194-195, n° 197.

[236] En se référant uniquement à la sélectivité matérielle, nous entendons ici laisser de côté la sélectivité dite 'régionale', les questions qu'elle soulève concernant avant tout l'organisation verticale de l'État, et non la protection de l'environnement : C. VAUTROT-SCHWARZ, « Appréciation de la sélectivité d'une mesure fiscale régionale », *DF*, 2008, n° 48, comm. 599.

possible de souligner cette adaptabilité en pratique, en étudiant les affaires environnementales dans lesquelles les institutions ont appliqué la sélectivité (II).

I) Les facteurs de l'adaptabilité du critère de la sélectivité

106. Alors que la Cour s'est engagée dans une démarche active de précision de la condition de sélectivité, c'est à l'occasion d'une affaire environnementale qu'elle a énoncé de façon très extensive une définition de cette condition (A), favorable à son adaptabilité, ce qui est conforté si l'on souligne que la source de son inspiration peut être trouvée dans le principe d'égalité (B).

A) L'énonciation d'une définition extensive de la sélectivité à l'occasion du contrôle de mesures environnementales

107. La condition de sélectivité consiste, en substance, à vérifier si une mesure étatique qui accorde des avantages à des entreprises bénéficie à *« certaines »* d'entre elles seulement. Le cas échéant, dans la logique de l'article 107 TFUE, la situation concurrentielle des destinataires privilégiés des faveurs de l'État est renforcée. La sélectivité repose donc sur l'identification de catégories de sujets de droit et leur comparaison. Or, la comparaison est un exercice subtil. En témoigne la doctrine, qui a établi une classification parfois fort développée des formes de sélectivité, fondée sur des critères directs — sélectivité *ad hoc*, sélectivité sectorielle, sélectivité horizontale, sélectivité temporelle — ou indirects — sélectivité administrative en présence d'un pouvoir discrétionnaire, sélectivité *de facto* — de détermination des catégories de bénéficiaires d'une aide[237].

108. S'agissant des mesures environnementales, certaines d'entre elles réservent explicitement des avantages à une catégorie d'entreprises bien déterminée. En ce cas, la sélectivité paraît évidente, et les institutions de l'Union se contentent d'une motivation sommaire[238]. Toutefois, d'autres mesures environnementales appellent une démonstration

---

[237] V., notamment, M. DONY, collab. F. RENARD, C. SMITS, *Contrôle des aides d'État*, n°s 86 et s. ; A. C. DOS SANTOS, *L'Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale,* Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2009, pp. 512 à 520 ; D. WAELBROEK, « La condition de « sélectivité » de la mesure », *in* M. DONY, C. SMITS, *Aides d'État*, *op. cit.*, n°s 18 à 29.

[238] Par exemple, une aide *ad hoc* favorise clairement une ou plusieurs entreprises individuellement identifiées (décision 2005/164/CE de la Commission du 8 septembre 2004 concernant l'aide d'État que la Belgique envisage de mettre à exécution en faveur de Stora Enso Langerbrugge (JO L 53 du 26 février 2005, p. 66), pt. 40) ; de même, il semble assez évident qu'un mécanisme parafiscal qui finance la production d'énergie SER (décision 2009/476/CE de la Commission du 28 janvier 2009, préc., pts. 58-59) ou un régime d'aide principalement destiné au secteur des transports (décision de la Commission du 17 décembre 2008, Aide d'Etat –

autrement développée lorsqu'il s'agit de démontrer de façon convaincante la présence d'un avantage sélectif. Il s'agit notamment des mesures de nature fiscale. En effet, les taxes les plus diverses peuvent prévoir l'octroi d'avantages pour des motifs de protection de l'environnement. La sélectivité dépendra alors du degré de généralité des critères parfois très techniques de cet octroi, ce qui laisse escompter des analyses délicates. De surcroît, des avantages fiscaux peuvent procéder de dérogations ou d'exonérations diverses de taxes environnementales[239]. En ce cas, il faut tenir compte des particularités de l'impôt incitatif : la taxe environnementale s'ajoute généralement aux impositions dont l'objet principal est de rapporter des recettes à l'État, constituant un sous-système de son système fiscal général. Elle peut être générale ou ciblée sur des pollutions qui ne concernent que certains secteurs. Sa structure répond à des logiques incitatives particulières. En bref, elle crée des différenciations entre des catégories de contribuables en suivant une logique spécifique aux objectifs environnementaux qu'elle poursuit[240]. De surcroît, peuvent s'ajoutent des différenciations liées à des considérations de protection de la compétitivité de certaines entreprises ou d'équité.

N 387/2008, préc., pt. 41) ou de l'agriculture (décision 2007/51/CE de la Commission du 18 février 2004 concernant l'aide d'État C 27/2001 (ex NN 2/2001) concernant l'exécution du Programme de maîtrise des pollutions d'origine agricole (PMPOA) pendant la période 1994-2000 par la France (JO L 32 du 6 février 2007, p. 1), pt. 62) confèrent des avantages à « certaines productions ».

[239] Nous définissons ici la taxe environnementale comme un prélèvement obligatoire et sans contrepartie au profit du budget général de l'État, dont le fait générateur est lié, plus ou moins étroitement, à la contribution des contribuables à une pollution, en considération de quoi l'objectif environnemental allégué par les autorités nationales est admis par les institutions de l'Union. L'hétéroclisme des mesures que la doctrine peut définir comme taxes environnementales engendre une multitude de critères de définition (v., à ce sujet, M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, *op. cit.*, n° 169 ; S. CAUDAL, « Pour une réorientation environnementale des dépenses fiscales », *in Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Lassale, Gabriel Montagnier et Luc Saïdj*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 63 ; X. CABANNES, « La protection fiscale du droit à l'environnement », *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, 2007, n° 2, p. 947 ; Actes du colloque du 17 juin à l'École nationale d'administration, publiés *in Dr. env.*, 2010, n° spécial 175, v. p. 9). L'entreprise est difficile, tant en raison des stratégies des autorités publiques qui tendent à désigner comme environnementaux certains prélèvements afin de favoriser leur acceptabilité par les contribuables qu'en raison de la diversité des concepts théoriques qui sous-tendent la conception des taxes environnementales (E. DE CROUY-CHANEL, « Esquisse d'une théorie fiscale de l'écotaxe », *DF*, 2009, n° 9, p. 5), au point qu'on a pu soutenir que son intérêt scientifique était modeste (R. HERTZOG, « Le droit fiscal de l'environnement : en croissance sur des fondements incertains », *RFFP*, 2011, n° 114, p. 149, spéc. p. 149). Face à cette indétermination, la définition théorique retenue reflète certains enjeux spécifiques au droit des aides d'État : le critère de l'affectation au budget de l'État et de l'absence de contrepartie distingue les taxes environnementales des taxes parafiscales, les dernières donnant lieu, au sujet de l'utilisation de ressources d'État, à des réflexions particulières envisagées auparavant ; des critères matériels et intentionnels sont combinés, puisque, comme il l'est démontré ci-après, les institutions de l'Union s'assurent que les mesures fiscales contrôlées ont bien pour objet la protection de l'environnement, ce qui entraine une analyse particulière de leur sélectivité au stade de la qualification et, le cas échéant, l'application d'un régime juridique spécifique.

[240] L'assiette devrait être définie de façon étroite, en relation avec une source de pollution, et le taux devrait être idéalement incitatif : M. PRIEUR, *op. cit.*, n° 169 ; X. THUNIS, N. DE SADELEER, « Le principe pollueur-payeur : idéal régulateur ou règle de droit positif ? », *Aménagement-Environnement*, 1995, n° spécial, p. 3, v. pp. 7-9 ; ce qui ressort de certaines analyses en science économique : v., par exemple, A. VALLÉE, *Economie de l'environnement*, *op. cit.*, pp. 99 et s. et pp. 102-103 ; P. BONTEMS, G. ROTILLON, *L'économie de l'environnement*, *op. cit.*, p. 67.

109. Ces remarques abstraites doivent être replacées dans le contexte de l'évolution de la condition de sélectivité. À la fin des années 1990, la Cour, sans renoncer à une définition extensive de cette condition, a cherché à mieux la délimiter car son indétermination tendait à une croissance sans fin de la notion d'aide[241]. Ce besoin de précision s'est fait tout particulièrement ressentir en matière fiscale, où les possibles glissements de la jurisprudence ont été d'ailleurs particulièrement critiqués[242], et il intéressait visiblement la fiscalité environnementale[243]. La Cour, dans des arrêts où elle rappelait avec insistance que la sélectivité était une condition constitutive de la notion d'aide, a commencé à indiquer quelques éléments très généraux de définition[244]. Or, c'est grâce à travers la qualification d'une taxe environnementale que la Cour, dans l'arrêt *Adria-Wien Pipeline*[245], a véritablement procédé à une construction prétorienne approfondie, qui aboutit à un critère de sélectivité suffisamment large pour être adapté à toutes les hypothèses envisagées.

110. En l'espèce, était en cause un régime de remboursement d'une taxe environnementale qui était réservé aux entreprises dans le secteur manufacturier. Il était question de savoir si une telle mesure était une aide d'État et si, le cas échéant, son extension au secteur des services pourrait renverser cette qualification. Pour l'avocat général Mischo, la mesure en cause constituait un régime nouveau et complet de prélèvements obligatoires par lequel l'État répartissait librement la charge fiscale entre les facteurs de production, et, puisqu'il constituait en soi un système, il ne pouvait pas, par définition, emporter de dérogation[246].

---

[241] C. SIATERLI, *La notion d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE*, *op. cit.*, n°s 424 et s.

[242] V., notamment, parmi les études de cette période qui abordent généralement cette question, faisant accessoirement référence à la fiscalité environnementale : E. MEIER, T. PERROT, « Les aides d'État comme instrument de lutte contre la concurrence fiscale dommageable : la pierre philosophale ? », *DF*, 2002, n° 3, p. 2, spéc. n°s 28 et s. ; P. NICOLAIDES, « Fiscal Aid in the EC – A Critical Review of the Current Practice », *W.Comp.*, 2001, 24(3), p. 319 ; W. SCHÖN, « Taxation and State Aid Law in the European Union », *CML Rev.*, 1999, (36), p. 911, spéc. pp. 925 à 927 ; J. WOUTERS, B. VAN HEES, « Les règles communautaires en matière d'aides d'État et la fiscalité directe : quelques observations critiques », *CDE*, 2001, n° 5-6, p. 647, spéc. pp. 658 à 660.

[243] Ainsi, dans une décision, la Commission a admis que les aides illégalement versées, entre 1996 et 2003, par le moyen d'une exonération à une taxe environnementale pouvaient en pas être récupérées pour des raisons de protection de confiance légitime, notamment car *« [l]orsque la mesure nationale a été conçue, il n'existait pas de pratique bien établie concernant la qualification juridique des exonérations ou des réductions de [taxes telles que celles en cause] »* : décision 2005/565/CE de la Commission du 9 mars 2004, concernant un régime mis à exécution en Autriche prévoyant le remboursement des taxes sur l'énergie frappant le gaz naturel et l'électricité en 2002 et en 2003 (JO L 190 du 22 juillet 2005, p. 13), pt. 66.

[244] CJCE, 6 septembre 1996, *France/Commission*, C-241/94, Rec. p. I-4551, pt. 24 ; CJCE, 17 juin 1999, *Belgique/Commission,* C-75/97, Rec. p. I-3671, pt. 26 ; CJCE, 1er décembre 1998, *Ecotrade*, C-200/97, Rec. p. I-7907, pt. 41 ; v., à ce propos, C. MICHEAU, « Tax selectivity in State aid review : a debatable case practice », *EC Tax Rev.*, 2008, n° 6, p. 276, spéc. pp. 277 à 278.

[245] CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, C-143/99, Rec. p. I-8365 ; obs. M. DONY, « Aides d'État (année 2001) », *JTDE*, 2002, n° 89, p. 117, v. p. 123 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2002, n° 1, comm. n° 28

[246] concl. J. MISCHO sous CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, préc., pts. 35 et s.

111. Or, la Cour a retenu la solution exactement inverse. Pour cela, elle a développé une motivation particulièrement explicite qui doit être comprise, dans le contexte de la conceptualisation de la sélectivité, comme une des constructions jurisprudentielles les plus abouties. En premier lieu, elle a confirmé l'importance de la distinction entre la mesure sélective et la mesure générale, définissant cette dernière comme *« une mesure étatique qui profite indistinctement à l'ensemble des entreprises situées sur le territoire national »*[247]. Ensuite, la Cour a donné la première formulation aboutie de la sélectivité. Elle consiste à vérifier « *si, dans le cadre d'un régime juridique donné, une mesure nationale est de nature à favoriser 'certaines entreprises ou certaines productions' au sens de l'article [107], paragraphe 1, du traité [FUE] par rapport à d'autres entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable au regard de l'objectif poursuivi par la mesure concernée »*[248]. Il faut bien souligner l'importance de cette formule : elle constitue un considérant de principe qui sera largement repris par la suite[249]. Enfin, dans ce même arrêt, la Cour a immédiatement précisé que *« ne remplit pas cette condition de sélectivité une mesure qui, quoique constitutive d'un avantage pour son bénéficiaire, se justifie par la nature ou l'économie générale du système dans lequel elle s'inscrit »*[250]. Ce deuxième considérant trouve ses sources dans un arrêt ancien[251], mais il n'avait pas été réitéré par la Cour durant deux décennies[252]. L'arrêt *Adria-Wien Pipeline* n'est pas le premier à l'employer de nouveau puisqu'il avait été remis à l'honneur dans la jurisprudence peu de temps auparavant[253], notamment dans une affaire environnementale[254], et par la Commission dans sa

---

[247] CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, préc., pt. 35.
[248] *Ibid*. pt. 41.
[249] V., notamment, avec parfois des changements mineurs de formulation, CJCE, 13 février 2003, *Espagne/Commission*, C-409/00, Rec. p. I-1487, pt. 47 ; CJCE, 29 avril 2004, *GIL Insurance e.a.*, C-308/01, Rec. p. I-4777, pt. 68 ; CJCE, 3 mars 2005, *Heiser*, C-172/03, Rec. p. I-1627, pt. 40 ; CJCE, 22 juin 2006, *Belgique/Commission*, C-182/03 et C-217/03, préc., pt. 119 ; CJCE, 6 septembre 2006, *Portugal/Commission*, C-88/03, Rec. p. I-7115, pt. 54 ; CJCE, 11 septembre 2008, *Unión General de Trabajadores de la Rioja*, C-428/06 à C-434/06, Rec. p. I-6747, pt. 46 ; CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, C-487/06, Rec. p. I-10515, pt. 82 ; CJCE, 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, C-169/08, Rec. p. I-10821, pt. 61 ; CJUE, 15 novembre 2011, *Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, C-106/09 P et C-107/09 P, non encore publié au Recueil, pt. 75.
[250] V. CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, préc., pt. 42.
[251] CJCE, 2 juillet 1974, *Italie/Commission*, 173/73, préc., pt. 33.
[252] J. WOUTERS, B. VAN HEES, « Les règles communautaires en matière d'aides d'État et la fiscalité directe : quelques observations critiques », *op. cit.*, pp. 660 et s.
[253] TPICE, 27 janvier 1998, *Ladbroke Racing/Commission*, T-67/94, Rec. p. II-1, pt. 76, confirmé par CJCE, 16 mai 2000, *France/Ladbroke Racing et Commission*, C-83/98 P, Rec. p. I-3271, pts. 28-30 ; CJCE, 17 juin 1999, *Belgique/Commission*, C-75/97, Rec. p. I-3671, pt. 33 ; CJCE, 5 octobre 1999, *France/Commission*, C-251/97, Rec. p. I-6639, pt. 36.
[254] TPICE, 29 septembre 2000, *CETM/Commission*, T-55/99, Rec. p. II-3207, pt. 52.

communication sur les aides en matière de fiscalité directe[255]. Néanmoins, la Cour confirme explicitement dans cet arrêt qu'elle consacre cette « justification » comme une deuxième étape formalisée du contrôle de la sélectivité, qui sera appliquée avec constance par la suite[256]. En l'espèce, la mesure qui ne bénéficiait qu'au secteur manufacturier, et non au secteur des services, était sélective car ces deux secteurs étaient dans une situation comparable par rapport à son objectif qui était de réduire certaines émissions[257].

112. Ainsi, la protection de l'environnement a contribué de façon décisive à la définition générale de la sélectivité qui permet de n'exclure *a priori* aucune mesure, y compris les taxes incitatives spéciales. Le constat de cette adaptabilité n'est cependant pas épuisé. La jurisprudence relative aux mesures environnementales éclaire également un problème particulier : celui des avantages fiscaux. En effet les institutions de l'Union ont cherché à clarifier tout spécialement la sélectivité lorsqu'elles ont contrôlé des impôts[258] et la définition de la sélectivité est suffisamment souple pour permettre cette adaptation. Afin de composer avec la technicité de la matière et la diversité des mesures nationales, *a fortiori* lorsqu'elles appliquent l'article 107 TFUE dans des domaines non harmonisés[259], les institutions de l'Union ont construit une sorte de raisonnement standardisé, en plusieurs étapes, qui trouve son point de départ dans le délimitation d'un cadre de référence. Cette approche a été initialement proposée par la Commission[260], selon qui l'application de la sélectivité dans le domaine fiscal passe, en premier lieu, par l'identification d'une imposition dite 'normale'. C'est une fois ce cadre de référence déterminé qu'il est loisible de rechercher des régimes qui y dérogent et qui ont pour effet de diminuer les prélèvements fiscaux « normalement » dus pour certaines catégories d'entreprises se trouvant dans une situation juridique et factuelle

---

[255] Communication 98/C 384/03 de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises (JO C 384 du 10 décembre 1998, p. 3), spéc. pt. 14.

[256] CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring*, C-53/00, Rec. p. I-9067, pt. 17 ; CJCE, 29 avril 2004, *GIL Insurance e.a.*, préc., pts. 66 et s. ; CJCE, 6 septembre 2006, *Portugal/Commission*, préc., pt. 52 ; CJUE, 15 novembre 2011, *Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, préc. pt. 145 ; CJUE, 21 juin 2012, *BNP Paribas et BNL/Commission,* C-452/10 P, non encore publié au Recueil, pt. 101.

[257] CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, préc., pts. 38-54.

[258] À ce sujet, v. D. BERLIN, *Politique fiscale*, vol. II, *op. cit.*, n° 1304 ; C. QUIGLEY, « General Taxation and State Aid », *in* A. BIONDI, P. EECKHOUT, J. FLYNN (dir.), *The Law of State Aid in the European Union*, OUP, 2004, p. 207 ; C. MICHEAU, *La réglementation des aides d'État et des subventions en fiscalité*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 102-105 ; du même auteur, « State aid and taxation in EU law », *in* E. M. SZYSZCZAK (dir.), *Research Handbook on European State Aid Law*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 193, spéc. pp. 201-204 ; M. SADOWSKY, *Droit de l'OMC, droit de l'Union européenne et fiscalité directe*, Bruxelles, Larcier, 2013, n°s 703 et s.

[259] J.-P. KEPPENNE, « Politique fiscales nationales et contrôle communautaire des aides d'État », *JTDE*, 2000, n° 66, p. 25, spéc. pp. 27-28 ; W. SCHÖN, « Taxation and State Aid Law in the European Union », *op. cit.*, pp. 924 à 927.

[260] Communication 98/C 384/03 de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, préc., pt. 16.

comparable à celle des autres entreprises redevables de l'impôt. Le raisonnement concerne la fiscalité en général, et la Commission a pu en faire application dans des affaires environnementales[261].

113. Dans la jurisprudence, le juge paraît valider ce raisonnement, mais n'en a fait mention qu'à de rares occasions jusqu'à présent[262]. De ce point de vue, l'apport de la fiscalité environnementale se situe, ici, sur le plan de la consolidation de cette jurisprudence : dans deux arrêts relatifs à des taxes environnementales, le Tribunal[263] a réitéré le considérant de la Cour soulignant l'importance de ce cadre de référence, puis les étapes de l'application standardisée de la sélectivité, ce qui est suffisamment rare pour être remarqué. De surcroît, il faut mentionner l'importance de l'arrêt *British Aggregates*[264] du Tribunal qui consacre de longs considérants à faire la synthèse des principaux acquis jurisprudentiels évoqués, bouclant en quelque sorte la boucle de l'arrêt *Adria Wien Pipeline*.

114. Ces considérations démontrent que le contrôle des mesures de protection de l'environnement a suscité, en termes de construction prétorienne, un véritable besoin d'élaboration d'une définition générale de la sélectivité et de structuration du raisonnement. Elles permettent également de souligner la généralité de cette condition de la notion d'aide et, à ce stade, son potentiel d'adaptabilité, notamment en matière fiscale. Ce potentiel pourrait être confirmé en précisant la source qui a inspiré la définition prétorienne de la sélectivité.

B) Le principe d'égalité, source d'inspiration du juge

115. L'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement renseigne sur le contenu de la sélectivité. Elle apporte toutefois plus que cette simple constatation relevant du registre dogmatique, car elle contribue également à identifier la

---

[261] Décision 2009/972/CE de la Commission du 17 juin 2009, concernant l'aide d'État C 41/06 (ex N 318/A/04) que le Danemark entend mettre à exécution en vue du remboursement de la taxe sur les émissions de CO_2 applicable à la consommation de combustibles soumise à des quotas dans l'industrie (JO L 345 du 23 décembre 2009, p. 18), pts. 38-41, spéc. pt. 39 ; décision de la Commission du 28 octobre 2009, State aid C 30/2009 (ex N 328/2008) – Denmark Tax exemption for waste from cement production (C(2009) 8099 final), pt. 31 ; décision 2010/402/UE de la Commission du 15 décembre 2009, concernant le régime d'aide « exonération des taxes environnementales accordée aux fabricants de céramique » que les Pays-Bas envisagent de mettre à exécution C 5/09 (ex N 210/08) (JO L 186 du 20 juillet 2010, p. 32), pt. 34.

[262] V. CJUE, 8 septembre 2011, *Paint Graphos e.a.*, préc., pt. 49 ; v., également, TPICE, 18 décembre 2008, *Government of Gibraltar/Commission*, T-211/04 et T-215/04, Rec. 2008 p. II-3745, pts. 143-144, étant toutefois entendu que l'application en l'espèce de ce raisonnement par le Tribunal s'est révélée erronée : CJUE, 15 novembre 2011, *Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, préc., pts. 90-95 ; obs. É. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, *DF*, 2012, n° 5, comm. 126.

[263] Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pt. 49 ; Trib. UE, 13 septembre 2012, *Italie/Commission*, T-379/09, non encore publié au Recueil, pt. 39 ; le considérant trouve son origine dans un arrêt en mtière de fiscalité directe : CJCE, 6 septembre 2006, *Portugal/Commission*, C-88/03, préc., pt. 56.

[264] Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pts. 47-49.

source d'inspiration probable du juge pour définir la sélectivité : le principe d'égalité. Si, en droit de l'Union, il faut faire clairement le départ entre le principe d'égalité et la condition de sélectivité[265], cela n'empêche pas de faire des rapprochements, aux fins de comparer leurs contenus respectifs.

116. En droit de l'Union et dans le droit des États membres, l'égalité repose sur l'idée que le législateur doit appliquer des dispositions identiques pour des situations semblables et n'instaure des différences de traitement que lorsqu'elles sont justifiées[266]. Dans l'ordre juridique de l'Union, si l'on s'en tient à son expression sous la forme d'un principe général du droit, l'égalité veut que *« des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié »*[267], et interdit aussi bien les situations de discrimination *de jure* que de discrimination *de facto*[268]. Le principe implique donc, tout comme la sélectivité, une comparaison entre le traitement des catégories de sujets de droit définies par l'auteur de l'acte contrôlé. Cette comparaison est effectuée par le juge en se basant sur la comparabilité des situations de ces sujets de droit, laquelle est appréciée au regard de l'objectif poursuivi par la mesure[269] et permet d'établir la présence d'un désavantage procédant d'une différence de traitement[270]. Par ailleurs, au terme du contrôle,

---

[265] Le principe d'égalité, sous sa forme la plus générale, est un principe général du droit de l'Union (v., notamment, CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, C-127/07, Rec. p. I-9895, pt. 23), de même qu'un droit — « l'égalité en droit » — consacré par l'article 20 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il est donc distinct de la condition de sélectivité, qui est une condition constitutive de la notion d'aide. Confondre la sélectivité à l'égalité de traitement pose des problèmes théoriques importants et reviendrait, en pratique, à admettre que le principe d'égalité est nécessairement violé en présence d'une aide d'État, ce qui limiterait fortement le pouvoir de la Commission d'en apprécier la compatibilité, celle-ci ne pouvant être admise si l'aide en cause viole d'autres dispositions du traité : v. CJCE, 19 septembre 2000, *Allemagne/Commission*, C-156/98, Rec. p. I-6857, pt. 78. Toutefois, cela n'enlève rien au constat que les raisonnements appliqués pour apprécier la sélectivité et pour appliquer le principe d'égalité sont très proches.

[266] V., en droit de l'Union, K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples », *CDE*, 1991, p. 3 ; J. GERKRATH, « Égalité de traitement », *Rép. communautaire Dalloz* ; en droit des États membres et de l'Union, J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 2ème éd. complétée, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 579 et s.

[267] CJCE, 19 octobre 1977, *Ruckdeschel e. a./Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, 117-76 et 16-77, Rec. 1753, pt. 7 ; CJCE, 13 décembre 1984, *Sermide*, 106/83, Rec. p. 4209, pt. 28 ; CJCE, 20 septembre 1988, *Espagne/Conseil*, 203/86, Rec. p. 4563, pt. 25 ; CJCE, 19 mars 1992, *Hierl*, C-311/90, Rec. p. I-2061, pt. 18 ; CJCE, 10 septembre 1996, *Commission/Royaume-Uni*, C-222/94, Rec. p. I-4025, pt. 34 ; CJCE, 9 septembre 2004, *Espagne/Commission*, C-304/01, Rec. p. I-7655, pt. 31 ; CJCE, 7 juillet 2009, *S.P.C.M. SA*, C-558/07, Rec. I-5783, pt. 74 ; CJUE, 18 octobre 2012, *Valenza e.a.*, C-302/11 à C-305/11, non encore publié au Recueil, pt. 40 ; v., également, CJCE, 17 juillet 1963, *Italie/Commission*, 13/63, Rec. 1963 p. 337, v. p. 360

[268] CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu/Deutsche Bundespost*, 152/73, Rec. 1974 p. 153, pt. 11 ; CJCE, 31 mars 1981, *Jenkins*, 96/80, Rec. 911, pts. 14 et 15.

[269] CJCE, 27 octobre 1971, *Rheinmühlen Düsseldorf*, 6/71, Rec. p. 823, pt. 14 ; CJCE, 5 octobre 1994, *Allemagne/Conseil*, C-280/93, Rec. p. I-4973, pt. 74 ; CJCE, 10 mars 1998, *T. Port*, C-364/95 et C-365/95, Rec. p. I-1023, pt. 83 ; CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, C-127/07, Rec. p. I-9895, pt. 26.

[270] CJCE, 22 mai 2003, *Connect Austria*, C-462/99, Rec. p. I-5197, pt. 115 ; CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, préc., pt. 39.

une discrimination pourra toujours être justifiée *« dès lors qu'elle est fondée sur un critère objectif et raisonnable, c'est-à-dire lorsqu'elle est en rapport avec un but légalement admissible poursuivi par la législation en cause, et que cette différence est proportionnée au but poursuivi par le traitement concerné »*[271].

117. Or, s'agissant de la sélectivité, le juge, pour expliciter la comparaison lui permettant de conclure qu'une mesure n'avantage que « certaines entreprises ou certaines productions », reprend depuis l'arrêt *Adria-Wien Pipeline* les éléments ordonnançant traditionnellement la définition du principe d'égalité, comme la comparabilité de la situation factuelle et juridique des entreprises ou son appréciation au regard de l'objectif poursuivi par la mesure concernée. Cette source d'inspiration ressort également de la structure en deux temps de cette démonstration. La « justification » de la sélectivité, qui consiste à renverser la présomption de sélectivité d'une différence de traitement en démontrant qu'elle répond à une logique interne à l'objectif poursuivi, ne va pas sans rappeler la justification « fondée sur un critère objectif et raisonnable » qui clôt l'application du principe d'égalité.

118. Ce rapprochement n'est pas nouveau : il avait déjà été fait en doctrine antérieurement à l'arrêt *Adria-Wien Pipeline* de façon plus ou moins assumée[272] et le considérant de principe issu de ce dernier a conforté ces analyses[273]. La doctrine y voit parfois les manifestations de l'idée selon laquelle l'interdiction du droit des aides d'État est une expression située en matière économique de l'égalité de traitement des entreprises[274].

---

[271] CJCE, 5 juillet 1977, *Bela-Mühle Bergmann*, 114/76, Rec. p. 1211, pt. 7 ; CJCE, 15 juillet 1982, *Edeka Zentrale*, 245/81, Rec. p. 2745, pts. 11 et 13; CJCE ; 10 mars 1998, *Allemagne/Conseil*, C-122/95, Rec. p. I-973, pts. 68 et 71 ; CJCE, 23 mars 2006, *Unitymark et North Sea Fishermen's Organisation*, C-535/03, Rec. p. I-2689, pts. 53, 63, 68 et 71 ; CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, préc., pt. 47 ; v., généralement, sur l'élaboration du principe d'égalité, D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2006, spéc. n°s 70 et s.

[272] La doctrine utilisait généralement le terme de « discrimination » (J. CARBAJO, « La notion d'aide nationale d'après l'article 92 du traité C.E.E. », *in* C. BLUMANN (dir.), *Les aides nationales dans la Communauté européenne*, Publications de l'Université de Tours, 1987, p. 1, spéc. pp. 12-13 ; M. DONY-BARTHOLME, « La notion d'aide d'État », *CDE*, 1996, n° 3, p. 399, spéc. p. 403), le rapprochement étant parfois plus explicite (J.-Y. CHÉROT, *Les aides d'État dans les Communautés européennes*, *op. cit.*, 1998, pp. 47-48 ; C. SIATERLI, *La notion d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE*, *op. cit.*, n° 456 et note 697 de bas de page 498).

[273] D. WAELBROECK, «La condition de 'sélectivité' de la mesure», *in* M. DONY, C. SMITS, *Aides d'État*, ÉUB, 2005, p. 79, n° 13 ; des auteurs font référence en ce sens, mais plus spécifiquement, à un principe d'égalité de traitement fiscal : v., notamment, K. LENAERTS, « State Aid and Direct Taxation », *in Essays in Honour of Virpi Tiili*, 2009, Oxford, Portland Or., Hart Publishing, p. 305 ; D. TRIANTAFYLLOU, « La fiscalité façonnée par la discipline des aides d'État », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, Austin, Boston, Chicago, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 409 ; A. C. DOS SANTOS, *L'Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale*, *op. cit.*, pp. 507 est s.

[274] J.-P. KEPPENNE, « Politique fiscales nationales et contrôle communautaire des aides d'État », *op. cit.*, p. 29 ; sur cette idée, v. M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2006 ; n° 47.

119. On pourrait objecter que ce rapprochement est excessif car fondé sur des ressemblances fortuites. Toutefois, la jurisprudence sur les aides environnementales, tout particulièrement, est susceptible de le confirmer.

120. En effet, cette jurisprudence révèle avec une force particulière que la construction du raisonnement utilisé pour apprécier la sélectivité soulève des questions qui se sont posées en des termes proches lors de l'application du principe d'égalité. Dans de nombreux arrêts susmentionnés, l'interprétation extensive de la sélectivité s'explique principalement par le fait que le seul élément pertinent pour apprécier la comparabilité des situations des entreprises est l'objectif — environnemental — de la mesure en cause[275]. Or, confronté à une taxe environnementale, le Tribunal a rappelé l'importance que revêtait l'identification de l'objectif pour établir la comparabilité des situations dans l'application de la sélectivité et a fait, en guise de motivation, une référence par analogie avec les arrêts dans lesquels la Cour a tranché cette question en appliquant le principe d'égalité[276]. Le rapprochement que l'on a suggéré est donc effectué par le juge lui-même. Il semble assumer de la sorte la source d'inspiration de la jurisprudence. Ainsi, la contribution des affaires environnementales à la définition de la sélectivité concerne les éléments formels de sa définition, mais aussi l'identification des éléments qui soulignent les éléments implicites qui l'ont inspirée.

121. En tout état de cause, la relation établie avec le principe d'égalité paraît importante pour la démonstration de l'adaptabilité de la condition de sélectivité. On sait en effet que ce principe, extrêmement général, peut être utilisé pour connaître de toutes les formes de discriminations possibles et qu'il peut connaître de nombreuses déclinaisons — discriminations fondées sur un critère interdit, discrimination *de jure* ou *de facto*, *etc*.

122. Les développements qui précèdent permettent ainsi d'éclairer les facteurs de l'adaptabilité de la sélectivité. Ils doivent être confortés par la démonstration de cette adaptabilité dans les affaires environnementales.

---

[275] CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, préc., pt. 52 ; CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, C-487/06 P, Rec. p. I-10515, pt. 82 ; CJCE, 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, C-169/08, Rec. p. I-10821, pt. 61 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, C-279/08 P, Rec. p. I-7671, pts. 52 et 62 ; Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pt. 68 ; Trib. UE, 13 septembre 2012, *Italie/Commission*, T-379/09, non encore publié au Recueil, pts. 38 et 41 ; Il va de soi que la protection de l'environnement n'a pas le monopole de ce rappel : v. CJCE, 6 septembre 2006, *Portugal/Commission*, C-88/03, Rec. p. I-7115, pts. 56 et 58 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Paint Graphos e.a.*, C-78/08 à C-80/08, Rec. p. I-7611, pts. 49 et 54-62.

[276] Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, T-210/02 RENV, non encore publié au Recueil, pt. 68. Il ressort en effet explicitement de la jurisprudence que le rapport de concurrence entre les entreprises est indifférent pour appliquer le principe d'égalité, le seul élément pertinent pour évaluer la comparabilité des situations étant l'objectif de la mesure en cause : CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, préc., pts. 26 et 36 ; obs. F. DONNAT, *RJEP*, 2009, n° 664, comm. 22 ; v., également, concl. M. P. MADURO, pts. 42-43 ; K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples », *op. cit.*, n°s 6 et s.

II) L'adaptabilité de la sélectivité dans les affaires environnementales

123. L'application de l'article 107 TFUE aux mesures environnementales a indubitablement contribué, au fil des décisions, à mieux comprendre la condition de sélectivité, en fournissant des exemples originaux de mesures sélectives et de mesures générales. L'étude du droit positif permet ainsi de démontrer que cette condition a été adaptée en fonction de toutes les formes de différences de traitement lesquelles peuvent, potentiellement, relever du champ du droit des aides d'État. À cette fin, l'analyse peut être construite en fonction des deux étapes de l'appréciation de la condition que sont l'appréciation de la sélectivité et sa justification par la nature ou l'économie du système. Cette distinction pourrait paraître artificielle : en pratique, les institutions ne procèdent pas nécessairement aux deux temps du raisonnement[277]. Cela n'empêche pas qu'elle présente des implications réelles : une mesure sera en quelque sorte présumée sélective — ou non — à la suite du premier temps du raisonnement et, pour renverser cette présomption, il appartient à l'État, à qui incombe la charge de la preuve[278], de justifier la sélectivité — étant précisé que cette justification intervient bien au stade de la qualification d'une aide, et non à celui de l'appréciation de sa compatibilité. Partant, il convient d'étudier, dans le domaine environnemental, tout d'abord la première étape de l'appréciation de la sélectivité, c'est-à-dire celle qui aboutit au constat qu'une mesure est réputée sélective (A), puis celle de la justification de la sélectivité par la nature et l'économie de cette mesure (B).

A) Les mesures environnementales réputées sélectives

124. Au premier temps du raisonnement, la matière environnementale illustre avant tout l'interprétation extensive de la sélectivité. S'agissant de sélectivité sectorielle et infra sectorielle, la jurisprudence a confirmé, dès l'arrêt *Adria Wien Pipeline*, l'esprit finaliste qui inspire l'interprétation de la notion d'aide. Le juge a indiqué que ni le nombre d'entreprises bénéficiaires ni l'objectivité des conditions d'octroi de l'avantage[279] n'étaient des éléments

[277] CJCE, 29 avril 2004, *GIL Insurance e.a.*, préc., pts. 76-78 ; CJCE, 29 avril 2004, *Pays-Bas/Commission*, C-159/01, Rec. p. I-4461, pts. 42-46 ; dans ces arrêts, le traitement différent de situations comparables, indépendamment de la justification, paraît sous entendu. Inversement, la justification est parfois sommairement écartée : Trib. UE, 13 septembre 2012, *Italie/Commission*, T-379/09, préc., pts. 49-51, voire pas abordée du tout : décision de la Commission du 5 mai 2005, NN 43/04 – Tax exemption for biofuels – Austria (C(2005) 3668 final), pt. 14.

[278] CJCE, 29 avril 2004, *Pays-Bas/Commission*, C-159/01, préc., pt. 43 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pt. 77 ; CJUE, 15 novembre 2011, *Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, C-106/09 P et C-107/09 P, préc. pt. 146.

[279] CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, préc., pts. 48 et 53.

déterminants aux fins de l'appréciation de la sélectivité, corroborant ainsi un arrêt antérieur[280]. La protection de l'environnement montre aussi qu'il est possible de limiter l'analyse de la sélectivité d'une mesure spéciale à un secteur bien délimité. Ainsi, pour contrôler la sélectivité de la définition du champ d'application d'une taxe environnementale sur les granulats, le juge a accepté de limiter le cadre de référence à cette seule taxe, ce qui revient à n'apprécier que le seul secteur de la production de cette marchandise[281]. Les différences de traitement fiscal au sein de ce secteur étaient malgré tout sélectives car elles concernaient des entreprises se trouvant dans une situation comparable par rapport à l'objectif de la taxe[282].

125. La protection de l'environnement montre aussi que la sélectivité peut être fondée sur des critères horizontaux très généraux : dans une affaire relative au champ d'application d'un mécanisme de quotas d'émissions, la Cour a jugé que toutes les entreprises soumises à des obligations légales de diminution d'une même émission polluante se trouvaient dans une situation comparable par rapport à la politique de l'État en ce domaine. Aussi, n'intégrer que les plus grandes d'entre elles dans un mécanisme d'échange de quotas de ces mêmes émissions, qui procure un avantage, est une mesure sélective[283]. Le contrôle des mesures environnementales révèle également des contentieux qui démontrent les virtualités de la sélectivité *de facto*. Par exemple, suite à l'arrêt *Adria Wien Pipeline*[284], l'État membre en cause dans cette affaire semblait avoir compris que le remboursement de taxes, qualifié d'aide par la Cour, se transformerait en une mesure générale s'il était étendu aux entreprises des deux secteurs manufacturiers et de services[285]. Il avait ainsi ouvert l'avantage au secteur des services, tout en continuant de limiter le bénéfice du remboursement aux entreprises pour lesquelles le total de ces taxes excédait un certain seuil de la valeur de la production. Or, cette réforme fut contrôlée par la Commission qui a conclu à une sélectivité *de facto* de la mesure. Certes, le seuil était fondé sur des critères généraux clairs et objectifs mais, de fait, il réservait

---

[280] CJCE, 17 juin 1999, *Belgique/Commission*, C-75/97, préc., pts. 32 et 27-31 ; l'explication de cette jurisprudence se trouve dans une affaire environnementale : le fait que l'octroi de l'aide soit déterminé par des conditions objectives et, partant, accordée à un nombre *prima facie* illimité d'entreprise signifie tout au plus que le mesure constitue un régime d'aides : TPICE, 29 septembre 2000, *CETM/Commission*, préc., pt. 40.

[281] Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pt. 51 ; obs. B. STROMSKY, *Concurrences*, 2012, n° 2, p. 5 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2012, n° 5, comm. 202.

[282] *Ibid.*, pt. 91.

[283] CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, non encore publié au Recueil, pts. 63-65 ; obs. J. DERENNE, *Concurrences*, 2011, n° 4, p. 155 ; obs. D. GADBIN, *Env.*, 2012, n° 10, chron. 2 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2011, n° 11, comm. 422 ; obs. W. SAUTER, H. VEDDER, *EL Rev.*, 2012, 37 (3), p. 327. Dans ce pourvoi, la Cour annulé l'arrêt de première instance sur ce point : TPICE, 10 avril 2008, *Pays-Bas/Commission*, T-233/04, Rec. p. II-591 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2008, n° 6, comm. 198 ; obs. J.-Y. CHÉROT, *Concurrences*, 2008, n° 2, p. 148.

[284] CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, préc., pt. 36.

[285] Il semble que cette interprétation est partagée par certains auteurs : B. KURCZ, D. VALLINDAS, « Can General Measures be… Selective ? Some Thoughts on the Interpretation of a State Aid Definition », *op. cit.*, note 7 de bas de page 160.

l'avantage en cause aux entreprises grandes consommatrices d'énergie qui apparaissaient ainsi comme une catégorie privilégiée[286].

126. La protection de l'environnement donne enfin lieu à des hypothèses de sélectivité en fonction de la résidence. La Cour a en effet jugé qu'une taxe d'escale adoptée par une région italienne pour des motifs environnementaux et dont étaient exonérés les résidents de cette région était sélective, tous les destinataires de services d'escales sur le territoire de cette région étant dans une situation comparable, indépendamment du lieu de leur résidence[287].

127. Les exemples de mesures environnementales à première vue sélectives — c'est-à-dire, avant l'analyse d'une éventuelle « justification » — pourraient être multipliés, tout particulièrement pour les dérogations à des taxes environnementales[288]. Il est plus intéressant d'insister sur les mesures considérées d'emblée comme générales — ou, *a contrario*, comme des avantages non sélectifs —, tant les exemples sont rares en pratique[289]. Une première hypothèse concerne un régime d'aide : les subventions accordées à toute personne physique ou morale sur le territoire d'un État membre à l'occasion de l'achat d'un véhicule terrestre à moteur produisant peu ou pas d'émission de CO_2 ne sont pas constitutives d'avantages sélectifs dans le chef des acheteurs de véhicules[290]. Deux hypothèses concernent une dérogation générale à un impôt non environnemental : la réduction de l'impôt sur le revenu accordée pour les revenus tirés des investissements effectués dans des fonds de placement « verts », dont les capitaux financent des actions environnementales, n'est pas une aide d'État

---

[286] Décision 2005/565/CE de la Commission du 9 mars 2004 concernant un régime mis à exécution en Autriche prévoyant le remboursement des taxes sur l'énergie frappant le gaz naturel et l'électricité en 2002 et en 2003 (JO L 190 du 22 juillet 2005, p. 13), pts. 46-51. Selon la Commission, le juge, dans l'arrêt *Adria Wien Pipeline*, n'avait fait qu'un rappel des principes qui n'impliquait de sa part aucun préjugé sur le seuil de 0,35% (v. *ibid.*, pts. 47-48), cette interprétation étant également celle de l'avocat général M. F. JACOBS, v. concl. sous CJCE, 5 octobre 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, C-368/04, pt. 72. Cette position a été réitérée dans une décision ultérieure, au sujet du seuil ouvrant droit à une exonération de taxe parafiscale : décision 2011/528/UE de la Commission du 8 mars 2011, préc., pts. 100 et s.

[287] CJCE, 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, préc., pts. 61-63 et, par renvoi, 36-37 ; obs. C. BLUMANN, *JCP G*, 2010. 68 ; obs. F. ZAMPINI, *DF*, 2010, n° 4, comm. 97.

[288] Pour une exonération partielle d'une taxe sur les matières minérales en faveur de la culture en serre ou sur substrat, v. CJCE, 29 avril 2004, *Pays-Bas/Commission*, C-159/01, Rec. p. I-4461, pts. 42-48 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2004, n° 6, comm. 216 ; pour une exonération des droits d'accises sur le gasoil utilisé pour le chauffage des serres, v. Trib. UE, 13 septembre 2012, *Italie/Commission*, T-379/09, non encore publié au Recueil, pts. 39-51 ; obs. J. DERENNE, *Concurrences*, 2012, n° 4, p. 137 ; pour des exonération d'une taxe sur l'énergie au profit des installations de cogénération, v. décision de la Commission du 9 novembre 2007, State aid N 391/2006 – Denmark – Tax Rate Reductions : Heat Produced in CHP's, Heat Produced by Electricity, and Process Heat (C(2007) 5520), pts. 42-48 ; pour un régime spécial de déduction des dépenses d'investissements « verts » pour le calcul de l'impôt sur les sociétés ouvert aux entreprises actives dans le secteur de l'immobilier : décision de la Commission du 19 mai 2008, State aid N 35/2008 – United Kingdom – Landlord's Energy Saving Allowance (LESA) (C(2008) 2006), pp. 4-5.

[289] V., en ce sens, B. KURCZ, D. VALLINDAS, *op. cit.*, pp. 160-161.

[290] Décision de la Commission du 26 avril 2006, State Aid N 142/2005 – United Kingdom Low Carbon Car Grant Programme (C(2006)1519 final), p. 6.

pour les investisseurs, l'avantage étant ouvert à tous les contribuables[291]. Il en est de même pour le régime d'amortissement accéléré des investissements dans certains biens réduisant l'impact des activités sur l'environnement, cet avantage étant accordé à toutes les entreprises de tous les secteurs d'activité, indépendamment du lieu d'établissement de leur siège social[292]. Deux autres hypothèses concernent des taxes spéciales : l'exonération de taxe environnementale sur les granulats dont bénéficient les granulats exportés hors de l'État membre n'est pas sélective, ces derniers n'étant pas dans une situation comparable aux granulats vendus sur le territoire national car l'administration ne pourra contrôler la réalisation du fait générateur de la taxe qui est l'exploitation commerciale comme granulats[293]. Par ailleurs la taxe qui frappe uniquement les quotas de CO_2 et certains quotas de pêche n'entraîne pas d'avantage sélectif, et ce quel que soit le traitement fiscal d'autres quotas, notamment agricoles, ces derniers n'étant pas dans la même situation juridique face à l'impôt[294].

128. Ainsi, les institutions peuvent adapter la condition de sélectivité de sorte à pouvoir qualifier toutes les formes de mesures précitées et, sauf exceptions, conclure qu'elles relèvent du droit des aides d'État. Cette analyse est confirmée à l'occasion de l'analyse de la seconde étape de l'appréciation de cette condition, c'est-à-dire celle de la justification par la nature ou l'économie de la mesure en cause.

B) La justification de la sélectivité des mesures environnementales par la nature ou l'économie du système

129. La Cour a jugé que *« ne remplit pas cette condition de sélectivité une mesure qui […] se justifie par la nature ou l'économie générale du système dans lequel elle s'inscrit »*[295]. Il reste donc à savoir quelles sont les implications réelles de ce considérant et les applications qu'il peut trouver en matière environnementale.

130. La jurisprudence paraît apporter des éléments de réponse à la question, en indiquant ce que pourrait être l'esprit de la justification par la nature ou l'économie du système pour le cas

[291] Décision de la Commission du 25 août 2006, NN 41/05 – Green Funds – The Netherlands, (C(2006) 3886), pt. 16. Cette mesure constitue en revanche un avantage sélectif pour les fonds de placement et pour les activités qu'ils financement (*ibid*., pts. 17-18).
[292] Décision de la Commission du 13 mars 2001, State aid N 797/2000 – United Kingdom Enhanced Capital Allowances for energy efficient investments (SG(2001) 286845), p. 5.
[293] Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pts. 95-99.
[294] Décision de la Commission du 6 septembre 2005, state aid N 318/B/2004 and N 604/A/2004 – 'Taxation of individual herring quotas' and 'Fiscal treatment of quotas' – Denmark (C(2005) 3296 final), pp. 4-5 ; cette solution se justifie notamment par le fait que les quotas agricoles relèvent de la Politique agricole commune.
[295] V. CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, préc., pt. 42.

d'une modulation de charges à but incitatif : il s'agirait avant tout de placer l'État face aux éventuelles contradictions entre les fins alléguées d'un système et les différenciations de charges qui prétendent y parvenir. On comprend bien les implications, notamment pour les taxes environnementales, qui instaurent des différences de traitement ne correspondant pas à la logique de celles que l'on retrouve traditionnellement en matière fiscale mais à la réalisation d'objectifs environnementaux variés. De la sorte, cette étape de la justification permet d'adapter l'appréciation de la sélectivité aux particularités des taxes environnementales.

131. Ainsi, en matière environnementale, la Cour a considéré, tout d'abord, que la justification concernait toute mesure s'inscrivant *« dans un système de charges »*[296] — et donc pas seulement les mesures fiscales *stricto sensu* —, bien qu'en l'espèce, les requérants n'étaient pas parvenus à démontrer l'existence de ce système[297]. Ensuite, elle a admis qu'une modulation d'une charge environnementale puisse être fondée sur des considérations qui lui sont particulières : au sujet d'une taxe ayant pour objet la limitation de la pollution par les fertilisants agricoles, la Cour a jugé qu'une différenciation de charges pourrait être justifiée s'il était prouvé qu'elle bénéficiait à des techniques agricoles permettant une diminution objective du niveau de cette pollution, ce qui n'était pas le cas en l'espèce[298]. De même, en faisant référence aux *« principes fondateurs ou directeurs du système fiscal »*, le Tribunal a contrôlé la cohérence d'une différence de traitement fiscal entre catégories de granulats au regard de l'objectif environnemental de la taxe visant à réorienter leur exploitation, bien que, là encore, l'État membre en cause n'a pas su l'établir[299].

132. Les apports de la jurisprudence en matière environnementale se limitant à ces quelques affaires, il faut donc se tourner vers la pratique de la Commission[300] qui fournit, quant à elle, de nombreux exemples d'applications originales de la justification et, surtout, des hypothèses où elle permet de renverser la présomption de sélectivité d'une mesure. Le raisonnement

---

[296] CJCE, 26 septembre 2002, *Espagne/Commission*, C-351/98, Rec. p. I-8031, pt. 42 ; CJCE, 13 février 2003, *Espagne/Commission*, C-409/00, Rec. p. I-1487, pt. 52.

[297] CJCE, 26 septembre 2002, *Espagne/Commission*, C-351/98, préc., pt. 43 ; CJCE, 13 février 2003, *Espagne/Commission*, C-409/00, préc. pts. 53 et 55 ; v., également, TPICE, 29 septembre 2000, *CETM/Commission*, préc., pt. 53-54.

[298] CJCE, 29 avril 2004, *Pays-Bas/Commission*, C-159/01, Rec. p. I-4461, pts. 42-46 ; la Cour a ainsi confirmé la décision 2001/371/CE de la Commission, du 21 décembre 2000, concernant l'exonération prévue par les Pays-Bas de la taxe sur les matières minérales applicable au titre de la loi sur les engrais (JO L 130 du 12 mai 2001, p. 42).

[299] Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pts. 84-92.

[300] Sur certaines des décision commentées ci-dessous, v. B. RENNER-LOQUENZ, « State Aid in Energy Taxation Measures : First Experiences from Applying the Environmental Guidelines 2001 », *EStAL*, 2003, n° 1, p. 21 ; M. KÖNINGS, « State Aid for Renewable Energy Sources : A Practical State Aid Manual for Going Green », *EStAL*, 2002, n° 1, p. 19, spéc. pp. 22-24.

qu'elle applique est le suivant : sur la base de la jurisprudence, et par une motivation détaillée, la Commission distingue les *« mécanismes inhérents »* à la taxe elle-même des *« objectifs extrinsèques »* des mesures qui y dérogent[301]. Ainsi, des objectifs extrinsèques tels que la protection de la compétitivité d'une catégorie d'entreprise ne sauraient justifier un traitement différent de celui qui résulte de l'application des mécanismes d'une taxe qui vise à inciter les comportements respectueux de l'environnement[302].

133. Deux fils rouges apparaissent ainsi dans la pratique. On trouve, en premier lieu, les exonérations de taxes environnementales qui ne trouvent pas leur fondement dans la logique de la taxe et, par conséquent, ne peuvent être justifiées. Ainsi en est-il des exonérations de taxes sur l'énergie accordées aux entreprises grandes consommatrices de cette marchandise : la sélectivité ne peut être justifiée, car l'exonération est contraire à la logique interne d'un régime incitatif dont l'objectif est de réduire la consommation d'énergie, dont celle des entreprise privilégiées[303]. Il en est de même d'une exonération d'une taxe environnementale sur la consommation d'énergie accordée à l'énergie produite à partir du méthane qui émane des mines. La production à partir de cette source réduit les émissions de méthane, mais elle a les mêmes effets que d'autres sources fossiles sur les émissions de CO_2 que la taxe vise à faire diminuer ; elle ne correspond donc pas à sa logique interne[304]. Dans le même ordre d'idées, ne correspond pas à la logique de diverses taxes environnementales sur l'énergie l'exonération de la production de chaleur dans des installations de cogénération, *a fortiori* lorsqu'elle ne bénéficie qu'aux installations à haut rendement[305], ou encore l'exonération de la taxe sur les déchets au bénéfice des producteurs de ciments puisqu'elle va à l'encontre de l'incitation à diminuer la production de déchets qui constitue la logique de ce prélèvement[306].

134. En revanche, les formes d'exonérations correspondant à l'application des mécanismes fondateurs des prélèvements en cause peuvent être justifiées, quand bien même elles confèreraient un avantage aux entreprises bénéficiaires. Ainsi, au vu de la nature et de

---

[301] A. KLIEMANN, « Aid for Environmental Protection », *in* M. SÁNCHEZ RYDELSKI (dir.), *The EC State Aid Regime : Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, Londres, Cameron May, 2006, p. 315, spéc. pp. 321-324.

[302] Décision 2011/528/UE de la Commission du 8 mars 2011, préc., pts. 105-108.

[303] Décision 2005/468/CE de la Commission du 30 juin 2004 relative au régime d'aides mis en œuvre par la Suède pour l'exonération de la taxe sur l'énergie du 1er janvier 2002 au 30 juin 2004 (JO L 165 du 25 juin 2005, p. 21), pts. 39-40 ; décision 2005/565/CE de la Commission du 9 mars 2004, préc., pt. 53 ; décision 2011/528/UE de la Commission du 8 mars 2011, préc., pts. 107-108.

[304] Décision 2004/50/CE de la Commission du 17 septembre 2003, concernant l'exonération de la taxe de changement climatique que le Royaume-Uni envisage d'appliquer pour le méthane des mines de charbon (JO L 10 du 16 janvier 2004, p. 54), pts. 12 et 28.

[305] Décision de la Commission du 9 novembre 2007, State aid No N 391/2006 – Denmark – Tax Rate Reductions : Heat Produced in CHP's, Heat Produced by Electricity, and Process Heat (C(2007) 5520), pts. 43-48.

[306] Décision de la Commission du 28 octobre 2009, State aid C 30/2009 (ex N 328/2008), préc., pt. 34

l'économie d'une taxe sur l'énergie ayant pour objet de réduire les émissions de CO_2, il est justifié d'exonérer la production d'énergie SER qui ne contribue pas à ces émissions[307]. Il en est de même du remboursement, accordé aux producteurs d'électricité SER, d'une somme correspondant exactement au montant de la taxe CO_2 sur l'électricité dont ils se sont acquittés, qui produit des effets équivalents à une exonération[308].

135. Enfin, il faut souligner une situation particulière dans la pratique de la Commission : celles des dérogations qui trouvent leur justification, non pas tant dans l'objectif environnemental d'une taxe, mais dans la cohérence de la définition de son assiette. En ce cas, il est possible que des dérogations visant à préserver la compétitivité de certaines entreprises correspondent à la logique et la nature d'un système fiscal : l'objectif « extrinsèque » coïncide alors avec la logique interne du régime. C'est ce qui ressort de décisions où étaient en cause des exonérations de taxes sur les produits énergétiques utilisés comme combustibles ou carburants, accordées lorsque lesdits produits font l'objet d'un « double usage » ou sont utilisés dans des processus minéralogiques — ces procédés techniques utilisant des produits énergétiques, mais partiellement, ou pas du tout, comme carburant ou combustible. Dans cette hypothèse, la Commission admet, sur le principe, qu'une telle exonération puisse être justifiée, bien qu'elle soit motivée par la préservation de la compétitivité des entreprises[309]. En effet, il lui paraît logique qu'une taxe qui frappe la consommation de produits énergétiques comme combustibles exonère les procédés qui utilisent ces mêmes produits, mais à d'autres fins. Toutefois, la Commission vérifie, premièrement, que les différenciations fiscales correspondent bien à la logique de ces mécanismes, c'est-à-dire que les procédés exonérés correspondent bien à cet usage alternatif des produits énergétiques, et, deuxièmement, que toutes les entreprises privilégiées bénéficient du même traitement fiscal[310]. Ainsi, lorsque l'État membre assure cette double exigence, l'exonération est justifiée[311]. En revanche, la justification sera refusée si l'État exonère, en plus des usages non combustibles, des procédés peu polluants qui leur sont concurrents, car ils utilisent des produits énergétiques comme carburants — et ce, même si cela répond à une demande de la Commission. Dans ce cas, la

[307] Décision de la Commission du 28 novembre 2001, Zero rate for green electricity – State aid NN 30/B/2000 and N 678/2001 (C(2001) 3752 fin), pp. 4-5 ; décision de la Commission du 28 novembre 2001, Modifications Energy Tax 2001 – State aid N 168/A/2001 (C(2001) 3742 fin), pp. 9-11.

[308] Ce remboursement devient toutefois un avantage sélectif s'il dépasse le montant de la taxe acquittée : Décision de la Commission du 10 mars 2009, State aid N 354/2008 – Denmark – Modification of the scheme "support to environmentally friendly electricity production" (N 602/2004) (C(2009) 1731), pts. 6 et 35-36.

[309] Cette motivation apparaît très clairement dans la décision de la Commission du 7 février 2007, State aid N 820/2006 – Germany Tax exemptions for certain energy intensive processes (C(2007) 298 fin), p. 2.

[310] *Ibid.*, p. 5-6.

[311] *Ibid.*

logique de la taxe environnementale ne justifie pas l'exonération[312]. La justification sera également refusée si seuls certains de ces usages non combustibles sont exonérés[313].

136. Ainsi, tant la jurisprudence que la pratique de la Commission en matière environnementale permettent d'envisager de nombreuses hypothèses d'application de la sélectivité et renseignent sur la conception de cette condition, au deux stades de son application. Les constatations faites jusqu'à présent ont ainsi permis de décrire, dans le détail, l'énonciation et la portée de cette condition. Elles démontrent également son adaptabilité, en ce qu'elle peut être déclinée dans les hypothèses les plus diverses.

[312] Décision 2002/676/CE, CECA de la Commission du 3 avril 2002 concernant l'exonération pour double usage que le Royaume-Uni envisage d'appliquer dans le cadre de la taxe sur le changement climatique et l'exonération étendue à certains procédés concurrents (JO L 229 du 27 août 2002, p. 15), pts. 39-52, spéc. pts. 47-52.
[313] Décision 2010/402/UE de la Commission du 15 décembre 2009, préc., pts. 38-40.

Conclusion du Chapitre I

137. L'étude de l'adaptabilité des éléments objectifs de qualification permet de déterminer le cadre de l'étude. Le droit des aides concerne une grande variété de mesures par lesquelles les États membres entendent modifier les comportements des opérateurs économiques en usant de l'incitation pécuniaire, qu'il s'agisse de subventions, de mécanismes prévoyant la délivrance d'actes administratifs ou de prélèvement fiscaux ou parafiscaux.

138. L'adaptabilité est ainsi évidente pour les critères de l'utilisation de ressources d'État et de la sélectivité qui sont appliqués de façon souple par les institutions de l'Union. Le critère de l'utilisation de ressources d'État montre bien que des prélèvements obligatoires dont le produit, spécialement affecté par la loi, transite par un fonds ou un compte géré par une entreprise privée ou publique agissant sous les injonctions de l'État, constituent des aides. Il en va de même pour un mécanisme d'échange de quotas d'émission dès lors qu'il prévoit un régime de délivrance à titre gratuit d'actifs immatériels ayant vocation à être échangés sur un marché. De même, les exonérations ou réductions d'impôts environnementaux ou non environnementaux peuvent relever de l'article 107 TFUE.

139. Cette adaptabilité se caractérise par une déclinaison casuistique de ces critères. Le critère de l'utilisation de ressources d'État ne pose pas les mêmes problèmes lorsqu'il est question de qualifier une taxe parafiscale ou un régime de délivrance d'actes administratifs. Le contexte dans lequel l'article 107 TFUE est appliqué est donc déterminant. Ce constat amène à compléter la définition de l'aide envisagée à l'origine. Il est vrai que cette catégorie juridique est définie à partir de quatre critères. Il faut toutefois ajouter qu'il s'agit là de critères principaux. Chacun donne lieu à des strates d'opérations ou de sous-critères supplémentaires. Le critère de l'utilisation de ressources d'État est particulièrement illustratif de cette observation : il se décompose en deux sous-critères que sont l'imputation de la mesure à l'État et l'origine étatique des ressources, ce dernier étant lui-même réalisé en considération de la charge pour le budget de l'État ou de la nature de l'acte administratif délivré à titre gratuit.

140. Il ressort enfin que le recours à l'incitation pécuniaire n'emporte pas automatiquement l'application de l'article 107 TFUE : l'arrêt *PreussenElektra* a pour effet d'exclure certaines mesures du champ du droit des aides. C'est ce qu'il convient de préciser à présent, en abordant les limites de la notion d'aide au regard des éléments objectifs de qualification.

Chapitre II) Les limites de la notion d'aide au regard des éléments objectifs

141. Les développements qui précèdent ont permis de clarifier les solutions retenues par la Cour et la Commission lorsqu'elles ont appliqué l'article 107 TFUE à des mesures environnementales se présentant sous des formes très diverses. Ces institutions ont adapté les critères de définition de la catégorie d'aide, confirmant que le champ de l'article 107 TFUE est extensible et qu'il est fonction des effets concrets des mesures nationales de la protection de l'environnement sur la concurrence. L'effectivité du droit des aides semble ainsi assurée. Il n'en demeure pas moins que les institutions ont également la responsabilité d'assurer la sécurité juridique et qu'elles ont la prétention de faire de la notion d'aide une *« notion juridique devant être appréciée sur la base d'éléments objectifs »*[314]. Cette ambition implique que le champ matériel de l'application du droit des aides d'État puisse être clairement circonscrit, de sorte qu'il soit possible de savoir avec certitude quelles mesures de protection de l'environnement relèvent de l'article 107 TFUE. C'est dans cette perspective qu'il est possible de reconsidérer les éléments objectifs de qualification, cette fois dans le but d'envisager les limites de la notion d'aide.

142. Il convient aussitôt de préciser que cette entreprise amène à des résultats contrastés : l'intelligibilité des limites de la notion d'aide est relative. L'étude des décisions adoptées dans le domaine environnemental peut en effet amener à douter de la rationalité générale de certains des éléments de définition de l'aide. Si l'on revisite les critères déjà envisagés, afin approfondir l'analyse, leurs imperfections font que les solutions qui paraissent à première vue évidentes ou définitives peuvent se révéler ambigües ou parfois même provisoires. Il faut donc admettre que l'application du droit des aides d'État dans le domaine environnemental doit tenir compte de l'existence de limites indéterminées (Section I). Pour autant, il s'agit d'une indétermination provisoire, ou cantonnée à certaines formes d'interventions nationales, de sorte qu'elle n'empêche pas de dessiner les frontières du champ de l'article 107 TFUE. En particulier, le critère de la charge sur le budget de l'État découlant du critère de l'utilisation de ressources d'État détermine de façon claire la notion d'aide, de sorte que l'on peut s'en servir afin de confectionner une classification théorique des mesures environnementales en fonction du champ du droit des aides. Il est ainsi possible d'envisager les limites déterminables de l'application du droit des aides d'État dans le domaine environnemental (Section II).

[314] V., récemment, CJUE, 21 juin 2012, *BNP Paribas et BNL/Commission*, C-452/10 P, non encore publié au Recueil, pt. 100.

Section I) Les limites indéterminées

143. En étudiant l'application du droit des aides d'État dans le domaine environnemental, il est possible de montrer que les conditions de l'avantage, de l'utilisation de ressources d'État et de la sélectivité sont toutes, dans une plus ou moins grande mesure, frappées par une relative imprécision ou d'éventuelles incohérences. En d'autres termes, ces critères sont imparfaits. D'une part, le processus prétorien de détermination de la notion d'aide est parfois loin d'être achevé, de sorte que certains des critères peuvent être en cours de formalisation, ce qui renforce l'imprécision des opérations de qualification (I). D'autre part, certains critères ont fait l'objet d'une définition plus aboutie. Une étude approfondie montre que certaines incertitudes subsistent dans la définition de l'aide. Il est ainsi possible de souligner les limites des critères formalisés (II).

I) Les critères en cours de formalisation

144. Dans le contexte de l'interprétation casuistique de l'article 107 TFUE, l'indétermination de la notion d'aide peut s'expliquer par le fait que la jurisprudence et la pratique de la Commission ne parviennent à la définir qu'au fil des affaires, de sorte que certains critères sont encore en cours de formalisation. Ainsi, le critère de la nature de l'acte administratif constitutif de la condition de l'utilisation de ressources d'État qui a été utilisé par la Commission dans une série de décisions relatives aux certificats verts et aux systèmes d'échange de quotas, semble avoir été finalement abandonné, dans des conditions qu'il convient de préciser (A). Par ailleurs, la condition de l'avantage peut être écartée dans l'hypothèse d'une juste compensation des charges d'un SIEG ayant un objet environnemental (B).

A) L'abandon du critère de la nature des actes administratifs

145. Il a été précédemment expliqué que la Commission a développé un critère tiré de la nature de l'acte administratif pour apprécier si la délivrance à titre gratuit des actes que constituent les certificats verts et les quotas d'émission utilise des ressources d'État. Schématiquement, dans le cas où l'acte délivré, comme un quota, s'apparente à un droit accordé aux entreprises, l'État peut obtenir une contrepartie en argent. S'il fait le choix de le délivrer à titre gratuit, il s'agit d'un abandon de recettes publiques car il aurait pu le vendre.

En revanche, lorsque l'acte n'a qu'une fonction probante, comme un certificat vert, l'État ne peut exiger de contrepartie et la délivrance à titre gratuit échappe à l'article 107 TFUE[315]. Cependant, il semble que ce critère de la nature de l'acte administratif ait finalement été remis en cause par la jurisprudence de la Cour.

146. À ce stade des développements, seule la pratique de la Commission a été abordée. Or, il se trouve que le juge a eu à connaître de la légalité d'une de ses décisions, dans laquelle elle contrôlait un mécanisme de quotas de NO_x[316]. Alors que la Commission avait conclu à la compatibilité de la mesure, l'État membre a intenté un recours en annulation devant le Tribunal[317] en se fondant principalement sur la violation du paragraphe premier de l'actuel article 107 TFUE et, plus précisément, sur des erreurs de droit commises lors de la qualification de la mesure en cause. On ne s'attardera cependant pas sur la décision en première instance. En substance, le Tribunal a fait sienne l'analyse de la Commission sur l'utilisation de ressources d'État[318], tout en annulant par ailleurs la décision pour d'autres motifs. En revanche, lorsque l'affaire des quotas de NO_x fut portée par un pourvoi devant la Cour[319], cette dernière a motivé plus abondamment sa solution.

147. Selon la Cour, l'avantage que constituait la négociabilité des quotas d'émission[320] emportait une charge pour le budget de l'État et ce, à deux titres. Tout d'abord, elle permet aux entreprises d'échapper aux amendes qu'elles devraient payer, en l'absence de cette négociabilité, si elles ne respectaient pas les normes d'émission qui s'imposaient à elles. Ensuite, et la Cour a particulièrement insisté sur ce point, la négociabilité conférant aux quotas *« une valeur économique »*, le choix de l'État de les délivrer sans contrepartie concrète, alors qu'ils auraient pu être vendus, emportait renoncement à des recettes publiques[321]. Cette justification fut ainsi réitérée à deux reprises, et tout particulièrement pour justifier la différence entre la situation en cause au principal et celle visée par l'arrêt *PreussenElektra*, au motif que la renonciation à des recettes n'était pas inhérente à un

---

[315] V., *supra*, n°s 97 et s.

[316] Décision de la Commission du 24 juin 2003, State Aid N 35/2003, préc.

[317] TPICE, 10 avril 2008, *Pays-Bas/Commission*, T-233/04, Rec. p. II-591 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2008, n° 6, comm. 198 ; obs. J.-Y. CHÉROT, *Concurrences*, 2008, n° 2, p. 148.

[318] TPICE, 10 avril 2008, *Pays-Bas/Commission*, T-233/04, préc., pts. 75-77.

[319] CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc. ; obs. J. DERENNE, *Concurrences*, 2011, n° 4, p. 155 ; obs. D. GADBIN, *Env.*, 2012, n° 10, chron. 2 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2011, n° 11, comm. 422 ; obs. W. SAUTER, H. VEDDER, *EL Rev.*, 2012, 37 (3), p. 327. Sur les deux affaires, v., L. IDOT, « Droit de la concurrence et protection de l'environnement – La relation doit-elle évoluer ? », *op. cit.*, n°s 43-47.

[320] La Cour avait admis, antérieurement à l'analyse de l'utilisation de ressources d'État, que la négociabilité des quotas d'émission sur un marché leur avait conféré un valeur monétaire, et que la possibilité pour les entreprises intéressées de choisir entre une réduction de leurs émissions ou l'achat de quotas, de réaliser un profit en vendant ces quotas et d'échapper au paiement d'un amende leur procurait un avantage : CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pts. 63-64 et 86-96.

[321] *Ibid.*, pts. 106-108.

mécanisme d'échange de quotas, dans la mesure où, précisément, l'État disposait d'un choix entre l'attribution gratuite et la vente des quotas[322].

148. À première vue, en matière de détermination des critères de qualification de la délivrance des actes administratifs impliqués par les mesures de protection de l'environnement, ce n'est pas donc pas la pratique de la Commission qui se conforme aux canons de la jurisprudence, mais la jurisprudence qui s'inspire de la pratique de la Commission.

149. Toutefois, l'arrêt de la Cour pourrait excéder la simple validation du raisonnement de la Commission. Il est vrai le juge n'a eu de cesse de qualifier les quotas de « droits d'émission », ce qui pourrait signifier une prise en compte de leur nature. Toutefois, il n'en pas tiré de conséquences sur le terrain de la qualification : l'existence d'une contrepartie pour l'État, qui justifiait l'abandon de ressources dans la pratique de la Commission, n'a pas été déduite par la Cour du fait que le quota accordait un droit à son titulaire. Elle juge, bien plus directement, que cette contrepartie était exigible parce que les quotas avaient une valeur pécuniaire[323]. Les conclusions de l'avocat général dans cette affaire, auxquelles la Cour renvoie, précisent cette solution : dès lors que l'État crée un marché de permis négociables, qui deviennent des biens immatériels négociables, le simple fait de délivrer ces derniers à titre gratuit suffit pour qu'il y ait renonciation à des ressources publiques[324].

150. Ainsi, il n'est plus question de tenir compte de la nature de l'acte administratif pour apprécier l'origine étatique des ressources. La délivrance à titre gratuit d'un actif immatériel suffit, *per se*, à remplir la condition de l'utilisation de ressources d'État. C'est donc l'ensemble de la construction de départ de la Commission, distinguant les certificats verts et les quotas d'émission en raison de leur nature, qui pourrait être remise en cause.

151. Cette proposition paraît confirmée par les tendances récentes de la pratique de la Commission : il semblerait que le contrôle juridictionnel susmentionné de la décision de la Commission ait entrainé, de la part de cette dernière, un revirement de sa pratique. C'est en tout état de cause ce qui ressort d'une décision récente relative à un mécanisme de certificats verts et qui a été rendue après l'arrêt du Tribunal sur le mécanisme de quotas[325]. Son appréciation avait commencé de manière classique, en constatant que l'obligation d'achat de certificats n'utilisait pas, en soi, de ressources d'État, que les certificats servaient de preuve

[322] *Ibid.*, pts. 109-111.
[323] *Ibid.*, pt. 106.
[324] Concl. P. MENGOZZI, sous *ibid.*, pt. 87.
[325] Décision de la Commission du 13 juillet 2011, State aid SA. 33134 2011/N – RO – Green certificates for promoting electricity from renewable sources (C(2011) 4938).

d'une production[326] et que les transactions s'effectuaient entre des entreprises privées[327]. Cependant, elle a infléchi son analyse, insistant sur le fait que les certificats consistaient avant tout en des actifs immatériels accordés à titre gratuit par l'État. Elle a indiqué que cette situation était caractéristique de l'utilisation de ressources d'État dans ses décisions sur les quotas d'émission, rappelant également qu'elle avait conclu l'inverse dans sa pratique relative aux certificats verts[328]. C'est alors qu'intervient un revirement : la Commission a en effet déclaré que *« indépendamment du fait que l'État aurait pu vendre ou mettre aux enchères ces certificats et, de ce fait, a abandonné des ressources, il demeure que l'État accorde à certaines entreprises un actif, qui a une valeur monétaire, et que cet actif provient de l'État qui l'a créé »*[329]. Au final, la Commission a tout bonnement renoncé à qualifier la mesure, en rupture évidente avec sa pratique antérieure.

152. À notre sens, ce revirement pourrait s'expliquer par le fait que la Commission s'est trouvée confrontée aux limites de sa construction d'origine : le critère tiré de la nature de l'acte n'était pas fondé sur des bases solides, de sorte que la distinction entre la qualification des quotas et des certificats verts apparaît difficilement soutenable. Plus précisément, la position originelle de la Commission est fondée sur une confusion entre l'origine de l'avantage et la justification de l'utilisation de ressources d'État. À cet égard, rappelons que le raisonnement de la Commission est fondé sur l'idée que le *« quota en tant que tel aurait une valeur pour le bénéficiaire par rapport à l'État, par exemple un droit direct ou indirect d'émettre »*[330]. C'est donc la considération que l'acte accorde un droit aux entreprises qui justifie que l'État devrait exiger une contrepartie, et que la délivrance gratuite emporte utilisation de ressources d'État. Cette idée semble pouvoir être précisée à la lumière des réflexions d'un agent de la Commission présentant la question sous l'angle des *« droits exclusifs ou spéciaux »*[331]. Faisant un parallèle entre les quotas d'émission et certaines autorisations d'occupation du domaine public, cet auteur soutient que l'élément déterminant pour l'analyse est que ces actes de l'État réservent une activité à un nombre limité

[326] Il est vrai que les certificats fixaient également un prix de base du marché, leur prix minimum étant fixé. Cette particularité du mécanisme ne nous semble cependant pas déterminante : la Commission l'utilise pour déclarer que le certificat n'est plus une simple preuve d'une certaine production, mais qu'il a une valeur monétaire *ab initio* (v. *ibid*, note 27 de bas de page). Toutefois, la valeur monétaire des certificats était déjà admise sans problème par la Commission dans ses décisions antérieures.
[327] *Ibid.*, pts. 48-51.
[328] *Ibid.*, pt. 53.
[329] *Ibid.*, pt. 54.
[330] Décision de la Commission du 24 juin 2003, State Aid N 35/2003, préc., p. 8 ; décision de la Commission du 3 mai 2005, Aide d'État N 608/2004, préc., p. 4.
[331] A. ALEXIS, « Droits exclusifs ou spéciaux et aides d'État », *RDUE*, 2004, n° 2, p. 185.

d'entreprises — d'où le recours à la notion de « droits exclusifs ». Il y aurait ainsi lieu de distinguer ces actes des *« simples mesures administratives »* qui n'ont pas cet effet[332].

153. Cette position ne va pas sans évoquer le débat, en droit français, sur le renouvellement de l'analyse des règles de la vénalité des autorisations administratives. S'il existe, dans l'ordre interne, un principe de gratuité des autorisations administratives, en particulier des autorisations de police, ce principe trouve néanmoins des exceptions pour certaines catégories d'autorisations permettant l'exercice d'une activité économique, qui sont disponibles en nombre limité et peuvent être cédées sur des marchés secondaires[333]. Ces autorisations ont la particularité de confèrer un avantage à leurs titulaires[334], sous la forme d'un droit dont ils vont pouvoir tirer profit. L'État ayant l'interdiction de faire des libéralités en vertu du principe constitutionnel d'égalité[335], il doit, en principe, exiger une contrepartie en argent lors de la délivrance d'une autorisation de ce genre, laquelle correspondra au prix de l'avantage. Une justification de cette contrepartie est donc que le bénéfice d'une autorisation peut être considéré comme un privilège, car ces autorisations se trouvent en nombre limité et, une fois délivrées, ne pourront plus être accordées à d'autres sujets de droit qu'à leurs titulaires.

154. Cependant, la Commission n'a pas cherché de justifications solides sur ce terrain. Si elle se fonde, dans toutes ses décisions, sur la nature de l'acte en cause pour apprécier l'utilisation de ressources d'État, elle n'en tire aucune conséquence quand à l'origine de l'avantage qui utilise des ressources d'État. Cet avantage n'est pas déduit de la jouissance, *per se*, du droit à polluer que confère le quota. L'argument de l'exclusivité n'est pas non plus utilisé, la Commission ne se référant pas au fait que les quotas, à la différence des certificats verts, existent généralement en nombre limité. Du reste, cet argument était difficilement tenable, car les mécanismes nationaux ne faisaient pas nécessairement de la détention des quotas une condition pour exercer les activités économiques qu'ils régulaient[336].

---

[332] *Ibid.*, pp. 187-192.

[333] Par exemple, les licences de taxi, les autorisation de débits de boisson et les quotas d'émissions crées en application du SEEQE : v. S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, 2009, n°s 199-200 ; v., également, F. BRENET, « La patrimonialisation des autorisations administratives – Réalités et implications », *Droit administratif*, 2007, n° 8, étude 14 ; Y. JÉGOUZO, « Les autorisations administratives vont-elles devenir des biens meubles ? », *AJDA*, 2004. 945.

[334] V., à cet égard, la qualification des licences de téléphonie mobile de troisième génération dans la décision du Conseil constitutionnel, 28 décembre 2000, *Loi de finances pour 2001*, n° 2000-442 DC, considérant 14 ; obs. D. RIBES, *D.*, 2001. 1767.

[335] Conseil constitutionnel, 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, n° 86-207 DC, considérant 58. À ce sujet, v. C. LAJOYE, « Patrimoine des Collectivités territoriales », *JCl. Administratif*, fasc. 128, n° 177.

[336] Dans les décisions de la Commission, il n'est jamais précisé que la soumission des entreprises aux mécanismes nationaux de quotas a valeur d'autorisation d'exercer certaines activités. On peut au moins sérieusement supputer que ce n'était pas le cas du mécanisme contrôlé dans la décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 416/2001, préc., puisqu'il était volontaire. S'agissant du mécanisme néerlandais, le

155. En bref, aucune des justifications de l'ordre de celles que l'on retrouve dans la doctrine en droit de l'Union ou en droit français n'est avancée sérieusement par la Commission au soutien de son raisonnement. L'avantage qui utilise des ressoucres d'État est fondé, non pas sur la nature de l'acte, mais sur la valeur pécuniaire du quota en raison de la création d'un marché, c'est-à-dire du revenu que les entreprises pourront tirer de la cession du quota[337].

156. Or, dès lors que l'avantage est tiré de la cessibilité du quota, il n'y a plus guère de différence entre les mécanismes de quotas et les mécanismes de certificats verts. Dès lors, on peut considérer, à l'instar d'une partie de la doctrine[338], que l'avantage procédant de la cession entre les entreprises des actes administratifs sur le marché est financé par des ressources privées, l'État jouant un simple rôle d'administrateur. En ce cas, par analogie avec l'arrêt *PreussenElektra*, ni les quotas ni les certificats ne tombent sous le coup de l'article 107 TFUE lorsqu'ils sont délivrés à titre gratuit. On peut aussi considérer, comme une autre partie de la doctrine, que le fait générateur de ces avantages est, non pas la cession entre entreprises des quotas sur le marché, mais l'entrée du quota dans le patrimoine du titulaire[339], leur cession ultérieure constituant en quelque sorte la réalisation de cet avantage latent. Toutefois, la différence entre les quotas et les certificats verts ne tient alors plus. En effet, la Commission considère que les avantages engendrés par les certificats trouvent également leur origine dans

---

Tribunal a précisé que *« les entreprises ne doivent pas acquérir de droits d'émission pour pouvoir produire. Elles doivent seulement respecter la norme d'émission »* : TPICE, 10 avril 2008, *Pays-Bas/Commission*, préc. pt. 14.

[337] Décision de la Commission du 12 avril 2000, State aid N 653/99, préc., pt. 4.1, p. 6 ; décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 416/2001, préc., p. 9 ; décision de la Commission du 24 juin 2003, NOx emission trading scheme, State Aid N 35/2003, préc., p. 9 ; décision de la Commission du 13 juillet 2009, State aid N 629/2008, p. 5.

[338] C. ARHOLD, « The 2007/2008 Case Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aid », *EStAL*, 2008, n° 3, p. 441, v. pp. 447-448 ; M. LORENZ, « Emission trading : the State Aid dimension », *EStAL*, 2004, n° 3, p. 399, v. p. 401. On retrouve ici un des arguments soulevé par les parties dans l'affaire ayant donné lieu aux arrêts du Tribunal et de la Cour : TPICE, 10 avril 2008, *Pays-Bas/Commission*, T-233/04, préc., pt. 56 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pt. 98 ; v., également, B. LE BAUT-FERRARESE, « La nature des droits négociables à polluer ou à produire plus 'vert' au regard du droit communautaire des aides d'État », *Env.*, 2009, n° 2, étude n° 3, pp. 16, n°s 6-9.

[339] S. WOSCHECH, *The State Aid Dimension of Environmental Aid*, Göttingen, Cuvillier, 2009, pp. 46-48 ; toutefois, cet auteur ne remarque pas l'incohérence que crée cette solution dans la qualification des deux catégories d'actes administratifs. D'autres auteurs, sur le fondement d'une analyse « économique » considèrent qu'il y a une aide car l'intervention de l'État emporte d'importantes sources de revenus pour les entreprises : A. JOHNSTON, « Free allocation of allowances under the EU emissions trading scheme : legal issues », *Climate Policy*, 2006, n° 6, p. 115, v. pp. 118-119 ; E. WOERDMAN, « Developing a European Carbon Trading Market : Will Permit Allocation Distort Competition and Lead to State Aid ? », *Fondazione Eni Enrico Mattei, nota di lavoro 51.2001*, 2001, disponible sur www.feem.it/web/activ/_activ.html, v. pp. 7-9. Cette position, outre qu'elle ne cherche pas non plus à distinguer les quotas des certificats, ne parvient pas à établir la réalisation de la condition de l'origine étatique des ressources.

la cessibilité sur un marché[340]. De ce point de vue, on ne voit pas en quoi l'entrée à titre gratuit des certificats verts cessibles dans le patrimoine des entreprises devrait être distingué de celle des quotas, également cessibles, délivrés dans les mêmes conditions. La Cour, en jugeant que le simple fait de délivrer des actes cessibles à titre gratuit suffit pour qu'il y ait renonciation à des ressources publiques semble valider cette seconde interprétation et placer la Commission devant ses contradictions.

157. Au final, il reste à analyser la justification selon laquelle *« l'État membre* aurait pu vendre *[les quotas] s'il avait structuré ce régime autrement »*[341], mais cela relève de considérations d'un autre ordre et qui seront, pour cette raison, abordées par la suite[342]. À ce stade, il y a simplement lieu de conclure que l'appréciation par la Commission des opérations de délivrance des autorisations administratives, qui semblait bien ancrée, est finalement remise en cause par l'intervention du juge. Certes, la qualification des quotas est désormais précisée par la jurisprudence. Celle des certificats verts se trouve toutefois dans une phase de reconsidération, ce qui crée une incertitude certaine quant à la définition de la notion d'aide d'État. Or, des difficultés du même ordre peuvent se retrouver lorsqu'il est question d'apprécier la réalisation de la condition de l'avantage.

B) Les zones d'ombre de la notion de SIEG

158. La recherche d'un « juste équilibre »[343] entre la discipline des aides d'État et la préservation des activités dites d'intérêt économique général a abouti à la règle posée dans l'arrêt *Altmark*[344] : une mesure à première vue constitutive d'un avantage sélectif au sens de l'article 107 TFUE peut échapper à cette qualification s'il est démontré qu'elle constitue la juste compensation des charges d'un service d'intérêt économique général (SIEG)[345]. La

---

[340] Décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 504/2000, préc., pp. 11-12 ; décision de la Commission du 25 juillet 2001, Aide d'État N 550/2000, préc., pp. 6-7 ; décision de la Commission du 28 novembre 2001, Aide d'État N 415/A/01, préc., p. 5 ; décision de la Commission du 3 mai 2005, Aide d'État N 608/2004, préc., p. 5 ; décision de la Commission du 23 juillet 2005, State aid N 362/2004, préc., p. 9.

[341] CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pt. 106, souligné par nous.

[342] V., *infra*, n°s 447 et s.

[343] R. KOVAR, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *RTD eur.*, 1996, n° 2 p. 215 et n° 3 p. 493, spéc. p. 218 et s. ; L. IDOT, « Concurrence et services d'intérêt général – Bref bilan des évolutions postérieures au traité d'Amsterdam », *in* J.-V. LOUIS, S. RODRIGUES (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 40

[344] CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, Rec. I-7747.

[345] Non n'évoquons ici que la notion de SIEG puisque le paragraphe 2 de l'article 106 TFUE n'intervient, formellement, que lors de l'appréciation de la compatibilité des aides d'État, et non lors de leur qualification (TPICE, 11 mars 2009, *TF1/Commission*, T-354/05, Rec. p. II-471, pt. 140) ; v., sur cette question, parmi un doctrine abondante : A. ALEXIS, « Services publics et aides d'État – Évolution récente de la jurisprudence », *RDUE*, 2002, n° 1, p. 63 ; J. L. BUENDIA SIERRA, « Finding the Right Balance : State Aid and Services of General Economic Interest », *in* Liber Amicorum *F. Santaolalla Gadea*, *op. cit.*, p. 191 ; J. DE BEYS, « Aide

notion de SIEG est ainsi un élément de définition de la notion d'aide d'État[346] et relève de la présente étude. Une analyse générale des problématiques qu'elle soulève, et qui sont sans cesse renouvelées[347], étant ici hors de propos, il s'agit uniquement de rechercher si le financement d'activités environnementales peut échapper à l'article 107 TFUE en application de cette notion. Or, cette analyse se heurte à la très grande imprécision de la notion de SIEG.

159. Alors que le cadre juridique applicable aux obligations de service public[348] ne fournit pas plus de définition que le traité, l'indétermination de la notion de SIEG est une donnée qui est admise par le juge lui-même. Ainsi, le Tribunal a jugé très explicitement qu'*« en droit [de l'Union] et aux fins de l'application des règles de concurrence du traité [FUE], il n'existe ni de définition réglementaire claire et précise de la notion de mission SIEG, ni de concept juridique établi fixant, de manière définitive, les conditions qui doivent être réunies pour qu'un État membre puisse valablement invoquer l'existence et la protection d'une mission SIEG »*[349].

160. Aborder la notion de SIEG est donc une entreprise complexe, car elle n'atteint pas un degré de formalisation abouti. Pour autant, il ne faudrait pas exagérer la portée du considérant susmentionné du Tribunal. Certes, il n'existe pas d'éléments permettant de délimiter de façon précise et définitive les diverses activités, notamment environnementales, qui peuvent être considérées comme d'intérêt économique général, *a fortiori* puisqu'il revient aux États d'imposer, dans leurs ordres juridiques respectifs, des obligations de service public aux entreprises. On ne saurait pour autant affirmer qu'il n'existe pas de critères de définition du

---

d'État et financement des services publics », *JTDE*, 2006, n° 125, p. 1, spéc. pp. 3-4 ; M. MEROLA, C. MEDINA, « De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics ? », *CDE*, 2003, n° 5-6, p. 639, spéc. pp. 677-679 ; A. SINNAEVE, « State Financing of Public Services : The Court's Dilemma in the Altmark Case », *EStAL,* 2003, n° 3, p. 351, spéc. pp. 357-359 ; v. également, concl. P. LÉGER sous CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark*, préc.

[346] CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*, préc., pt. 89 ; v., également, TPICE, 11 mars 2009, *TF1/Commission*, préc., pt. 130 ; TPICE, ordonnance, 25 novembre 2009, *Andersen/Commission*, T-87/09, Rec. p. II-225*, Pub.somm., pt. 57 ; Trib. UE, 1er juillet 2010, *M6 et TF1/Commission*, T-568/08 et T-573/08, Rec. p. II-3397, pt. 129.

[347] V., récemment, S. RODRIGUES, « Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne – Acquis et perspectives », *in* J.-V. LOUIS, S. RODRIGUES (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 421 ; du même auteur, « Introduction », *Concurrences*, 2011, n° 4, p. 1 ; N. FIEDZIUK, « Services of general economic interest and the Treaty of Lisbon : opening doors to a whole new approach or maintaining the 'status quo' », *EL Rev.*, 2011(2), p. 226.

[348] Outre les articles 14 et 106 TFUE, du protocole n° 26 sur les services d'intérêt général annexé au traité de Lisbonne et de l'article 36 de la Charte, on pense principalement au « Paquet Monti-Kroes » et au « Paquet Almunia » qui lui a succédé. Sur ce dernier, v. obs. M. BAZEX, *Droit administratif*, 2012, n° 4, comm. n° 43 ; G. KALFLÈCHE, J.-G. SORBARA, « Les compensations de service public du Paquet Almunia, une obscure clarté », *Europe*, 2012, n° 6, étude n° 7.

[349] TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a./Commission*, T-289/03, Rec. p. II-81, pts. 165-167 ; obs. A. BIONDI, *EStAL*, 2008, n° 2, p. 401, spéc. pp. 403-404 ; obs. J.-Y. CHÉROT, *Concurrences*, 2008, n° 2, p. 144 ; obs. M. ROSS, *EL Rev.*, 2009, 34(1), p. 127, spéc. p. 130 et s. ; obs. S. RODRIGUES, *Concurrences*, 2008, n° 2, p. 178 ; en ce sens, Trib. UE, 11 septembre 2012, *Corsica Ferries France/Commission*, T-565/08, non encore publié au Recueil, pt. 56.

SIEG. Les institutions contrôlent en effet les qualifications proposées par les États membres ce qui a inévitablement amené la Cour à poser, au fil de ses décisions, un certain nombre de conditions[350] : l'intérêt économique général est ainsi déduit de la « nature » de l'activité, de son caractère essentiel et des règles de son organisation[351]. Dans cette configuration, le juge reste prudent dans la qualification : il limite son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation[352] tout en privilégiant le cas par cas[353].

161. En somme, il est impossible de déterminer *a priori* si la protection de l'environnement est susceptible de participer de l'intérêt économique général au sens de la notion de SIEG. On ne peut pas non plus déterminer les activités environnementales particulières qui peuvent en relever. Au final, et en considération de la démarche casuistique du juge qui est partagée par la Commission, il paraît justifié de privilégier la casuistique pour l'étude du droit positif : seules les qualifications opérées au fil de décisions des institutions de l'Union permettent d'apporter des éléments de réponse.

162. À cet égard, les activités relatives à la protection de l'environnement n'apparaissent pas, historiquement, comme ayant été au cœur des préoccupations justifiant le développement du régime juridique des SIEG qui concerne en premier lieu les industries et services de réseau traditionnellement soumis à des obligations de service public, comme les postes, les transports, les télécommunications ou l'énergie[354]. Il existe néanmoins des arguments justifiant que l'État organise et finance des activités économiques assurées par des entreprises

---

[350] Sur les éléments fondamentaux de la notion, v. CJCE, 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova Spa/Siderurgica Gabrielli*, C-179/90, Rec. p. I-5889, pt. 27 ; CJCE, 23 octobre 1997, *Commission/France*, C-159/94, Rec. p. I-5815, spéc. pt. 54. ; CJCE, 18 juin 1998, *Corsica Ferries France*, C-266/96, Rec. p. I-3949, pt. 45 ; TPICE, 16 mars 2004, *Danske Busvognmænd/Commission*, T-157/01, Rec. p. II-917, pt. 84 ; v., également, TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a./Commission*, préc., pts. 171-184.

[351] J. L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies Under EC Law*, OUP, 1999, n°s 8–23-8–30 et 8–49-8–56 ; M. KARPENSCHIF, « Vers une définition communautaire du service public ? », *RFDA*, 2008, n° 1, p. 58, spéc. pp. 63-66 ; R. KOVAR, « Monopoles publics », *Rép. communautaire Dalloz*, n° 196 ; S. RODRIGUES, « Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire », *AJDA*, 2006. 85, spéc. pp. 86-88 ; W. SAUTER, « Services of General Economic Interest and Universal Service in EU law », *EL Rev.*, 2008(2), p. 167, spéc. pp. 174 et s. ; v., également, Communication 2012/C 8/02 de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, préc., pts. 45-53.

[352] TPICE 15 juin 2005, *Olsen/Commission*, T-17/02, Rec. p. II-2031, pt. 216 ; TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a./Commission*, préc., pts. 166-167 ; Trib. UE, 11 septembre 2012, *Corsica Ferries France/Commission*, préc., pt. 56 ; v. K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, « Le rôle du juge de l'union dans l'interprétation des articles 14 et 106, paragraphe 2, TFUE », *Concurrences*, 2011, n° 4, spéc., n°s 15-19.

[353] R. KOVAR, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée ? », *op. cit.*, pp. 232 et s. ; D. TRIANTAFYLLOU, « L'encadrement communautaire du financement du service public », *RTD eur.*, 1999. 21, v. pp. 23 et s.

[354] V., en ce sens, le Livre vert de la Commission sur les services d'intérêt général, 21 mai 2003, (COM(2003) 270 final) : au point 32, la Commission établit des catégories de SIEG qui distinguent le secteur des industrie de réseau des *« autres SIEG »*, dont la protection de l'environnement.

publiques ou privées en rapport avec la protection de l'environnement[355]. De surcroît, la Commission a indiqué qu'elle favoriserait le mouvement de reconnaissance des SIEG dans le domaine environnemental[356], ce qui, du reste, s'inscrit dans la lignée d'une évolution jurisprudentielle consacrant la protection de l'environnement comme un objectif d'intérêt général susceptible de justifier des dérogations aux règles du marché intérieur[357].

163. Ainsi, il ressort de la jurisprudence et de la pratique de la Commission que plusieurs secteurs d'activités peuvent faire l'objet de SIEG environnementaux, mais aussi que cette reconnaissance est souvent progressive et que sa solidité varie selon les secteurs — ce qui n'est guère surprenant dans le contexte de la démarche casuistique des institutions.

164. Les activités environnementales qualifiées le plus tôt et le plus sûrement de SIEG sont certainement celles qui concernent les déchets. Il semble que cette qualification remonte à une pratique ancienne de la Commission[358]. Elle a été réitérée plus récemment[359]. La reconnaissance de SIEG dans ce secteur peut également se prévaloir de fondements jurisprudentiels : ainsi, la Cour, emboîtant le pas de ses avocats généraux[360], a considéré dans un premier arrêt qu'une réglementation en matière de déchets pouvait fonder un SIEG, certes

---

[355] V. P. THIEFFRY, « Les comportements visant à la protection de l'environnement en droit de la concurrence », *Env.*, 2006, n° 10, p. 17, spéc. n° 3 ; G. PARLEANI, « Marché et environnement », *Dr. env.*, 2005, n° 126, p. 52, spéc. pp. 53-54 ; M. TORRE-SCHAUB, « Politiques environnementales et politiques publiques économiques : vers la construction de la notion d'intérêt général environnemental », *in* L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La libéralisation des services d'intérêt économique général en réseau en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 249, spéc. pp. 252 et s.

[356] V. le livre blanc sur les services d'intérêt général, 12 mai 2004 (COM(2004) 374 final), pt. 3.4 : *« [c]onformément à la politique de l'Union en matière de développement durable, il faut également bien prendre en considération le rôle des services d'intérêt général dans la protection de l'environnement, ainsi que les spécificités des services d'intérêt général ayant un rapport direct avec l'environnement »*.

[357] CJCE, 7 février 1985, *Procureur de la République/ADBHU*, 240/83, Rec. 531, pts. 12-13 ; CJCE, 20 septembre 1988, *Commission/Danemark*, dit « bouteilles danoises », 302/86, Rec. p. 4607, pts. 8-9. V., notamment, L. IDOT, « Protection de l'environnement, libre circulation, libre concurrence : bilan de la jurisprudence de la Cour de justice », *LPA*, 2006, n° 119, p. 24, n°s 25 et s. ; N. RUBIO, « Commerce, concurrence et protection de l'environnement en droit communautaire », *in* S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *L'outil économique en droit international et communautaire de l'environnement*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 145, spéc. pp. 156 et s.

[358] Commission européenne, *XXIVème Rapport sur la politique de concurrence (1994)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1995, p. 602 : *« la rémunération offerte aux sociétés d'enlèvement constitue donc la contrepartie du service fourni par ces sociétés sur une base volontaire et dans l'intérêt général »*.

[359] Décision 2005/474/CE de la Commission du 14 décembre 2004, concernant la taxe sur les achats de viande (taxe d'équarrissage) mise à exécution par la France (JO L 176 du 8 juillet 2005, p. 1), pts. 137-138 : le service public de l'élimination des cadavres d'animaux remplissait la première condition *Altmark* du point de vue des avantages accordés aux entreprises d'équarrissage, étant entendu que la Cour ne s'était prononcée que sur les avantages accordés aux éleveurs et abattoirs : CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO*, préc., pt. unique du dispositif ; décision 2006/237/CE de la Commission du 22 juin 2005, concernant les mesures d'aide mises à exécution par les Pays-Bas en faveur d'AVR pour le traitement de déchets dangereux (JO L 84 du 23 mars 2006, p. 37), pt. 79 ; v., antérieurement, décision de la Commission du 11 décembre 2002, Steunmaatregel – N 638/2002 – Nederland Tijdelijke inzamelingsregeling CFK en halonen (C(2002) 4819 final), commentée par W. MEDERER, N. PESARESI, M. VAN HOOF (dir.), *EU Competition Law – Volume IV – State Aid – Book two*, Louvain, Claeys & Casteels, 2008, n° 4–460.

[360] Concl. S. ROZES sous CJCE, 10 mars 1983, *Fabricants raffineurs d'huile de graissage/Inter-Huiles*, 172/82, v. Rec. p. 581 ; concl. M. F. G. JACOBS sous CJCE, 25 juin 1998, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp e.a./Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, C-203/96, pt. 105.

de façon peu explicite[361]. Ultérieurement, cette solution a été admise beaucoup plus clairement, la Cour ayant jugé que des missions de traitement des déchets imparties à certains opérateurs visaient à résoudre un *« problème environnemental »*, et que *« la tâche de traiter les déchets de chantier produits dans [une] commune »* et *« l'obligation de recevoir ces déchets et de les traiter aux fins de leur réutilisation »*[362] étaient constitutifs d'une mission d'intérêt général.

165. Les activités dans le secteur de l'énergie peuvent également faire l'objet d'un SIEG environnemental, dans la mesure où il est question d'énergie SER et d'économies d'énergie. La reconnaissance jurisprudentielle a là encore été progressive et elle reste moins franche que pour les déchets. Dans deux arrêts, la Cour est restée prudente, admettant toutefois que des charges et des réglementations, spécialement imposées à des entreprises pour des motifs de protection de l'environnement, pourraient être prises en compte pour admettre la présence d'un SIEG[363]. Cette position a été plus ferme dans un arrêt ultérieur, où la Cour a souligné qu'un mécanisme de financement, compensant des investissements en faveur de la protection de l'environnement effectués par des entreprises actives dans le secteur de l'énergie, était susceptible d'être envisagé à la lumière de l'arrêt *Altmark*[364].

166. Le traitement des déchets et l'énergie SER, dont on a jusqu'à présent discuté, sont des activités environnementales généralement identifiées comme des SIEG dans la doctrine[365]. Il est possible de compléter cette liste par un exemple qui illustre également le caractère évolutif de la notion dans le domaine environnemental : celui d'une décision de la Commission relative à la conservation des zones naturelles. Dans cette décision, la Commission était confrontée à des mesures par lesquelles un État membre accordait des sommes d'argent à des

---

[361] CJCE, 25 juin 1998, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp e.a./Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, C-203/96, Rec. p. I-4075, pts. 65-67.

[362] CJCE, 23 mai 2000, *Sydhavnens Sten & Grus*, C-209/98, Rec. p. I-3743, pts. 75-76 ; obs. C. HUMPE, *RDUE*, 2000, n° 2, p. 439 ; obs. L. IDOT, M. PIETRI, *Europe*, 2000, n° 7, comm. n° 218 et comm. n° 207 ; obs. N. NOTARO, *EELR*, 2000, n° 11, p. 304, spéc. p. 311.

[363] CJCE, 27 avril 1994, *Gemeente Almelo e. a./Energiebedrijf IJsselmij*, C-393/92, Rec. I-1508, pt. 49 ; v. concl. M. DARMON, sous cet arrêt, pts. 162-166 ; CJCE, 23 octobre 1997, *Commission/France*, C-159/94, Rec. p. I-5815, pt. 71 ; v. S. BRACQ, « Droit communautaire matériel et qualification juridique : le financement des obligations de service public au cœur de la tourmente », *RTD eur.*, 2004. 33, v. pp. 48 et s.

[364] CJCE, 17 juillet 2008, *Essent Netwerk Noord e.a.*, C-206/06, Rec. p. I-5497, pts. 7 et s., spéc. pts. 10 et 21, et pts. 78-86. ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2008, n° 10, comm. 329.

[365] W. MEDERER, N. PESARESI, M. VAN HOOF (dir.), *EU Competition Law – Volume IV – State Aid – Book two*, *op. cit.*, n°s 4–459-4–469 ; N. DE SADELEER, *Le droit communautaire et les déchets*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1995, v. pp. 16 et s. ; du même auteur, *Environnement et marché intérieur*, Commentaire J. Mégret 3ème éd., ÉUB, 2010, n°s 361-368 ; M. TORRE-SCHAUB, « Politiques environnementales et politiques publiques économiques : vers la construction de la notion d'intérêt général environnemental », *op. cit.* ; P THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 955-960 et 982-988 ; T. M. RUSCHE « The Production of Electricity from Renewable Energy Sources as a Public Service Obligation », *JEEPL*, 2006, n° 6, p. 476.

entités chargées de la conservation de zones naturelles. Elle a noté que cette activité n'avait jamais été qualifiée de SIEG auparavant, mais avait immédiatement souligné qu'il ne s'agissait pas d'un obstacle à cette consécration puisqu'il revenait aux États membres de définir des obligations de service public et de proposer des qualifications juridiques[366]. Elle a également précisé que sa pratique avait vocation à tenir compte du contexte de l'évolution des services publics dans l'Union et que, de ce point de vue, la protection de l'environnement devenait une préoccupation dont il fallait tenir compte en particulier[367]. Après avoir admis que la conservation des milieux naturels et des sites d'une valeur naturelle exceptionnelle pour les générations à venir poursuivait l'intérêt de la société dans son ensemble et qu'elle était caractéristique des fonctions assurées par l'État, elle a reconnu l'existence d'un SIEG[368]. De cette décision, la Commission a tiré un précédent, considérant à nouveau dans une décision ultérieure que la gestion des zones protégées relevait du régime des SIEG[369].

167. Il est donc possible que les propositions des États membres, qualifiant de SIEG des activités économiques ayant pour objet de contribuer à protéger l'environnement, soient admises par les institutions de l'Union. L'indétermination de cette notion n'est guère vecteur de sécurité juridique. Elle a toutefois le mérite de maintenir, sur le principe, la liberté des États membres dans la définition des objectifs qu'ils entendent réaliser par le moyen d'obligations de service public, en laissant ouverte la possibilité d'apprécier des hypothèses inédites. Il y a là, en puissance, une possibilité pour les États membres de faire échapper certaines mesures environnementales au champ de l'article 107 TFUE.

168. Ceci étant, cette simple constatation ne préjuge nullement du résultat final des opérations de contrôle des institutions et, tout particulièrement, du résultat de l'application de l'ensemble des critères posés par l'arrêt *Altmark*. Or, une étude plus approfondie de l'application de ces critères amène à un second constat : il reste bien difficile de cerner les effets concrets de la notion de SIEG en droit des aides d'État dans le domaine environnemental. On rejoint alors le constat des limites des critères formalisés.

---

[366] Décision de la Commission du 2 juin 2009, State aid NN 8/2009 – Germany – Nature conservation areas (C(2009) 5080 final), pts. 55-56.
[367] *Ibid*., pts. 56-57.
[368] *Ibid*., pt. 58.
[369] Décision de la Commission [non datée], State aid SA.31243 (N 308/2010) – Subsidy scheme for acquisition of land for nature conservation (C(2011) [non référencée]), spéc. pt. 23.

II) Les limites des critères formalisés

169. La jurisprudence et la pratique de la Commission ont abouti à l'élaboration de certains critères de définition de la notion d'aide qui semblent à la fois stables et bien définis. Il n'en reste pas moins que ces critères formalisés eux-mêmes connaissent certaines limites, de sorte qu'ils favorisent, à leur mesure, l'indétermination de la notion d'aide. Tout d'abord, la jurisprudence a posé des critères formalisés pour définir les conditions de l'exclusion du financement des charges d'intérêt général du champ du droit des aides d'État qui rendent parfois problématique la détermination de ce champ (A). Par ailleurs, alors que la Commission et la jurisprudence font référence au critère du contrôle étatique des ressources pour apprécier la réalisation de la condition de l'utilisation de ressources d'État, ce dernier critère révèle parfois ses limites (B).

A) Les limites des critères formalisés relatifs à la compensation des charges d'intérêt général

170. Dans les développements qui précèdent, il a été constaté que la notion même de SIEG souffrait d'une importante indétermination. Une étude plus poussée de la jurisprudence et de la pratique de la Commission a néanmoins permis d'identifier certaines activités économiques relatives à la protection de l'environnement qui ont été qualifiées de SIEG par les institutions de l'Union. Ces précédents peuvent être considérés comme autant de phénomènes de concrétisation aboutie de la notion de SIEG. Il semble donc justifié de les considérer comme des éléments formalisés de qualification : les activités relatives au traitement des déchets, à la production d'énergie SER et à la gestion des zones naturelles ont vocation a être érigées au rang de SIEG. Par ailleurs, ces qualifications permettent de soutenir, dans l'absolu, que les transferts de ressources constituant la juste compensation des charges d'un SIEG environnemental peuvent échapper au droit des aides d'État. Cependant, elles n'indiquent pas quelle est l'importance concrète de cette dérogation. Il est nécessaire pour cela de vérifier l'application pratique de l'ensemble des conditions de l'arrêt *Altmark* qui déterminent précisément le champ des mesures de compensation des charges d'un SIEG.

171. Au regard de ces précisions, il est possible de croiser l'étude des précédents indiquant quelles activités ont vocation à être qualifiées de SIEG et l'analyse des critères de l'arrêt Altmark, afin de déterminer de façon plus aboutie les effets de la notion de SIEG sur celle d'aide d'État.

172. À cet égard, rappelons, en application de l'arrêt *Altmark*, qu'une compensation des charges d'un SIEG échappe au droit des aides d'État à la condition que l'entreprise bénéficiaire soit effectivement chargée de l'exécution d'obligations de service public clairement définies ; que les paramètres sur la base desquels la compensation est calculée soient préalablement établis de façon objective et transparente ; qu'elle ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public ; et que, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire soit déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations[370].

173. D'emblée, notons que la protection de l'environnement confirme l'opinion généralement admise[371] selon laquelle les trois dernières de ces conditions sont extrêmement rigoureuses. Par exemple, certaines activités comme le traitement de déchets dangereux peuvent impliquer le recours à des installations à ce point spécifiques qu'elles sont uniques sur le territoire d'un État. Cela rend complexe l'application de la quatrième condition *Altmark*, puisque la procédure de marché public est rendue inutile et que la définition d'une « entreprise moyenne » aux fins d'une comparaison devient particulièrement artificielle[372]. De surcroît, l'élaboration de critères de sélection des bénéficiaires d'un programme d'aide qui privilégient les considérations environnementales risque de se heurter à la rationalité économique sous-jacente à la jurisprudence de la Cour qui vise à assurer, avant tout, que la gestion soit assurée au plus faible coût pour la société[373]. Cette considération est illustrée par un arrêt très récent du Tribunal : il a jugé qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte de la paticularité des préoccupations environnementales en application du quatrième critère *Altmark*, ni même d'admettre une relative souplesse à l'occasion du contrôle[374].

---

[370] CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*, préc., pts. 89-93.

[371] J. DE BEYS, « Aide d'État et financement des services publics », *JTDE*, 2006, n° 125, p. 1, v. p. 2 ; M. DONY, « Les compensations d'obligations de service public », *in* M. DONY, C. SMITS (dir.), *Aides d'État*, *op. cit.*, p. 109, v. pp. 137-139 ; L. IDOT, « Concurrence et services d'intérêt général – Bref bilan des évolutions postérieures au traité d'Amsterdam », *op. cit.*, v. pp. 53-34 ; A. SINNAEVE, « State Financing of Public Services : The Court's Dilemma in the Altmark Case », *op. cit.*, p. 358.

[372] Décision 2006/237/CE de la Commission du 22 juin 2005 concernant les mesures d'aides mises à exécution par les Pays-Bas en faveur d'AVR pour le traitement de déchets dangereux (JO L 84 du 23 mars 2006, p. 37), pt. 73 ; obs. T. SEINEN, *CPN*, 2005, n° 3, p. 97.

[373] Décision de la Commission [non datée], State aid SA.31243 (N 308/2010), préc., pts. 25-29 ; décision de la Commission du 2 juin 2009, State aid NN 8/2009, préc., pts. 63-66.

[374] Trib. UE, 12 septembre 2013, *Allemagne/Commission*, T-347/09, non encore publié au Recueil, pts. 74 et s.

174. Toutefois, ces remarques permettent seulement de montrer que les hypothèses de juste compensation des charges de SIEG emportant l'inapplication de l'article 107 TFUE seront assez rares, en application des trois derniers critères de l'arrêt *Altmark* dont la précision est assez évidente. En revanche, l'étude du premier de ces critères révèle pleinement l'indétermination des conditions d'application de la notion de SIEG. Elle conduit à nuancer fortement les propositions doctrinales qui simplifient sans doute exagérément l'étude du champ des SIEG environnementaux[375] : une activité d'amélioration de l'état de l'environnement dont les qualités sont, *prima facie*, potentiellement caractéristiques d'un service public ne sera pas nécessairement qualifiée de SIEG, bien au contraire.

175. En application du premier critère *Altmark*, il ne suffit pas qu'une activité économique poursuive un objectif d'intérêt général pour échapper au droit des aides d'État. Elle doit avoir été effectivement chargée d'une mission de SIEG par un acte de l'État et celui-ci doit définir clairement les obligations constitutives d'une mission d'intérêt général[376]. En matière environnementale, la jurisprudence et la pratique confirment que cette condition est de plus en plus étroitement vérifiée[377]. La qualification de SIEG, bien qu'elle soit admise pour certains secteurs d'activité peut, néanmoins, être rejetée en raison du manque de précision des obligations de service public.

176. Les meilleurs exemples à cet égard se trouvent dans des affaires relatives aux activités de production et de fourniture d'énergie. Les problèmes que posent la condition de la définition d'obligations précises de service public semblent avoir été posés assez tôt par la Cour : dans un arrêt déjà ancien, elle a refusé que des obligations environnementales pesant sur des entreprises dans le secteur de l'énergie puissent être prises en compte pour apprécier si certaines d'entre elles étaient investies d'une mission particulière d'intérêt général, au prétexte qu'elles n'étaient pas spécifiques à ces entreprises. En effet, selon la Cour, les obligations découlant de préoccupations environnementales doivent, pour constituer une mission d'intérêt général, présenter un lien avec l'objet du SIEG en cause et qu'elles visent

---

[375] Il a ainsi pu être soutenu, il y a quelques temps déjà, que *« les entreprises à qui sont confiées des tâches de protection de l'environnement (gestion des déchets, traitement de l'eau etc.) seront généralement considérées comme fournissant un service d'intérêt économique général » :* D. GERADIN, « EC Competition Law and Environmental Protection : Conflict or Compatibility ? », *YEEL*, vol 2, OUP, 2002, p. 117, spéc. pp. 142-143.

[376] CJCE, 21 mars 1974, *BRT*, 127/73, Rec. p. 313, pt. 20 ; CJCE, 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro*, 66/86, Rec. p. 803, pt. 55 ; TPICE, 13 juin 2000, *EPAC/Commission*, T-204/97 et T-270/97, Rec. p. II-2267, pt. 126 ; CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*, préc., pt. 89 ; TPICE, 15 juin 2005, *Olsen/Commission*, préc., pt. 186 ; TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a./Commission*, T-289/03, préc., pt. 181.

[377] En ce sens, L. IDOT, « L'intérêt général, limite ou pierre angulaire du droit de la concurrence ? », *JTDE*, 2007, n° 142, p. 225, spéc. n°s 24-27.

directement à contribuer à la satisfaction de cet intérêt, ce qui n'était pas le cas en l'espèce[378]. Des considérations du même ordre peuvent être trouvées, plus récemment, dans la pratique de la Commission : celle-ci a apprécié sur le seul terrain de l'article 107 TFUE certaines mesures étatiques en faveur de la protection de l'environnement qui concernaient les producteurs d'électricité SER et les centrales à cogénération, tandis que l'article 106 TFUE n'était mobilisé que pour les mesures en faveur d'une centrale soumise à des obligations de sécurité d'approvisionnement en électricité[379], ce qui peut être justifié, par l'absence de définition claire des obligations de service public environnemental[380]. De façon plus explicite, la Commission a rejeté la qualification de SIEG au sujet d'accords sur la production d'électricité conclus entre un État et certaines entreprises, en considérant notamment que les obligations liées à la protection de l'environnement qui découlaient de ces accords ne se distinguaient pas de celles qui s'imposaient à toute activité de production industrielle, de sorte qu'elles s'apparentaient plus à des règles environnementales d'application générale qu'aux obligations spéciales caractéristiques d'un SIEG[381].

177. En bref, si, dans l'absolu, il peut exister des SIEG environnementaux ayant pour objet la production d'énergie SER et les économies d'énergie, cette qualification est souvent refusée en pratique[382]. Dans ce secteur, où les obligations de service public tiennent avant tout à des exigences de sécurité et de continuité de l'approvisionnement, d'universalité et d'égalité de traitement des utilisateurs, les obligations environnementales ne sont pas facilement constitutives d'obligations de service public. Ainsi, l'application concrète des conditions

---

[378] CJCE, 23 octobre 1997, *Commission/France*, préc., pts. 68-70 ; v. R. KOVAR, « La fée électricité : plus de lumière sur les articles 37 et 90 du traité CE », *Europe*, 1997, chron. n° 12, p. 3. V., dans le même sens, communication 2011/C 52/03 de la Commission, aide d'État C 32/10 (ex N 520/09) Projet environnemental concernant la centrale électrique de Delimara, Invitation à présenter des observations en application de l'article 108, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JO C 52 du 18 février 2011, p. 3), pt. 87 ; étant entendu que la procédure a été abandonnée au sujet de cette mesure : décision de clore la procédure formelle d'examen après retrait par l'État membre — Aide d'État — Malte (Articles 107 à 109 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) — Communication de la Commission conformément à l'article 108, paragraphe 2, du TFUE — Retrait de notification — Aide d'État SA.29427 [C 32/10 (ex N 520/09)] — Projet environnemental concernant la centrale électrique de Delimara (JO C 278 du 14 septembre 2012, p. 4)

[379] Décision 2007/580/CE de la Commission du 24 avril 2007, concernant le régime d'aides d'État mis en œuvre par la Slovénie dans le cadre de sa législation relative aux producteurs d'énergie qualifiés — Aide d'État C 7/2005 (JO L 219 du 24 août 2007, p. 9), pts. 82 et s.

[380] La Commission expliquait en effet que, au stade de l'ouverture de la procédure de contrôle, elle n'avait pas été en mesure, pour la plupart des bénéficiaires, de définir d'une manière suffisamment précise le service d'intérêt économique général qui leur aurait été confié : *ibid*., pt. 17.

[381] Décision 2009/287/CE de la Commission du 25 septembre 2007, concernant l'aide d'État accordée par la Pologne dans le cadre d'accords d'achat d'électricité à long terme et l'aide d'État que la Pologne prévoit d'accorder dans le cadre de compensations versées en cas de résiliation volontaire d'un accord d'achat d'électricité à long terme (JO L 83 du 28 mars 2009, p. 1), pts. 230 et 241.

[382] V., en ce sens, C. JONES (dir.), *EU Energy Law – Volume II – EU Competition Law and Energy Markets*, 3ème éd., Louvain, Claeys & Casteels, 2011, nos 5–396-5–412 ; T. M. RUSCHE « The Production of Electricity from Renewable Energy Sources as a Public Service Obligation », *op. cit.*, spéc. pp. 496-497.

Altmark fait que la perspective d'une description claire des activités environnementales qualifiables de SIEG s'éloigne.

178. Pour conforter cette dernière proposition, les meilleurs exemples se trouvent certainement dans les affaires concernant les activités de traitement de déchets qui peuvent, rappelons-le, faire l'objet d'un SIEG selon la jurisprudence. Dans ce secteur, il apparaît tout d'abord que la Commission peut faire prévaloir sa propre conception de ce qu'est une activité d'intérêt économique général. Elle considère ainsi que cette qualification peut être admise lorsque la mesure en cause vise à favoriser l'élimination par une entreprise de déchets produits par d'autres personnes, mais qu'elle serait sans objet lorsqu'il est question de mesures accordées aux entreprises qui produisent elles-mêmes des déchets[383]. Elle la refuse, par ailleurs, lorsqu'il lui paraît douteux que le service en cause réponde à une défaillance du marché[384].

179. Toutefois, il est plus troublant de remarquer que même des activités très spécifiques de traitement des déchets qui semblaient devoir relever de la notion de SIEG au regard de la jurisprudence ne sont pas nécessairement envisagées de cette manière en pratique. À cet égard, la question du financement accordé par l'État français aux entreprises de traitement des huiles usagées semble particulièrement significative. Dans l'arrêt *ADBHU*, certes assez ancien, la Cour avait jugé que les indemnités accordées aux entreprises de récupération et de traitement des huiles usagées n'étaient pas des aides d'État car elles apparaissaient comme la contrepartie de leurs prestations[385]. Cet arrêt, mobilisé de façon déterminante comme précédent dans les motifs des arrêts *Ferring*[386] et *Altmark*[387] de la Cour, est parfois considéré par la doctrine comme annonçant, avant l'heure, l'approche dite 'compensatoire' choisie par la Cour au sujet du financement SIEG[388]. C'est ce qui a amené certains auteurs, assez

---

[383] V. décision de la Commission du 22 juin 2005 concernant les mesures d'aide mises à exécution par les Pays-Bas en faveur d'AVR pour le traitement de déchets dangereux, préc., pt. 83. La Commission refuse également cette qualification lorsque le service de traitement des déchets n'a pas un caractère général, mais profite uniquement à certains secteurs d'activité : A. T. SEINEN, « Waste treatment, recycling and state aid », *CPN*, 2002, n° 1, p. 87, spéc. p. 88 ; il n'est pas certain, toutefois, que cette pratique soit conforme à la jurisprudence : bien qu'un SIEG n'a pas pour objet de servir des intérêts privés, cette qualification ne saurait être refusée au seul motif qu'un service ne bénéficie qu'à un groupe relativement restreint d'utilisateurs : TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a./Commission*, préc., pts. 178 et 187.

[384] Décision 2003/814/CE de la Commission du 23 juillet 2003, relative à l'aide d'État C 61/2002 que le Royaume-Uni envisage d'accorder à une installation de recyclage de papier journal dans le cadre du programme WRAP (JO L 314 du 28 novembre 2003, p. 26), pts. 94-101. Du reste, dans cette affaire, l'État membre en cause lui-même n'avait pas invoqué le bénéfice de la dérogation de l'article 106, paragraphe 2, TFUE.

[385] CJCE, 7 février 1985, *Procureur de la République/ADBHU*, 240/83, Rec. 531, pt. 18.

[386] CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring*, C-53/00, Rec. p. I-9067, pt. 26.

[387] CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*, préc., pt. 85.

[388] V., par exemple, M. MEROLA, C. MEDINA, « De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics ? », *op. cit.*, pp. 657-658.

logiquement, à ériger la récupération et le traitement des huiles usagées en exemple de SIEG environnemental[389].

180. Toutefois, deux décisions de la Commission[390] qui se sont prononcées ultérieurement sur le financement du système de récupération et de traitement des huiles usagées ne vont finalement pas dans ce sens. En l'espèce, il était allégué que l'indemnisation des entreprises de ramassage des huiles usagées répondait à une défaillance du marché et qu'elle se fondait sur un système d'agrément administratif associé à des obligations de ramassage[391], ce qui aurait pu justifier une analyse au regard du régime des SIEG. Or, la Commission ne s'est pas aventurée sur ce terrain. Certes, elle a considéré que la quatrième condition *Altmark* n'était pas remplie[392] ce qui pourrait donner l'impression qu'elle avait bien envisagé l'application de la notion de SIEG. Néanmoins, le fait que cette condition ne soit pas remplie signifie en principe que la mesure est une aide, sa compatibilité pouvant toujours être appréciée en application du régime des SIEG[393]. Or, la Commission, arguant d'un précédent, a refusé également toute analyse fondée sur le paragraphe 2 de l'article 106 TFUE[394]. Elle a ainsi soutenu qu'il *« n'[était] pas nécessaire d'analyser la question de savoir si le ramassage peut être qualifié de service d'intérêt économique général dans le sens de l'arrêt Altmark »*[395]. C'est bien, en soi, le régime des SIEG qui est ici rejeté.

181. Ces dernières considérations paraissent soulever les obstacles les plus importants : elles excluent l'idée qu'une activité environnementale que l'on pourrait croire éligible relèvera effectivement et en toute hypothèse de la notion de SIEG. Ajoutons que le cas du traitement des déchets n'est pas un exemple isolé. Si le secteur du traitement de l'eau peut lui aussi faire l'objet d'un SIEG selon la Commission[396], certaines décisions montrent que les

---

[389] V., par exemple, P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 982-983 ; N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, *op. cit.*, n° 363, étant précisé que cet auteur se fonde pour cela sur les conclusions de l'avocat général dans une affaire antérieure.

[390] Décision de la Commission du 8 novembre 2006, Aide d'État N 216/2006 – France – Indemnisation des ramasseurs agréés d'huiles usagées (C(2006) 5290 final) ; décision de la Commission du 7 juillet 2007, Aide d'État N 217/2006 – France – Soutien à la régénération d'huiles usagées noires (C(2007) 297 final).

[391] Décision de la Commission du 8 novembre 2006, Aide d'État N 216/2006, préc., pts. 2 et s., spéc. pts. 5-8 et 11-16.

[392] *Ibid.*, pts. 21-23 ; dans la décision de la Commission du 7 juillet 2007, Aide d'État N 217/2006, préc., la Commission ne mentionne même pas le régime des SIEG au stade de la qualification de la mesure.

[393] V. encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public (JO C 297 du 29 novembre 2005, p. 4), pts. 1-2, qui était applicable *ratione temporis*.

[394] Décision de la Commission du 8 novembre 2006, Aide d'État N 216/2006, préc., pt. 26 ; décision de la Commission du 7 juillet 2007, Aide d'État N 217/2006, préc., pts. 24 et s.

[395] Décision de la Commission du 8 novembre 2006, Aide d'État N 216/2006, préc., pt. 23.

[396] Décision 82/371/CEE de la Commission du 17 décembre 1981, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/29.995 – Navewa – Anseau) (JO L 167 du 15 juin 1982, p. 39), spéc. pt. 65.

aides dans ce secteur sont souvent contrôlées sans faire application de cette notion[397]. Il est possible de tirer des conclusions similaires des décisions qui concernent la gestion des zones naturelles[398].

182. Ces possibles glissements peuvent être liés au contexte dans lequel les décisions commentées ont été rendues et, notamment, aux choix stratégiques des acteurs, au premier chef les États membres qui peuvent ne pas soulever l'exception du SIEG pour des motifs divers. *In fine*, il est possible qu'il y ait là une source d'économie de motifs, tant pour les États que pour les institutions de l'Union, puisque, quand bien même une activité correspondrait à une mission d'intérêt économique général de protection de l'environnement soumise à des obligations de service public clairement définies, il faut, en tout état de cause, la réunion des trois autres conditions *Altmark* pour que son financement par l'État échappe au champ de l'encadrement.

183. Il n'en demeure pas moins qu'un véritable problème de frontière rend fort hasardeuse toute tentative de description claire et définitive de l'étendue de la catégorie de SIEG environnemental. Les contraintes procédant de la condition de la précision des obligations de service public, mais aussi l'indétermination de la notion elle-même, ressortent pleinement de la pratique — ce qui était peut-être prévisible[399]. En fin de compte, ces dernières remarques limitent fortement l'intérêt de l'identification casuistique des SIEG environnementaux précédemment effectuée.

184. Au vu de l'ensemble de ces considérations, il apparaît que les cas de juste compensation des charges d'un SIEG environnemental restent limités. C'est peut-être l'utilité pratique de la notion qui en est la cause : tout laisse à croire que la Commission, du moins à ce jour, ne considère pas que la notion de SIEG est la plus appropriée pour apprécier les aides

---

[397] Décision de la Commission du 4 février 2003, Aide d'État N 493/02 – France – Aides à la gestion de l'eau (C(2003) 93) ; décision de la Commission du 2 juin 2004, Aide d'État N443/2003 – Belgique – Eaux de deuxième circuit (C(2004) 1356 final), spéc. p. 5 ; décision de la Commission du 22 mars 2010, Aide d'État N 316/2009 – France – Régime cadre des aides en faveur de la protection de l'environnement mises en œuvre par les Agences de l'eau (C(2010) 1945)) ; v., à ce sujet, D. GADBIN, « Le service de distribution de l'eau face au droit communautaire », *in* R. KOVAR, D. SIMON (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché – T I*, *op. cit.*, p. 305.

[398] Ainsi, dans la décision de la Commission du 20 avril 2011, State aid SA.31494 (N 376/2010), préc., les mesures en cause sont appréciées sur la base de l'article 107 TFUE, tandis que dans la décision de la Commission [non datée], State aid SA.31243 (N 308/2010), préc., elles le sont sur le fondement du paragraphe 2 de l'article 106 TFUE. Alors que les premières consistaient en des subventions visant à maintenir la bonne gestion des zones de conservations naturelles, et que les secondes consistaient en des aides à l'acquisition de terrains aux fins de conservation des espaces naturels, il n'y a pas d'éléments permettant de comprendre la différence entre les fondements retenus par la Commission, sauf à constater que, dans la deuxième décision — qui est postérieure à la première qu'elle mentionne —, l'État néerlandais à invoqué le régime des SIEG.

[399] E. GROMNICKA, « Services of General Economic Interest in the State Aids Regime : Proceduralisation of Political Choices ? », *European Public Law*, 2005, n° 3, p. 429, spéc. pp. 454-456.

à l'environnement[400]. Cette pratique pourrait contribuer à l'indétermination de la notion de SIEG.

185. Pour autant, il n'est pas certain qu'une définition aboutie d'un critère emporte automatiquement une plus grande sécurité juridique. Dans certaines hypothèses, les critères formalisés peuvent aussi montrer leurs limites.

B) Les limites de la signification du critère du contrôle étatique des ressources

186. Ainsi que de précédents développements l'on souligné[401], la Commission a utilisé très largement le critère du contrôle étatique des ressources pour vérifier si la condition de l'utilisation de ressources d'État était remplie par les mesures de protection de l'environnement qu'elle a appréciées. Faire ce constat n'empêche pas de s'attacher, par ailleurs, à une analyse plus approfondie des possibles imperfections de ce critère. En effet, il n'est pas certain qu'il soit totalement dépourvu d'ambiguïtés.

187. Avant de formuler une critique sur le critère du contrôle étatique des ressources, précisons, d'emblée, sa portée : il ne s'agit pas de remettre en cause, en soi, la démarche de la Cour et de la Commission visant à éviter que les États membres recourent à des mécanismes parafiscaux ou s'appuient sur les entreprises sous leur contrôle pour mettre en place des stratégies de contournement du droit des aides d'État. Cette démarche est compréhensible, une rigueur excessive dans l'interprétation de l'article 107 TFUE risquant de vider cette règle de sa substance. Il ne s'agit pas non plus de dénoncer la portée de l'arrêt *PreussenElektra*, qui paraît raisonnable, ainsi que cela est justifié par la suite. L'objet de la critique porte uniquement sur un aspect précis : le critère du contrôle ne paraît pas apte à faire le départ, de façon parfaitement claire et convaincante, entre les mesures qui utilisent des ressources d'État et celles qui échappent au champ de l'encadrement, assignant ainsi des frontières claires à la notion d'aide d'État. Elle nécessite quelques rappels et remarques préalables.

188. Tout d'abord, il est important de noter que dans les arrêts *PreussenElektra* et *GEMO* ainsi que dans les décisions jusqu'ici étudiées, le point commun entre les mesures environnementales en cause est que les transferts de ressources qu'elles organisent ne proviennent pas directement du trésor public. Qu'il s'agisse d'obligations d'achat ou de prélèvements obligatoires affectés à un fonds, le cas échéant administrés indirectement, ces

---

[400] C'est ce qui a pu être soutenu il y a une dizaine d'années par un agent de la Commission : A. ALEXIS, « Protection de l'environnement et aides d'Etat : la mise en application du principe pollueur-payeur », *op. cit.*, p. 635.

[401] V., *supra*, n°s 84 et s.

transferts procèdent de l'organisation par l'État d'obligations de payer, adressées à des personnes privées.

189. Or, ainsi que cela ressort clairement de l'arrêt *Essent*, il y a, parmi ces modalités, celles du type que l'on retrouve dans l'arrêt *PreussenElektra*, qui ne confèrent pas à l'État de pouvoir de contrôle sur les ressources, et celles qui lui confèrent ce pouvoir[402]. La pratique de la Commission, tout particulièrement, enseigne qu'en matière environnementale, les modalités qui confèrent ce pouvoir sont la création par l'État de contributions obligatoires et la maîtrise du fonds qu'elles alimentent[403] ainsi que l'influence sur les décisions d'une entreprise, par la propriété ou par un mandat[404]. Dans sa pratique, la Commission justifie également la portée de ce pouvoir de contrôle : elle soutient en effet que ces modalités transforment, en les canalisant, les ressources privées en ressources d'État avant qu'elles n'atteignent le bénéficiaire, ce qui est valable tant pour les ressources issues d'obligations d'achat[405] que pour les mécanismes parafiscaux et apparentés[406]. En revanche, ainsi que la Commission l'a précisé dans une décision à la motivation très pédagogique, un paiement direct et immédiat fait entre des entreprises privées n'a pas cet effet de « transformation »[407].

190. En dernière analyse, le critère du contrôle repose donc sur des critères visant des modalités par lesquelles l'État exerce un pouvoir légal sur les ressources. Ce dernier définit tant l'origine que la destination des transferts dont ces ressources font l'objet, l'exercice de ce pouvoir ayant pour effet de les transformer en ressources publiques.

---

[402] CJCE, 17 juillet 2008, *Essent Netwerk Noord e.a.*, préc., pts. 72-74.

[403] Décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 504/2000, préc., p. 12 ; décision de la Commission du 23 juillet 2005, State aid N 362/2004, préc., pp. 9 ; décision de la Commission du 4 juillet 2006, State aid NN 162/A/2003 and State aid N 317/A/2006, préc., pt. 56 ; décision de la Commission du 4 juillet 2006, State aid NN 162/B/2003 and State aid N 317/B/2006, préc., pt. 35 ; décision 2007/580/CE de la Commission du 24 avril 2007 — Aide d'État C 7/2005, préc., pt. 69 ; Décision de la Commission du 4 janvier 2007, State aid N 418/2006, préc., p. 14 ; décision de la Commission du 14 avril 2010, State aid N 94/2010, pt. 66.

[404] Décision de la Commission du 4 juillet 2006, State aid NN 162/A/2003 and State aid N 317/A/2006, préc., pt. 50 ; Décision de la Commission du 22 juillet 2009, State aid C 24/2009 (ex-N 446/2008), préc., pts. 42-45; décision 2011/528/UE de la Commission du 8 mars 2011, préc., pt. 69 ; décision de la Commission du 8 février 2012, State aid SA.33384 (2011/N), préc., pt. 70, b).

[405] Décision de la Commission du 4 juillet 2006, State aid NN 162/A/2003 and State aid N 317/A/2006, préc., pt. 50 ; la Commission n'hésite pas à soutenir que la différence entre le prix de marché de l'électricité et le prix d'achat obligatoire de l'électricité constitue une véritable *« taxe sur l'électricité »* : décision 2011/528/UE de la Commission du 8 mars 2011, préc., pt. 68.

[406] Décision de la Commission du 4 juillet 2006, State aid NN 162/A/2003 and State aid N 317/A/2006, préc., pt. 57 ; décision de la Commission du 4 juillet 2006, State aid NN 162/B/2003 and State aid N 317/B/2006, préc., pt. 36 ; dans une moindre mesure, décision 2007/580/CE de la Commission du 24 avril 2007 — Aide d'État C 7/2005, préc., pt. 68.

[407] S'agissant du régime de l'amende libératoire accompagnant un mécanisme de certificats verts, elle déclare, semblant conseiller l'État, qu'*« on peut se demander si le fonds [alimenté par les amendes et dont le produit est distribué en application des conditions prédéfinies par l'État] ne pourrait pas être remplacé par une obligation directe faite aux distributeurs devant payer l'amende de transférer le montant de leur amende libératoire à d'autres distributeurs qui se conforment à leurs obligations. Cela préserverait la nature privée des ressources en cause »* : décision de la Commission du 23 juillet 2005, State aid N 362/2004, préc., p. 10.

191. Or, si l'on prend ce critère du contrôle au sérieux, on voit mal en quoi la réglementation en cause dans l'affaire *PreussenElektra* ne conférait pas à l'État le même pouvoir de contrôle des ressources transférées entre les entreprises que la création d'une taxe parafiscale ou d'un mandat de collecte et de distribution des ressources accordé à une entreprise[408]. En application de l'obligation d'achat en cause dans cet arrêt, des ressources échappaient à des entreprises. Elles n'étaient plus à leur libre disposition, et devaient être versées en application de conditions légales. Pourtant, cette obligation n'a pas le don de 'transformer' des ressources privées en ressources d'État. C'est en cela que le critère du contrôle est ambigu : il ne détermine pas de façon claire et convaincante les réglementations qui emportent utilisation de ressources d'État.

192. Si l'analyse de la pratique de la Commission amène à formuler cette critique, elle permet aussi de corroborer son bien fondé. En effet, l'arrêt *PreussenElektra* a visiblement déstabilisé la Commission. Dans une décision rendue quelques mois seulement après cet arrêt, cette dernière a tout bonnement décidé qu'elle n'était pas en mesure de qualifier la taxe parafiscale en cause[409] au motif qu'elle s'apparentait à une obligation légale pesant sur les consommateurs d'acheter l'électricité à des prix minimaux fixés — alors qu'il n'est guère douteux qu'une telle mesure serait aujourd'hui qualifiée d'aide. Dans une décision ultérieure, elle a relevé que les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Stardust* pourraient valider un critère du contrôle, mais s'est à nouveau abstenue de qualifier la mesure en cause tant que la Cour ne s'était pas prononcée[410]. On pourrait croire que cette position est anecdotique. Toutefois, un certain nombre de décisions indiquent précisément le contraire. Lorsqu'a été évoquée précédemment[411] la pratique relative à des mesures organisant des paiements entre personnes privées qui échappaient au droit des aides en vertu de l'arrêt *PreussenElektra*, il n'a pas été mentionné qu'en réalité, ces décisions n'ont pas abouti à des conclusions définitives sur la qualification des mesures en cause. La Commission n'a fait que prendre position sur ce

---

[408] On rejoint ici des observations faites plus généralement : A. COLIN-GOGUEL, « Le caractère public d'un avantage en droit communautaire : après les arrêts PreussenElektra et Stardust », *CPN*, 2003, n° 3, p. 26, spéc. p. 31 ; obs. J. B. CRUZ, F. CASTILLO DE LA TORRE sur CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, préc., *EL Rev.*, 2001, p. 489, v. p. 493 ; C. KOENIG, J. KÜHLING, « EC control of aid granted through State resources », *op. cit.*, pp. 16-17 ; L. RUBINI, « The 'Elusive Frontier' : Regulation under EC State Aid Law », *op. cit.*, pp. 294-295.

[409] Décision de la Commission du 30 octobre 2001, State aid N 6/A/2001 – Ireland – Public Service Obligations imposed on the Electricity Supply Board with respect to the generation of electricity out of peat (C(2001) 3265 final)., pts. 24-27. Cette décision posait également la question du financement d'un SIEG et a été rendue quelques mois avant l'arrêt *Ferring* de la Cour, ce qui a certainement renforcé les hésitations de la Commission.

[410] Décision de la Commission du 15 janvier 2002, State aid N 826/01 – Ireland Alternative Energy Requirements I to IV (C(2002) 5 fin), pts. 37-42. Toutefois, dans la même période, la Commisison a pu conclure à la présence d'une aide malgré des difficultés comparables : décision de la Commission du 15 janvier 2002, State aid N 553/01 – Ireland – Aid to promote renewable energy sources in Ireland (C (2002) 3 fin), pts. 12-15.

[411] V., *supra*, n°s 71 et s. et 84 et s.

qui lui semblait être la qualification appropriée. Très concrètement, elle a considéré que la mesure en cause ne relevait pas, *« en principe »*, de l'actuel article 107 TFUE puis elle a abordé systématiquement la question de sa compatibilité *« au cas où [elle] constituerait néanmoins une aide d'État »*[412]. L'inaboutissement de ces conclusions révèle la prudence, voire le désarroi, de la Commission vis-à-vis de certaines réglementations. Ces hésitations apparaissent comme autant de preuves de l'indétermination de la notion d'aide.

193. Ceci étant, la distinction entre les mesures environnementales qui utilisent des ressources d'État et celles qui n'en utilisent pas existe dans le droit positif. Si le critère du contrôle qui existe en droit positif n'est pas tout à fait satisfaisant, il n'est pas interdit de recourir à une explication théorique.

194. Afin d'envisager une thèse plus satisfaisante que celle du contrôle étatique des ressources pour décrire le champ du droit des aides d'État, il convient de recourir à un critère précis. Le Tribunal semble s'engager dans cette voie en jugeant récemment, à la lumière de l'arrêt *Ladbroke* et de la jurisprudence sur les taxes parafiscales, que *« le critère pertinent afin apprécier l'existence de ressources publiques, quelle que soit leur origine initiale, est celui du degré d'intervention de l'autorité publique dans la définition des mesures en cause et de leurs modalités de financement »*[413]. Toutefois, faute d'une définition fournie par le Tribunal, le critère du « degré d'intervention de l'État » reste très imprécis. C'est la raison pour laquelle il paraît indiqué de proposer un autre critère théorique.

195. L'analyse qui semble la plus précise consiste à conclure que la distinction entre la mesure utilisant des ressources d'État et celle n'utilisant pas de ressources d'État ne se trouve pas dans l'existence d'un transfert de ressources, mais dans la façon dont il est organisé[414]. Il s'agit ainsi de se situer dans la continuité de la pratique de la Commission selon laquelle la canalisation des transferts de ressources transforme ces dernières en ressources d'État,

---

[412] Décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 504/2000, préc., pp. 12 ; décision de la Commission du 25 juillet 2001, Aide d'État N 550/2000, préc., pp. 7 ; décision de la Commission du 28 novembre 2001, Aide d'État N 415/A/01, préc., p. 5 ; décision de la Commission du 23 juillet 2005, State aid N 362/2004, préc., p. 9 ; décision de la Commission du 3 mai 2005, Aide d'État N 608/2004, préc. p. 6 ; décision de la Commission du 4 janvier 2007, State aid N 418/2006, préc., p. 13. Ce n'est que au sujet des mesures subventionnées directement par les consommateurs que la Commission s'est prononcée fermement : décision de la Commission du 24 octobre 2006, Aide d'État N 254/2006, préc., pt. 14. La qualification n'est pas non plus ferme dans la décision 2002/204/CE du 30 octobre 2001, relative au système d'élimination des épaves automobiles mis en œuvre aux Pays-Bas, préc., pt. 71.

[413] Trib. UE, 27 septembre 2012, *France/Commission*, T-139/09, préc., pt. 63 ; Trib. UE, 27 septembre 2012, *Fedecom/Commission*, préc., pt. 52.

[414] K. BACON, « State Aid and General Measures », *op. cit.*, 287-290 ; C. KOENIG, J. KÜHLING, « EC control of aid granted through State resources », *op. cit.*, p. 16 ; D. TAYAR, A. GIRAUD, « L'interprétation du critère de l'emploi de ressources d'État par la Cour de justice : le révélateur d'une lecture formaliste de l'article 87 du Traité CE ? », *op. cit.*, spéc. n°s 45 et 51-52.

pratique qui pourrait être confirmée par la Cour[415]. En effet, il y a au moins deux modalités d'organisation de transferts de ressources par les mesures environnementales de protection de l'environnement qui utilisent des ressources d'État au sens de l'article 107 TFUE. La première est la création par l'État d'un prélèvement obligatoire alimentant un fonds dont l'affectation est définie par la loi. La seconde consiste dans la gestion des ressources par une entreprise publique ou une entreprise privée sous contrôle de l'État.

196. Partant, il semble qu'un critère théorique permettant d'identifier les mesures environnementales utilisant des ressources d'État qui n'ont pas d'impact sur le budget de l'État serait celui de la médiatisation : si l'État interpose un fonds ou une entreprise qu'il contrôle dans les transferts de ressources à destination des entreprises, l'utilisation de ressources d'État est remplie. En revanche, des paiements directs et immédiats entre personnes privées ne remplissent pas la condition de l'utilisation de ressources d'État.

197. Si l'on revient au droit positif, il est vrai que cette distinction peut sembler arbitraire, notamment dans la mesure où les effets des transferts de ressources sur la concurrence, qu'ils soient ou non médiatisés, sont certainement équivalents[416]. Néanmoins, la sécurité juridique, qui doit être assurée par une définition stricte de la notion d'aide, ne doit-elle pas, à un moment ou un autre, amener le juge à poser un critère ferme et définitif ?

198. En tout état de cause, on perçoit bien qu'il existe, à ce jour, quelques zones d'ombre dans la notion d'aide qui sont dues à l'imperfection de certains des critères objectifs employés par les institutions de l'Union. Il ne faut pas pour autant en conclure à une indétermination généralisée. En effet, il est tout à fait possible, au moyen des critères objectifs, de déterminer certaines des limites de l'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement.

Section II) Les limites déterminables

199. À ce stade des développements, deux conclusions s'imposent. Tout d'abord, il apparaît que l'ensemble des instruments des politiques environnementales nationales n'a pas vocation à relever du droit des aides. Par ailleurs, parmi les critères constitutifs de l'aide, l'utilisation

[415] La Cour, analysant le fonctionnement d'un prélèvement privé reposant sur des cotisations, a jugé que celles-ci « conservent leur caractère privé *pendant tout leur parcours* » : CJUE, 30 mai 2013, *Doux Élevages et Coopérative agricole UKL-AREE*, préc., pt. 32, souligné par nous.

[416] K. BACON, *op. cit.*, 287-290 ; D. TAYAR, A. GIRAUD, *op. cit.*, n°s 53 et s.

de ressources d'État est celui qui limite le plus clairement le champ de l'article 107 TFUE[417]. Sur cette base, il semble indiqué d'utiliser cette seconde conclusion pour tenter d'approfondir la première. On peut classer les instruments de la protection de l'environnement, pour distinguer ceux qui relèvent du droit des aides de ceux qui en sont exclus, en construisant des catégories à l'aide du critère de l'utilisation de ressources d'État. L'intérêt de cette démarche est théorique. La catégorisation permet de disposer de notions commodes pour évoquer le champ du droit des aides. De surcroît, elle permet en quelque sorte d'inverser la démarche engagée jusqu'à présent : plutôt que d'évoquer les instruments de la protection de l'environnement pour ce qu'ils apportent aux critères de définition de l'aide, il s'agit de partir du critère de l'utilisation de ressources d'État afin d'étudier ces instruments eux-mêmes, dans leurs qualités intrinsèques. Une classification des instruments de la protection de l'environnement qui paraît pertinente est celle qui distingue les instruments économiques de la protection de l'environnement des autres instruments. L'origine économique de classification appelle une définition précise de la notion d'instrument économique (I). Une fois cette définition posée, il s'agit de démontrer l'utilité de cette notion pour l'étude du droit des aides d'État (II).

I) La définition de la notion d'instrument économique de la protection de l'environnement

200. La catégorie d'instrument économique utilisée aux fins des présents développements n'a pas été élaborée par des juristes mais par des économistes. Une présentation très schématique des travaux en science économique qui sont à l'origine de cette catégorie est donc nécessaire pour bien la comprendre (A) avant d'en proposer une définition opératoire pour parler du contrôle des politiques de l'environnement par le droit des aides d'État (B).

A) Une catégorie issue de la science économique

201. Historiquement, la notion d'instrument économique de la protection de l'environnement est issue de certaines analyses de science économique qui étudient les problèmes d'allocation des ressources naturelles conduisant à la dégradation du milieu naturel

[417] L'incertitude engendrée par la signification du critère du contrôle des ressources et par les revirements dans la qualification des certificats verts reste modeste, de sorte que l'on peut composer avec. En revanche, les conditions de l'avantage et de la sélectivité ne peuvent être envisagées sans tenir compte d'éléments subjectifs, comme il le sera souligné par la suite (v. *infra*, n°s 262 et s.), qui rendent difficile toute tentative de détermination objective de la notion d'aide.

sous l'angle de l'internalisation des externalités négatives. C'est en fonction de la réalisation de cet objectif que ces mêmes analyses ont classé les différents instruments de la protection de l'environnement.

202. Les analyses économiques à l'origine de la notion d'instrument économique sont issues de l'école néoclassique[418] et, plus particulièrement, d'une branche de celle-ci, l'économie du bien-être. Celle-ci définit un état désirable à atteindre, l'optimum de Pareto, compris comme une situation de maximisation du bien-être social des agents économiques, lequel est réduit à l'expression de la satisfaction des agents économiques, en particulier celle du consommateur, par une fonction d'utilité[419].

203. Dans ce cadre conceptuel, deux branches de l'économie, l'économie de l'environnement et l'économie des ressources naturelles, s'attachent tout particulièrement à l'allocation des ressources environnementales. Elles considèrent les richesses procurées par la biosphère comme un stock d'actifs naturels, qui sont autant de ressources rares fournissant un ensemble de biens et de services — ressources alimentaires et énergétiques, assimilation des résidus, *etc*[420].

204. Partant de ce postulat, certains économistes ont décrit une situation d'équilibre de marché assurant l'allocation efficace de ces ressources grâce à un système optimal de prix reflétant correctement leur rareté et leur utilité relatives. Ils ont soutenu que cet équilibre est rompu lorsque les ressources environnementales sont surexploitées et qu'apparaissent des phénomènes de pollution. En ce cas, le prix qui s'établit sur le marché ne reflète plus les coûts réels de production du bien considéré. La surexploitation des ressources et la pollution s'apparentent à un coût hors du marché qui pèse, non pas sur les agents économiques intéressés par les transactions qui en sont à l'origine, mais sur d'autres agents, ou sur la collectivité lorsque les ressources environnementales sont des biens libres. Elles engendrent donc des externalités négatives[421]. Les solutions proposées par ces mêmes économistes pour « internaliser » ces externalités dépendent de l'explication théorique de leur origine. Si l'externalité est appréciée comme un échec de marché, elle justifie la mise en œuvre d'une

---

[418] Sur cette école, v. J.-M. DANIEL, *v°* « Économie (Histoire de la pensée économique) : Théorie néo-classique », *Encyclopaedia Universalis* ; sur les analyses économiques hétérodoxes des questions environnementales, v. B. BÜRGENMEIER, *Economie du développement durable*, 2ème éd., Bruxelles, De Boeck, 2005, pp. 22 et s.

[419] E. BÉNICOURT, *v°* « Microéconomie : Économie du bien-être », *Encyclopaedia Universalis* ; F. LÉVÊQUE, *Économie de la réglementation*, Paris, la Découverte, 2004, p. 7 ; v., également, D. BUREAU, « L'environnement peut-il faire l'objet de régulation économique ? », *in* G. J. MARTIN, B. PARANCE (dir.), *La régulation environnementale*, Paris, LGDJ, 2012, p. 13, spéc. pp. 14-15.

[420] A. VALLÉE, *Économie de l'environnement*, nouvelle éd., Paris, Seuil, 2011, pp. 31 et s.

[421] Étant précisé que d'autre formes de défaillances de marché que les externalités négatives peuvent poser problème en atière environnementale, notamment en ce qui concerne l'accès à l'information.

intervention correctrice de l'État afin de modifier les équilibres de prix pour qu'ils intègrent le coût de la pollution. Si elle est comprise, dans la lignée du théorème de Coase, comme une défaillance dans l'allocation des droits de propriété sur les biens environnementaux, en ce sens que la dégradation de ces derniers est due à leur statut de bien collectif, c'est alors l'appropriation privée de ces biens qui pourrait aboutir à l'utilisation optimale des ressources environnementales car elle permet une négociation entre les agents économiques[422].

205. En tout état de cause, les économistes à l'origine de ces analyses indiquent qu'il s'agirait d'internaliser l'externalité, c'est-à-dire d'intégrer le coûts de la dégradation du milieu naturel dans les mécanismes de formation des prix. De ce point de vue, une donnée qui leur paraît importante lorsqu'ils analysent les instruments des politiques environnementales est la façon dont ils agissent sur ces prix et plus précisément s'ils permettent de les révéler. Il s'agit là d'un critère déterminant lorsque ces économistes distinguent les instruments de première génération des instruments économiques de la protection de l'environnement.

206. En effet, l'économie de l'environnement et l'économie des ressources naturelles ne se sont pas contentées de formuler un schéma théorique permettant d'étudier l'allocation des ressources naturelles en termes d'internalisation des externalités négatives. Elles ont également cherché à prolonger cette analyse par une étude critique des différents instruments au service de la politique environnementale et ce, en fonction de l'objectif d'internalisation qu'elles ont défini, en proposant un enrichissement de la palette des moyens par lesquels l'État assure la protection du milieu naturel.

207. Plus particulièrement, certains économistes recommandent le dépassement des formes traditionnelles des réglementations de la protection de l'environnement. Ils opposent ainsi ces formes traditionnelles, parfois désignées comme instruments réglementaires ou « de première génération », à des instruments de deuxième génération, fréquemment désignés comme des « instruments économiques » de la protection de l'environnement[423]. Les deux catégories permettent l'internalisation des externalités négatives. La distinction tient à la façon dont cette

---

[422] G. ROTILLON, *Économie des ressources naturelles*, nouvelle éd., Paris, La découverte, 2010, pp. 7 et s. ; R. B. STEWART, « The Importance of Law and Economics for European Environmental Law », *YEEL*, vol 2, OUP, 2002, p. 1, spéc. pp. 9 et s. Pour une analyse axée principalement sur les droits de propriété : v. G. BRAMOULLÉ, « Droits de propriété et biens environnementaux », *in* M. FALQUE, M. MASSENET (dir.), *Droits de propriété et environnement*, Paris, Dalloz, 1997, p. 147 ; J.-P. CENTI, « Le prix de l'environnement : une approche par l'analyse économique du droit », *in ibid.*, p. 156 ; cette seconde analyse véhicule parfois d'importants présupposés politiques (v., en particulier, M. FALQUE, « Introduction générale », *in ibid.*, p. 1) sur lesquels nous n'avons pas à nous prononcer.

[423] Cette distinction est fréquemment présentée par les expressions « command and control » et « marked-based » utilisées dans les études en langue anglaise (v., par exemple, R. B. STEWART, *op. cit.*, pp. 9 et s.), en conséquence de quoi les instruments économiques sont parfois appelés « instruments fondés sur le marché ».

internalisation est réalisée, ce qui dépend des effets de ces instruments sur les mécanismes de marché.

208. Schématiquement, les instruments de première génération sont des mesures classiques de police administrative, par lesquelles l'État crée des normes qui interdisent, imposent ou autorisent certains comportements en raison de leurs effets sur l'environnement. En ce sens, les normes de qualité des milieux, de produit, de procédé ou d'émission, les servitudes administratives et les sanctions qui leur sont associées, relèvent de cette catégorie. Si, dans l'esprit de certains économistes, ces instruments ont des mérites, comme leur rôle historique, leur simplicité d'usage ou encore la forte acceptabilité sociale dont ils jouissent, ils présenteraient cependant l'inconvénient d'agir par un système de contrainte bureaucratique et rigide sur les agents. Ces instruments ne s'adapteraient pas aux situations individuelles de ces derniers, ne produiraient pas d'incitation à dépasser le niveau de protection de l'environnement qu'ils prescrivent, et n'interviendraient qu'indirectement sur la formation des prix, laissant caché le coût de la pollution. Les instruments économiques, en revanche, permettraient de mettre un prix sur la pollution. Relèvent concrètement de cette catégorie les mesures dont il est question depuis le début de cette étude : les taxes environnementales, les redevances et prélèvements parafiscaux, les systèmes d'échange de quotas d'émission, les certificats verts, ou encore des mécanismes plus ou moins complexes de subvention. Le point commun de ces instruments est qu'ils permettraient de diffuser un « signal-prix » sur les marchés correspondant au coût de la détérioration de l'environnement, tout en laissant une marge de manœuvre aux opérateurs économiques afin qu'ils adaptent leurs stratégies de production en fonction de cette contrainte quantifiable en argent. Ils agiraient donc moins par la contrainte que par l'incitation. Les instruments économiques sont ainsi supposés emporter une évolution vertueuse tant de l'offre que de la demande vers des biens et services plus respectueux du milieu naturel. De surcroît, ils auraient le mérite de révéler les coûts environnementaux et de parvenir aux objectifs de protection du milieu naturel à un coût moindre que les instruments de première génération, voire même de créer des recettes[424].

209. Cette forme d'intervention pourrait ainsi, dans une certaine mesure, suppléer les réglementations environnementales traditionnellement adoptées par les États, au motif qu'elle

[424] V., en ce sens, M. BACACHE-BEAUVALLET, « Marché et droit : la logique économique du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, 2008/4, n° 127, p. 35 ; D. BUREAU, « Économie des instruments de protection de l'environnement », *Revue française d'économie*, 2005, n° 4, p. 83 ; B. BÜRGENMEIER, *Economie du développement durable*, *op. cit.*, pp. 106 et s. ; V. DAVID, S. MAIRESSE, P. MAITRE, « Le principe du pollueur-payeur : cohérence des outils et pertinence du principe », *in* S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *L'outil économique en droit international et communautaire de l'environnement*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 87, v. pp. 95 et s. ; T. LIBAERT, A.-J. GUÉRIN, *Le développement durable*, Paris, Dunod, 2008, pp. 126-128 ; A. VALLÉE, *op. cit.*, pp. 150 et s.

serait plus conforme que ces dernières à la conception de la rationalité économique définie par l'économie néoclassique. Elle s'inscrirait dans un développement des politiques environnementales qui ne se contenterait pas d'interdire certains comportements, mais chercherait aussi, par une démarche proactive, à gérer au mieux l'environnement en prévenant les dommages qui pourraient lui être causés, ou en rétablissant son état.

210. Ces analyses de science économique construisent les catégories d'instruments de la protection de l'environnement sur la base de critères tels que les contraintes d'information qui pèsent sur les agents économiques ou encore la détermination du prix des externalités négatives qui sont pertinents en cette matière et au regard de sa finalité. Ils doivent cependant être précisés pour savoir en quoi ils peuvent être utiles pour analyser le droit des aides d'État. Cela permet d'aboutir à une définition juridique pertinente de ces catégories.

B) Proposition d'une définition de la catégorie d'instrument économique pertinente en droit des aides d'État

211. Ainsi que le révèlent les affaires environnementales étudiées dans les développements qui précèdent[425], les États membres mettent dans une certaine mesure en pratique les recommandations de la science économique. Ils adoptent en effet des actes juridiques qui créent des taxes environnementales, des mécanismes de certificats verts ou divers autres instruments économiques de la protection de l'environnement. Dès lors, le discours théorique sur le droit ne peut les ignorer ainsi qu'en atteste la doctrine sur le sujet[426].

212. À titre liminaire, il paraît nécessaire de préciser le sens de cette démarche car l'utilité même du recours à la notion d'instrument économique dans les études juridiques a pu être discutée. Certains juristes ont en effet pu émettre des doutes sur la solidité des classifications des instruments de la protection de l'environnement effectuées par les économistes. Des auteurs dénoncent les possibles excès de la distinction entre instrument de première

---

[425] V., *supra*, n°s 71 et s.

[426] V., notamment, J. C. BONGAERTS, « Economic Instruments in German Environmental Policy », *EELR*, 1995, n° 4, p. 103 ; C. LONDON, *Environnement et instruments économiques et fiscaux*, Paris, LGDJ, 2001 ; M. PURDUE, « Les instruments économiques dans la réglementation de l'environnement au Royaume-Uni », *REDE*, 1999, n° 4, p. 391 ; E. DE SABRAN-PONTEVÈS, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, 2007, PUAM, pp. 210 et s. ; H. VEDDER, *Competition Law and Environmental Protection in Europe – Towards Sustainability ?*, Groningen, Europa Law Publishing, 2003, pp. 47-54 ; v., également, G. J. MARTIN, « Environnement et concurrence : approche en droit de l'environnement », *LPA*, 2006, n° 119, p. 15 ; du même auteur, « Les prémisses de la régulation en matière d'environnement : de la police administrative au Livre vert de la Commission européenne du 28 mars 2007 », *in* G. J. MARTIN, B. PARANCE (dir.), *La régulation environnementale*, *op. cit.*, p. 3, spéc. pp. 9-11.

génération et instrument économique[427]. D'autres en ont montré les limites en indiquant, notamment, que la distinction entre incitation pécuniaire et obligation rigide ne tiendrait pas suffisamment compte de la grande variété des normes qui peuvent être permissives ou prohibitives, coercitives ou incitatives, de moyen ou de résultat. L'impression de nouveauté qui accompagne les instruments économiques serait également trompeuse, les instruments économiques étant, au moins partiellement, fondés sur des techniques éprouvées comme les autorisations administratives ou les prélèvements obligatoires incitatifs[428].

213. Si ces critiques paraissent fondées, elles ne s'opposent pas pour autant à une définition de la notion d'« instrument économique de la protection de l'environnement » en droit des aides d'État, car elle ne se situe pas sur le même plan. Les critiques doctrinales concernent les présupposés sur la base desquels certains économistes envisagent le phénomène juridique : les études économiques des outils de la protection de l'environnement auraient tendance à caricaturer la nature des normes, les formes de leurs effets contraignants et les conditions de leur effectivité. Elles tendraient également à voir des réglementations nouvelles là où sont utilisées en réalité des règles qui entrent parfaitement dans les classifications établies par la doctrine juridique, ou à minorer le fait que les instruments économiques reposent toujours sur une intervention unilatérale de l'État au moyen d'actes juridiques[429]. En somme, ces critiques relèvent de la théorie du droit ou, éventuellement, d'une théorie générale des formes des interventions environnementales de l'État. Or, l'ambition de la présente étude est bien plus modeste.

214. Il ne s'agit pas ici de se prononcer sur certaines novations du phénomène juridique lui-même. Les catégories que l'on entend définir n'ont d'utilité qu'en droit des aides d'État. Plus précisément, la notion d'instrument économique sert à dépasser les catégories primaires évoquées jusqu'à présent — taxes environnementales, certificats verts, *etc*. — pour aboutir à une catégorie plus générale qui permet de distinguer entre les instruments de la protection de l'environnement qui relèvent de l'article 107 TFUE et ceux qui n'en relèvent pas. Sans s'avancer sur les développements qui suivent, on peut dès à présent préciser que seuls les

---

[427] Par exemple, s'agissant de la fiscalité environnementale, on a pu s'étonner que le redevable soit *« curieusement supposé échapper aux contraintes unilatérales de l'impôt, et [que] l'État [jouit] en tant que percepteur d'une efficience qui lui est refusée en tant qu'inspecteur des installations classées »* : E. de CROUY-CHANEL, « Esquisse d'une théorie fiscale de l'écotaxe », *op. cit.*, p. 6.

[428] S. MALJEAN-DUBOIS, « Le recours à l'outil économique, un habit neuf pour les politiques environnementales ? », *in* S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *L'outil économique en droit international et communautaire de l'environnement*, *op. cit.*, p. 10, spéc. pp. 19 et s. ; M. BAZEX, « Les instruments du marché comme moyen d'exécution de la politique de l'environnement : l'exemple du système des quotas d'émission de gaz à effet de serre », *in Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1190, spéc. pp. 1193-1197

[429] V., en particulier, S. MALJEAN-DUBOIS, *op. cit*.

instruments généralement désignés en doctrine comme « économiques » sont susceptible de relever du droit des aides d'État. Le recours à cette notion permet donc de disposer d'une classification des instruments des politiques environnementales commode pour décrire le champ de l'article 107 TFUE. Il permet aussi de souligner que le champ concret du droit des aides d'État n'est pas seulement fonction de la définition de la notion d'aide, mais aussi des choix nationaux quant aux formes des instruments des politiques environnementales[430].

215. La notion d'instrument économique a ainsi le mérite de situer l'étude dans une perspective dynamique. Si l'évolution contemporaine des politiques nationales de protection de l'environnement va dans le sens d'un recours accru aux instruments économiques[431] et si seuls ces derniers peuvent donner lieu à des aides, la modernisation des politiques environnementales engendre une multiplication des hypothèses d'application du droit des aides d'État. D'ailleurs, la notion est utilisée par la Commission, aussi bien dans des déclarations générales[432] que dans ses actes relatifs aux aides à l'environnement[433]. Elle lui sert précisément à souligner l'évolution des formes des instruments des politiques environnementales des États membres de l'Union et ses conséquences sur l'application de l'article 107 TFUE[434].

216. C'est au regard de ces considérations qu'il paraît justifié de proposer une définition de la notion d'instrument économique en droit des aides d'État mais aussi, pour être complet, de la notion d'instrument de première génération, ou non économique, à laquelle elle s'oppose. Cette ambition appelle plusieurs remarques d'ordre méthodologique[435]. En premier lieu, afin d'obtenir une classification logique et non contradictoire, il convient de retenir un critère unique pour fonder ces définitions. En second lieu, il n'est pas question de reprendre la notion

---

[430] V., dans un sens proche, L. IDOT, « Droit de la concurrence et protection de l'environnement – La relation doit-elle évoluer ? », *op. cit.*, n°s 4-5, qui fait ce constat au regard de la qualification d'une activité d'« économique » au sens de la jurisprudence ; v., également, A. ALEXIS, « Droits exclusifs ou spéciaux et aides d'État », *op. cit.*, p. 200.

[431] Sur les taxes environnementales, v. A. C. PONCELA, « Environmental Taxes in OECD Countries – Recent Developments », *Intertax*, 2008 n° 12, p. 554 ; v., plus généralement, les études de l'OCDE qui concernent les États membres de l'Union (par exemple, OCDE, Cadre d'action de l'OCDE pour des politiques de l'environnement efficaces et efficientes, 2008 en ligne sur www.oecd.org/dataoecd/39/20/41644666.pdf), ainsi que les informations proposées par la base de données de l'OCDE et de l'Agence européenne pour l'environnement au sujet des instruments économiques : http://www2.oecd.org/ecoinst/queries/index.htm.

[432] Livre vert du 28 mars 2007, sur les instruments fondés sur le marché en faveur de l'environnement et des objectifs politiques connexes (COM(2007) 140 final).

[433] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 8, 21, 23 et 55 ; décision de la Commission du 4 janvier 2007, State aid N 418/2006, préc., p. 2.

[434] La Comission déclare ainsi par exemple que *« [c]ertains des instruments fondés sur le marché peuvent donner lieu à l'octroi d'aides d'État à l'ensemble ou à certaines des entreprises auxquelles ils s'appliquent »* : lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 8.

[435] Sur la méthodologie positiviste de la définition en droit, v. Y. LAURANS, *Recherches sur la catégorie juridique de constitution et son adaptation aux mutations du droit contemporain*, Thèse, Nancy, 2009, spéc. pp. 58 et s.

d'instrument économique telle que semble l'entendre la Commission car celle-ci n'y attache aucune conséquence juridique[436]. Dès lors, il ne s'agit pas de restituer une catégorie qui existe en droit positif mais de confectionner une catégorie théorique. La définition doit donc permettre de distinguer deux classes d'instruments de la protection de l'environnement en se fondant sur un critère qui soit unique et pertinent pour l'analyse théorique du droit des aides d'État.

217. À cet égard, il est possible de partir des propositions faites par les études économiques des instruments de la protection de l'environnement. Par l'idée d'imposer un « signal-prix », ces dernières se réfèrent à une contrainte de nature pécuniaire : il ne s'agit pas d'interdire totalement un comportement, mais de sanctionner financièrement celui dont les actes détériorent le milieu naturel[437]. Des éléments de ce genre se retrouvent plus ou moins directement dans la doctrine juridique. Les auteurs considèrent que les instruments économiques produisent une incitation, par opposition à la contrainte directe[438], ou que les instruments économiques sont basés sur l'« *utilisation des mécanismes du marché* »[439]. En bref, la particularité des instruments économiques serait d'agir par le biais de l'incitation pécuniaire, en intervenant sur le patrimoine des sujets de droits concernés. Ils consistent ainsi en des transferts de ressources, lesquelles sont entendues au sens large comme des sommes d'argent, des recettes fiscales ou le transfert d'actifs cessibles.

218. En effet, les taxes, les prélèvements parafiscaux environnementaux, les systèmes d'échange de quotas d'émission, les certificats verts et les subventions reposent en dernière analyse sur l'organisation de transferts directs ou indirects de ressources — exclusivement ou en plus d'obligations de faire ou de ne pas faire[440] — afin de sanctionner, positivement ou

---

[436] Dans ses lignes directrices, la Commission explique que les États membres peuvent adopter *« des normes, des taxes, des instruments économiques et d'autres mesures réglementaires »* (v. lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 21). Ainsi, la notion de *« mesures réglementaires »* semble être générique, et la fiscalité ne relève pas des instruments économiques. En tout état de cause la Commission n'a pas prévu de régime spécifique de compatibilité pour un catégorie de mesures appelées instruments économiques.

[437] Cette analyse est particulièrement claire chez les auteurs qui défendent l'appropriation privée des biens environnementaux : M. FALQUE, « Introduction générale », *op. cit.*, p. 5.

[438] H. BELRHALI-BERNARD, « Le droit de l'environnement : entre incitation et contrainte », *RDP*, 2009, n° 6, p. 1683.

[439] Y. JÉGOUZO, « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, 2008/4, n° 127, p. 23, spéc. pp. 32-33 ; G. PARLÉANI, « Marché et environnement », *Dr. env.*, 2005, n° 126, p. 52 ; S. ROUSSEAUX, « La compatibilité des instruments économiques au regard des dispositions relatives aux aides d'État, l'exemple de la taxe CO_2/énergie et des échanges de droits d'émission dans le cadre de la lutte contre l'effet de serre », *op. cit.*, p. 4.

[440] Les instruments économiques peuvent en effet être fondés partiellement sur des techniques classiques, comme l'autorisation administrative, en plus des transferts de ressources. Cela ne met pas en cause la validité des catégories : le critère du transfert de ressources constitue un critère unique car il ne se retrouve pas dans les instruments non économiques.

négativement, le patrimoine des sujets de droit en fonction des conséquences de leurs comportements sur l'environnement, soit au détriment ou au profit du patrimoine d'autres sujets de droit, soit au détriment ou au profit de son propre patrimoine. Afin d'engendrer ces transferts de ressources, les instruments économiques sont fondés sur des obligations de payer[441] faites aux entreprises — acheter un certificat sur le marché, payer un prélèvement obligatoire — ou des actes par lesquels l'État s'engage à accorder aux entreprises la propriété d'un actif immatériel cessible sur un marché — un quota ou un certificat — ou une subvention.

219. Cette considération n'est pas dépourvue de conséquences sur la classification des mesures environnementales au regard du droit des aides d'État. Il faut rappeler qu'il a été proposé de s'attacher au critère de l'utilisation de ressources d'État pour envisager les limites déterminables de l'article 107 TFUE car il s'agit de l'élément constitutif de l'aide le plus clair. Or, le recours à des instruments économiques consiste à organiser par la loi des transferts de ressources. Aussi, les instruments économiques sont-ils susceptibles d'utiliser des ressources d'origine étatique au sens de l'article 107 TFUE.

220. En revanche, les instruments de première génération ne produisent pas de pareilles conséquences. Ces derniers sont des mesures classiques de police administrative, telles que les normes de qualité des milieux, de produit, de procédé ou d'émission ou les servitudes administratives. Il s'agit donc de mesures par lesquelles l'État interdit, impose ou autorise certains comportements en raison de leurs effets sur l'environnement, sans y associer de paiements de quelque forme que ce soit. La contrainte s'affirme sous sa forme la plus directe. Partant, on peut dire qu'il y a instrument de première génération lorsque l'État cherche à régler le comportement des sujets de droit en recourant à des règles qui établissent des obligations de faire — adopter telle technologie — ou de ne pas faire — ne pas produire telle émission —, donc, *a contrario*, qui n'établissent pas d'obligations de payer.

221. Le critère retenu pour définir l'instrument économique est donc l'existence d'une réglementation environnementale qui contient des obligations engendrant des transferts de ressources. Les réglementations de première génération qui ne contiennent pas d'obligation de ce genre constituent ainsi une catégorie distincte, celle des instruments non économiques.

222. C'est à la lumière de ces définitions qu'il est proposé d'envisager le champ du contrôle des aides d'État sur les politiques environnementales. Plus précisément, son utilité peut être

[441] La distinction entre obligation de faire, de ne pas faire, et de payer est ici tirée du sens usuel qu'elle connaît dans le discours sur le droit : *v°* « Obligation » *in* D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, spéc. p. 1099 ; *v°* « Obligation » *in* G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*.

éprouvée en démontrant que seuls certains instruments économiques de la protection de l'environnement sont susceptibles de relever de l'article 107 TFUE.

II) L'utilité de la notion d'instrument économique en droit des aides d'État

223. L'utilité du recours à la notion d'instrument économique se mesure à l'intérêt qu'elle présente en termes d'explication du champ d'application du droit des aides d'État sur les politiques nationales de la protection de l'environnement. À cet égard, il faut d'emblée préciser que si la distinction entre instrument économique et non économique semble être la plus pertinente en droit des aides, elle ne permet pas pour autant de décrire parfaitement le champ de cette matière, du moins au titre d'une définition positive : on ne saurait soutenir que tous les instruments économiques de la protection de l'environnement tombent sous le coup de l'article 107 TFUE. La plupart d'entre eux constituent des aides en puissance, mais ils ne relèveront réellement du droit des aides d'État que suivant certaines modalités de leur organisation (A). Le mérite de cette distinction est surtout de permettre une définition négative claire du champ de l'article 107 TFUE car il est loisible de démontrer que les instruments non économiques de la protection de l'environnement en sont en principe exclus (B).

A) La définition positive du champ du droit des aides d'État : l'inclusion partielle des instruments économiques

224. Tous les instruments économiques de la protection de l'environnement peuvent tomber sous le coup de l'article 107 TFUE. Si les bases de cette analyse ont été posées dans les développements qui précèdent, il était alors question d'apprécier ces instruments, non pas en eux mêmes, mais au vu des difficultés qu'ils soulèvent au regard des conditions de définition de l'aide d'État. Dans les présents développements, il s'agit d'entrer dans le détail des opérations de chaque type d'instrument économique[442].

225. Une telle démarche permet de montrer que la notion d'aide a atteint un certain degré de précision. Elle présente également l'intérêt de parvenir à mieux décrire dans quelle mesure les instruments des politiques environnementales nationales sont soumis au contrôle au titre du droit des aides d'État. En effet, si tous les instruments économiques de la protection de

[442] Pour des analyses de cet ordre, qui ne comprennent toutefois pas nécessairement tous les instruments abordés ici : v. T. M. RUSCHE, « Emissions Trading », *in* M. SÁNCHEZ RYDELSKI (dir.), *The EC State Aid Regime : Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, Londres, Cameron May, 2006, p. 350, spéc. pp. 542 et s. ; S. WOSCHECH, *The State Aid Dimension of Environmental Aid*, *op. cit.*, pp. 23 et s. ;

l'environnement peuvent relever de l'encadrement car ils sont tous susceptibles d'utiliser des ressources d'État, cette inclusion n'est pas systématique.

226. L'instrument économique qui relèvera le plus souvent du droit des aides d'État est la subvention classique, versée directement par l'État à l'entreprise bénéficiaire. Elle procure un avantage utilisant des ressources d'État. Pour qu'elle échappe au champ de l'encadrement, il faut qu'elle s'inscrive dans un régime de subventions suffisamment ouvert pour être qualifié de mesure générale[443]. En revanche, la qualification des autres instruments économiques est plus complexe.

227. Pour ce qui est, tout d'abord, de la fiscalité environnementale, ce ne sont pas les taxes en elles-mêmes qui relèvent de l'article 107 TFUE, mais plutôt les avantages qui peuvent résulter de la délimitation de leur champ et des exonérations ou réductions qui sont accordées à certaines catégories de contribuables. La condition de l'utilisation de ressources d'État ne sera pas problématique : il ressort assez clairement de la jurisprudence que cette condition est réalisée en cas d'abandon de recettes fiscales[444]. La principale difficulté est donc de savoir si abandon il y a, ce qui implique de rechercher des avantages fiscaux et d'apprécier leur sélectivité. Il a été précédemment souligné[445] que la réponse à cette question restait complexe : en substance, elle repose tout d'abord, sur la détermination d'un impôt normal. Lorsque celui-ci est établi, il est concevable que l'institution de l'Union saisie considère que toutes les entreprises se trouvant dans une situation comparable sont soumises à un traitement fiscal identique[446] ou, ce qui revient au même, que les situations différentes reçoivent un traitement différent[447]. Par ailleurs, une différence de traitement peut être justifiée au regard de l'objectif environnemental poursuivi[448]. Le résultat de l'opération de qualification dépendra donc de la façon dont l'institution délimite le cadre de référence de l'appréciation de

---

[443] Décision de la Commission du 26 avril 2006, State Aid N 142/2005, préc., p. 6.

[444] V., indépendamment de la matière environnementale, CJCE, 15 mars 1994, *Banco Exterior de España*, préc., pt. 14 ; CJCE, 19 mai 1999, *Italie/Commission*, C-6/97, Rec. p. I-2981, pt. 16 ; CJCE, 22 juin 2006, *Belgique/Commission*, préc., pt. 87 ; CJCE, 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, préc., pt. 132 ; CJCE, 15 juin 2006, *Air Liquide Industries Belgium*, C-393/04 et C-41/05, Rec. p. I-5293, pt. 30 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Paint Graphos e.a.*, préc., pt. 46 ; en matière environnementale, v., notamment, décision 2010/402/UE de la Commission du 15 décembre 2009 concernant le régime d'aide « exonération des taxes environnementales accordée aux fabricants de céramique » que les Pays-Bas envisagent de mettre à exécution C 5/09 (ex N 210/08) (JO L 186 du 20 juillet 2010, p. 32), pts. 32-33.

[445] V., *supra*, n° 112.

[446] Décision de la Commission du 13 mars 2001, State aid N 797/2000, préc., p. 5 ; décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid NN 30/B/2000 and N 678/2001, préc., pp. 4-5 ; décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 168/A/2001, préc., pp. 9-11 ; décision de la Commission du 25 août 2006, NN 41/05, préc., pt. 16.

[447] Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pts. 95-99 ; décision de la Commission du 6 septembre 2005, state aid N 318/B/2004 and N 604/A/2004, préc., pp. 4-5.

[448] Décision 2002/676/CE, CECA de la Commission du 3 avril 2002, préc., pts. 39-52 ; décision de la Commission du 7 février 2007, State aid N 820/2006, préc., pp. 4-5;

la sélectivité, définit l'objectif de la mesure en cause et, sur cette base, détermine la comparabilité des situations des entreprises. Lorsque cette analyse conduit au constat d'un avantage fiscal sélectif et non justifié, la taxe procure une aide d'État.

228. S'agissant, ensuite, des taxes parafiscales ou quasi parafiscales[449], le contrôle des aides d'État doit être apprécié à deux niveaux. Pour le premier, des éléments d'aide peuvent exister au stade de la perception des taxes. La qualification dépend alors de considérations identiques à celles valables pour la fiscalité, c'est-à-dire avant tout de la sélectivité des avantages octroyés par une exonération ou une réduction de la taxe parafiscale[450]. Pour le deuxième niveau, la distribution du produit des taxes peut donner lieu à des aides[451]. La sélectivité des avantages ainsi octroyés sera généralement acquise, puisque les ressources levées par les mécanismes parafiscaux ou quasi parafiscaux en matière environnementale sont en pratique destinées à soutenir le revenu d'un groupe d'entreprise limité dont l'activité est profitable à l'environnement[452]. C'est donc principalement la condition de l'utilisation de ressources d'État et, tout particulièrement, le critère de l'origine étatique des ressources qui va faire la différence entre les aides et les mesures échappant à l'article 107 TFUE. Il ressort ainsi de l'arrêt *PreussenElektra* que tous les transferts de ressources engendrés par les instruments économiques de ce genre n'utilisent pas de ressources d'État : une mesure quasi parafiscale qui établit des obligations de paiement immédiat entre entreprises afin de financer la production d'énergie SER ne fait peser aucune charge sur le budget de l'État et, partant, n'emporte pas utilisation de ressources d'État[453]. Il faut que les transferts soient médiatisés par un fonds ou un compte administré directement ou indirectement par l'État pour que le critère du contrôle étatique soit rempli, donc celui de l'utilisation de ressources d'État[454]. En

---

[449] On recourt à cette notion de « taxe quasi parafiscale » pour désigner les mesures qui, comme celle en cause dans l'arrêt *PreussenElektra*, consistent en des paiements entre entreprises mais qui ne transitent pas par un fonds ou un compte administré, le cas échéant, par une entreprise. Les instruments parafiscaux ou quasi parafiscaux du genre de celui en cause dans l'arrêt *PreussenElektra* sont généralement désignés par l'anglicisme « Feed-in tarif ».

[450] Décision 2011/528/UE de la Commission du 8 mars 2011, préc., pts. 88-102.

[451] Étant entendu que, indépendamment des deux niveaux d'analyse, si cette distribution donne lieu à une aide, la taxe dont le produit est uniquement affecté à son financement doit être également notifiée en application du paragraphe 3 de l'article 108 TFUE, de sorte que la compatibilité de la taxe parafiscale est appréciée dans sa globalité : CJCE, 21 octobre 2003, *van Calster e.a.*, C-261/01 et C-262/01, Rec. p. I-12249, pt. 49 ; CJCE, 22 décembre 2008, *Regie Networks*, C-333/07, Rec. p. I-10807, pt. 89, obs. A. MAITROT DE LA MOTTE, *DF*, 2009, n° 27, comm. 396 ; v., également, CJCE, 13 janvier 2005, *Streekgewest*, C-174/02, Rec. p. I-85, pt. 26 ; CJCE, *Pape*, C-175/02, Rec. p. I-127, pt. 15. v., à ce sujet, D. BERLIN, *Politique fiscale*, vol. II, *op. cit.*, n° 1291.

[452] Décision 2007/580/CE de la Commission du 24 avril 2007 — Aide d'État C 7/2005, préc., pt. 63 ; décision 2009/476/CE de la Commission du 28 janvier 2009, préc., pts 58-59.

[453] CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, pts. 59-60.

[454] Décision de la Commission du 22 décembre 2006, N 432/2006, préc., p. 7 ; décision 2007/580/CE de la Commission du 24 avril 2007, préc., pts. 66-69 ; décision de la Commission du 14 avril 2010, State aid N 94/2010, préc., pts. 65-66 et 68.

tout état de cause, pour que la mesure utilise des ressources étatique et soit imputable à l'État, il faut que ce dernier intervienne de façon déterminante pour rendre obligatoire le prélèvement et pour définir la distribution du produit des prélèvements en fonction de ses objectifs politiques. Un prélèvement décidé de façon autonome par un groupe d'entreprises afin de financer des actions qui lui sont profitables échappera au droit des aides d'État pour défaut d'utilisation de ressources d'État[455].

229. Pour ce qui est des mécanismes de quotas d'émission, il ressort clairement de la jurisprudence que la négociabilité des quotas confère un avantage aux entreprises intéressées[456]. Le résultat de la qualification dépend alors principalement de la condition de l'utilisation de ressources d'État et, tout particulièrement, de l'origine étatique des ressources — l'imputation à l'État étant évidente — qui sera appréciée au regard du régime de la délivrance des quotas. L'utilisation de ressources d'État sera réalisée dans l'hypothèse où l'État crée un marché de quotas et délivre ceux-ci à titre gratuit. Inversement, elle sera écartée si, dans les mêmes conditions, les quotas sont délivrés à titre onéreux[457]. Cependant, la sélectivité reste complexe à appréhender. En effet, un mécanisme de quotas n'apporte d'avantages tirés de ressources d'État qu'aux entreprises qui y sont soumises. Au vu de la jurisprudence, la sélectivité dépend alors de l'existence d'une législation imposant à l'ensemble des entreprises nationales des obligations environnementales comparables — par exemple, des obligations de limitation des mêmes émissions polluantes — ce qui, le cas échéant, permet d'identifier une différence de traitement entre des entreprises se trouvant dans une situation comparable[458]. Ceci étant, la qualification de ce même mécanisme en l'absence d'une législation nationale générale de ce genre n'est pas claire à ce jour. La Cour semble en avoir fait un élément déterminant[459], mais n'a pas répondu directement à la Commission qui soutenait que l'existence de cette réglementation générale était indifférente, au motif que la seule existence du mécanisme de quotas emportait un avantage car l'État aurait pu soumettre les entreprises concernées à une mesure *« 'traditionnelle' de type contraignant »* — on

[455] Décision 2002/204/CE de la Commission du 30 octobre 2001, préc., pt. 70.
[456] CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pt. 91.
[457] Décision de la Commission du 13 juillet 2009, State aid N 629/2008, préc., pt. 29.
[458] CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pts. 63-64.
[459] Si la Cour admet, dans un premier considérant, que la création d'un avantage par la négociabilité des quotas suffit à constater une différenciation de charges entre les entreprises (*ibid*., pt. 63), elle ajoute, dans un second considérant que, *« [e]n effet, […] chaque entreprise dont les opérations provoquent des émissions de NO_x doit se conformer à des obligations en matière de limitation ou de réduction de ces émissions, qu'elle relève, ou non, de la mesure en cause »* (*ibid.*, pt. 64), ce qui semble signifier qu'elle fait de ce constat un élément déterminant de son analyse.

pourrait dire un instrument de première génération — et non à une mesure conférant des avantages par la négociabilité des quotas[460].

230. Enfin, la qualificiation des mécanismes de certificats verts est sans doute la plus incertaine en l'état du droit positif. Un premier élément d'aide peut résider dans l'existence d'un régime d'amendes dont le paiement libère les entreprises de l'obligation d'acheter des certificats. Si ces amendes abondent un fonds redistribué entre les entreprises du secteur, le régime donne lieu à des aides d'État, au même titre que des taxes parafiscales auxquelles elles peuvent être assimilées[461]. Ceci étant, l'existence de ces amendes n'est pas systématique. Il faut, en tout état de cause, aborder les mécanismes fondateurs des certificats verts. À cet égard, il est assez évident que les certificats confèrent des avantages sélectifs car ils ont une valeur pécuniaire et leur objet même est de financer une certaine production, celle de l'énergie SER[462]. Il reste à savoir si la délivrance des certificats par l'État aux entreprises produisant de l'énergie SER ainsi que leur revente sur le marché constituent des aides d'État, ce qui s'apprécie avant tout à la lumière de la condition de l'utilisation de ressources d'État et, plus particulièrement, à la lumière du critère de l'origine étatique des ressources. À l'origine, la position de la Commission était qu'un 'pur' mécanisme de certificats, dépourvu de régime d'amendes, n'utilisait pas de ressources d'État. Elle se fondait pour cela sur la nature du certificat : comme il s'agissait d'un acte probant et non d'un acte conférant un droit à son titulaire il pouvait être délivré à titre gratuit et les cessions sur le marché n'impliquaient que des ressources des entreprises[463]. Nonobstant, ainsi qu'on l'a précédemment expliqué, la position de la Commission, selon laquelle ni l'octroi gratuit du certificat aux entreprises intéressées ni la cession de ce même certificat sur le marché n'utilisent de ressources d'État, semble avoir été remise en cause par la Cour[464]. Au vu de ses décisions les plus récentes, il semblerait que l'entrée des certificats délivrés gratuitement par l'État dans le patrimoine des entreprises utilise des ressources d'État[465]. Si cette conclusion devait être confirmée, cela signifierait que les certificats verts sont nécessairement des aides d'État.

---

[460] *Ibid.*, pt. 46.

[461] Décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 504/2000, préc., pp. 12-13 ; décision de la Commission du 23 juillet 2005, State aid N 362/2004, préc., p. 9-10 ; décision de la Commission du 4 janvier 2007, State aid N 418/2006, préc., p. 14.

[462] Décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 504/2000, préc., pp. 11-12 ; décision de la Commission du 25 juillet 2001, Aide d'État N 550/2000, préc., pp. 6-7 ; décision de la Commission du 28 novembre 2001, Aide d'État N 415/A/01, préc., p. 5 ; décision de la Commission du 3 mai 2005, Aide d'État N 608/2004, préc., p. 3 ; décision de la Commission du 23 juillet 2005, State aid N 362/2004, préc., p. 7 ; décision de la Commission du 4 janvier 2007, State aid N 418/2006, préc., p. 13

[463] Décision de la Commission du 4 janvier 2007, State aid N 418/2006, préc., pp. 13-14.

[464] V., *supra*, n°s 151 et s.

[465] Décision de la Commission du 13 juillet 2011, State aid SA. 33134 2011/N, préc.

231. Au regard de ces considérations, les catégories d'aide d'État et d'instrument économique se chevauchent, mais ne se confondent pas. Il faut encore que ces instruments soient concrètement organisés de telle sorte que les divers critères de définition de l'aide soient remplis. La définition positive du champ de l'encadrement par le recours à cette notion est donc utile à la condition d'être affinée. En revanche, les conclusions tirées de la définition négative du champ de l'encadrement par le recours à cette notion sont plus tranchées : les instruments de première génération, c'est-à-dire les instruments non économiques, sont totalement exclus du droit des aides d'État.

B) La définition négative du champ du droit des aides d'État : l'exclusion des instruments non économiques

232. Si l'on s'attache à la jurisprudence de la Cour relative à l'utilisation de ressources d'État, il ressort que le « cadre réglementaire » des activités économiques, composé des règles n'emportant pas de transferts de ressources d'État, est exclu du champ de l'article 107 TFUE. Dans la continuité de cette jurisprudence, la pratique de la Commission permet de démontrer que le « cadre réglementaire » composé par les instruments de première génération ne relève pas du contrôle des aides d'État (1). Il s'agit là d'une limitation du champ du droit des aides d'État qui a été, et qui est encore, sévèrement critiquée par la doctrine mais qui paraît tout à fait justifiée du point de vue du domaine environnemental (2).

1) Le « cadre réglementaire » des activités économiques exclu du champ de l'article 107 TFUE

233. La définition des notions d'instrument de première génération et d'instrument économique ici retenue permet de souligner une différence relative à la nature des obligations que ces instruments contiennent. Il a également été précisé que ce choix se justifiait par la circonstance que la nature des obligations contenues dans les mesures nationales a des conséquences sur l'utilisation de ressources d'État. À cet égard, il faut rappeler que la condition de l'utilisation de ressources d'État implique la réalisation cumulative de deux conditions : celle de l'imputation à l'État et celle de l'origine étatique des ressources[466]. Cette jurisprudence est particulièrement importante car il s'agit là, très certainement, de la limite la

[466] V., *supra*, n°s 65 et s.

plus ferme et la plus évidente de la notion d'aide qui a été appliquée constamment par la Cour[467].

234. Les développements qui précédaient ont été consacrés à l'arrêt *PreussenElektra*[468] pour discuter de la condition de l'utilisation de ressources d'État et, plus particulièrement, de l'interprétation selon laquelle cette condition nécessite la réalisation des conditions cumulatives de l'imputation à l'État et de l'origine étatique des ressources. Toutefois, c'est une décision antérieure, l'arrêt *Sloman Neptun*[469], qui permet de bien souligner l'importance de ce cumul et l'utilité des catégories d'instruments de la protection de l'environnement que l'on a défini.

235. Dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, la Cour avait à connaître de la qualification d'une législation allemande qui permettait aux entreprises exploitant des navires de soumettre les contrats conclus avec les marins non ressortissants allemands et non domiciliés en Allemagne à des conditions de travail et de rémunération moins favorables que celles des ressortissants de cet État membre. Confrontée à une mesure imputable à l'État qui améliorait la position concurrentielle d'un secteur d'activité, la seule difficulté qui se posait à la Cour était celle de l'interprétation de la condition de l'utilisation de ressources d'État.

236. La Commission et l'avocat général Darmon dans ses conclusions sous cette affaire soutenaient que cette condition était réalisée uniquement si la mesure était imputable à l'État, sans qu'il y ait lieu de vérifier si elle utilisait des ressources d'origine étatique. Une aide d'État pourrait ainsi tout à fait être financée par des fonds privés[470], en l'occurrence ceux libérés par les marins employés à des conditions moins favorables[471]. Toutefois, la solution radicalement inverse fut adoptée par la Cour. Celle-ci s'est fondée sur l'arrêt *Van Tiggele*[472] pour tirer de l'actuel article 107 TFUE une exigence absolue de l'origine étatique des ressources. En effet, *« seuls les avantages accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'État sont à considérer comme des aides »* ; et la Cour de préciser, très explicitement, que *« les avantages accordés par d'autres moyens que des ressources d'État*

---

[467] V. CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, préc., pt. 58 ; CJCE, 16 mai 2002, *France/Commission*, dit « Stardust », préc., pt. 24 ; CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO*, préc., pt. 24 ; CJCE, 15 juillet 2004, *Pearle e.a.*, préc., pt. 35 ; CJCE, 22 juin 2006, *Belgique/Commission*, préc., pt. 127 ; CJCE, 5 mars 2009, *UTECA*, préc., pt. 43.

[468] CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, préc.

[469] CJCE, 17 mars 1993, *Sloman Neptun/Bodo Ziesemer*, C-72/91 et C-73/91, Rec. p. I-887 ; obs. P. J. SLOT, *CML Rev.*, 1994, n° 31, p. 137 ; W. ROGRIGUEZ CURIEL, « Chronique de jurisprudence : quelques réflexions sur la jurisprudence récente de la Cour en matière d'aides d'État », *op. cit.*, v. pp. 441-450.

[470] Concl. M. DARMON sous CJCE, 17 mars 1993, *Sloman Neptun/Bodo Ziesemer*, préc., pts. 15-46.

[471] M. WATHELET, P.-E. PARTSCH, « Délimitation des contours de la notion d'aide d'État en droit communautaire », *op. cit.*, n° 27.

[472] CJCE, 24 janvier 1978, *Van Tiggele*, préc.

ne tombent pas dans le champ d'application [du droit des aides d'État] »[473]. D'une part, la Cour a constaté que la mesure en cause n'emportait aucune charge pour le budget de l'État car elle constituait une simple modification du cadre légal régissant les relations contractuelles entre des opérateurs et des personnes privés. D'autre part, au sujet de la baisse des prélèvements sociaux et fiscaux engendrée potentiellement par la mesure en cause, la Cour a donné raison à l'avocat général Darmon qui recommandait de ne pas *« appréhender le principal au travers de l'accessoire »*[474] — ou, plus précisément, le procédé au travers de ses inévitables effets indirects. Elle établit ainsi une distinction entre les pertes de ressources qui sont le moyen d'accorder un avantage à des entreprises et qui caractérisent l'utilisation de ressources d'État et les pertes éventuelles, ici liées à un prévisible abaissement des rémunérations, qui sont les conséquences fiscales inhérentes à l'application de la législation en cause au principal[475].

237. Il convient de préciser la portée de cet arrêt. Dans cette affaire, l'État levait l'obligation pour les entreprises intéressées d'appliquer à leurs salariés les règles nationales de protection sociale et les autorisait à appliquer des règles étrangères. Plus précisément, la mesure visait *« seulement à modifier, en faveur des entreprises de navigation maritime, le cadre dans lequel s'établissent les relations contractuelles entre ces entreprises et leurs salariés »*[476]. Comme cela a été expliqué, le mérite de cet arrêt est de cantonner la notion d'aide de sorte qu'elle ne s'étende pas aux effets secondaires des *« cadres réglementaires »* des marchés[477] mais qu'elle ne s'applique qu'aux *« transferts de ressources publiques au bénéfice de certaines entreprises »*[478].

238. Il faut en déduire que tout avantage procédant d'une réglementation nationale n'est pas une aide. Il doit être apprécié au regard de l'exigence d'une charge pour le budget de l'État. Dans les développements qui précèdent, il a été indiqué que cette charge n'existait que si l'État procédait à un paiement depuis le trésor public, abandonnait des recettes, transférait un actif cessible à titre gratuit ou organisait des transferts de ressources, le cas échéant par le truchement d'un fonds ou d'une entreprise publique[479]. Or, dans l'arrêt *Sloman Neptun*, l'avantage octroyé par la législation litigieuse ne procédait pas de règles obligeant l'État ou

---

[473] CJCE, 17 mars 1993, *Sloman Neptun/Bodo Ziesemer*, préc., pt. 19.
[474] concl. M. DARMON sous CJCE, 17 mars 1993, *Sloman Neptun/Bodo Ziesemer*, préc., pts. 12-14.
[475] CJCE, 17 mars 1993, *Sloman Neptun/Bodo Ziesemer*, préc., pt. 21.
[476] *Ibid*.
[477] A. COLIN-GOGUEL, « Le caractère public d'un avantage en droit communautaire : après les arrêts PreussenElektra et Stardust », *op. cit*., p. 29.
[478] Concl. M. POIARES MADURO sous CJCE, 23 mars 2006, *Enirisorse*, C-237/04, Rec. p. p. I-2843, pt. 44
[479] V., *supra*, n°s 76 et s.

d'autres entreprises à payer des sommes d'argent ou à donner des biens aux entreprises exploitant des navires.

239. Il est possible d'interpréter cette jurisprudence comme signifiant que les réglementations qui ne font que déterminer les conditions légales de l'exercice d'une activité économique par des obligations de faire ou de ne pas faire, sans prévoir des obligations qui engendrent des transferts de ressources ou de la propriété d'un bien, ne peuvent donner lieu à une aide d'État, quand bien même elles auraient pour effet de procurer un avantage à certaines entreprises ou certaines productions. En effet, dans ces conditions, l'utilisation de ressources d'État n'est pas réalisée. Or, de même que la règle définissant les conditions de rémunération d'une catégorie de travailleurs, celle qui limite une émission, impose une technique de production ou prévoit une servitude pour protéger un milieu naturel ne fait que définir le « cadre réglementaire » — environnemental — des activités économiques. Elle n'implique ni le transfert de la propriété d'un bien ni un paiement fait directement par l'État ou par des entreprises soumises à des obligations légales.

240. Dans le prolongement de cette idée, on peut soutenir que les instruments définis comme des instruments de première génération de la protection de l'environnement ne relèvent pas de l'article 107 TFUE[480] car ils contiennent des obligations de faire ou de ne pas faire qui, en soi, n'impliquent pas de transferts de ressources.

241. La pratique de la Commission semble en attester. Certes, elle n'a pas été d'une extrême clarté à cet égard dans une première affaire qui pouvait être favorable à l'ambigüité : en l'espèce, un État avait chargé une entreprise publique d'effectuer des opérations de recyclage de résidus industriels qui, en principe, auraient du être assurées par une entreprise privée en application de la réglementation, tout en versant une somme afin de financer cette opération[481]. Il n'en reste pas moins qu'à l'évidence, c'est bien la subvention consistant dans le versement de cette somme qui était au cœur du raisonnement de la Commission dans cette affaire.

242. La Commission a d'ailleurs pris une position plus claire par la suite, au sujet d'un cas où les autorités nationales n'avaient pas obligé une société à se conformer à la réglementation sur la protection des cours d'eau lui imposant de construire une installation de traitement de ses effluents. Selon l'entreprise à l'origine de la plainte, la société aurait économisé des

---

[480] V., en ce sens, D. GERADIN, « EC Competition Law and Environmental Protection : Conflict or Compatibility ? », *op. cit.*, p. 145.

[481] La Comission a soutenu que l' *« exemption libérant une entreprise de l'obligation générale d'éliminer ou de recycler correctement des poussières industrielles constitue une aide d'État »* : v. décision 1999/227/CECA de la Commission du 29 juillet 1998, concernant des aides d'État du Land de Basse-Saxe (Allemagne) à Georgsmarienhütte GmbH (JO L 83 du 27 mars 1999, p. 72), pt. 74.

sommes considérables en n'exécutant pas la réglementation en question[482]. À cet égard, la Commission s'est contenté de souligner que les autorités espagnoles, en omettant de soumettre l'entreprise en question aux normes environnementales en vigueur, n'avaient pas adopté une aide d'État, dans la mesure où il n'y avait pas eu de transfert de ressources publiques[483].

243. Au vu de la pratique de la Commission, il est donc possible de soutenir que les instruments de première génération ne seront pas qualifiés d'aides en application de la condition de l'utilisation de ressources d'État. Pour être complet, il convient d'évoquer une question qui, sans remettre en cause cette constatation, souligne une incertitude quant à sa portée. Il reste en effet des doutes concernant la qualification, non pas des instruments de première génération eux-mêmes, mais des sanctions pécuniaires qui pourraient les accompagner.

244. À ce stade, n'ont été abordées que les obligations créées par les instruments de première génération. On ne saurait néanmoins exclure qu'elles puissent être accompagnées de règles instituant des sanctions pécuniaires en cas de violation. Dans cette hypothèse, le fait d'exonérer certaines entreprises du respect des instruments de première génération peut entrainer une diminution des ressources collectées par l'État au moyen de sanctions pécuniaires. Or, à ce jour, la jurisprudence n'apporte pas de réponse claire sur la qualification de cette situation au regard de l'article 107 TFUE. Elle semble être susceptible de deux interprétations. À première vue, à la lumière de l'arrêt *Sloman Neptun*, l'hypothèse d'une éventuelle diminution du produit des sanctions pécuniaires accordée à certaines entreprises, en raison, par exemple, de la limitation du champ d'un instrument de première génération ou de la régression du niveau de protection de l'environnement qu'il prévoit, pourrait être qualifiée de conséquence « inhérente » à la législation en cause[484]. Cette diminution n'est pas le moyen par lequel l'État agit à titre principal, mais une conséquence incidente de la définition des obligations principales. Toutefois, dans l'affaire des quotas NO_x, la Cour a jugé

---

[482] Commission, Aide d'État C 68/97 (NN 118/97) – Espagne – (98/C 49/02), Communication de la Commission adressée, en application de l'article 93, paragraphe 2, du traité, aux autres États membres et autres intéressés, concernant certaines mesures prises ou proposées en faveur de SNIACE SA, dont le siège est situé en Cantabrie (JO C 49 du 14 février 1998, p. 2), v. p. 4 ; le trésor public serait alors mis à contribution dans l'hypothèse où, en tolérant une telle situation, l'État pourrait être tenu de prendre en charge le coût des dégâts environnementaux.

[483] *Ibid.*, p. 7 ; v., également, Commission européenne, *XXVII*^{ème} *Rapport sur la politique de concurrence (1997)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1998, p. 74, pt. 224. Dans sa décision sur cette mesure, la Commission, au final, n'a pas évoqué cette question, se concentrant uniquement sur l'éventuel financement de l'installation d'épuration par l'État espagnol : décision 1999/395/CE de la Commission du 8 octobre 1998, concernant l'aide d'État accordée par l'Espagne à SNIACE SA, située à Torrelavega, Cantabrique (JO L 149 du 16 juin 1999, p. 40), v. pt. 85.

[484] V., par analogie, CJCE, 17 mars 1993, *Sloman Neptun/Bodo Ziesemer*, préc., pt. 21 ; v. également, CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, pt. 62.

que l'avantage en cause, à savoir la négociabilité des quotas *« pourrait impliquer une charge supplémentaire pour les pouvoirs publics, sous la forme notamment d'une exonération de l'obligation de paiement d'amendes ou d'autres sanctions pécuniaires »*[485], étant entendu que, en l'espèce, le lien entre cette diminution de recettes et le mécanisme d'échange de quotas était suffisamment direct pour que ladite diminution ne soit interprétée comme inhérente à la mesure en cause[486]. Au final, le droit positif ne permet pas de trancher entre ces deux interprétations. On peut donc en proposer une à titre prospectif : il pourrait sembler raisonnable de qualifier une diminution du produit des sanctions dont peuvent bénéficier certaines entreprises, en raison de la limitation du champ d'un instrument non économique ou de l'abaissement du niveau de protection de l'environnement qu'il permet, de conséquence « inhérente » à l'élaboration d'un cadre réglementaire. En effet, la perte de ressources n'est donc qu'une conséquence du non respect du cadre réglementaire et non le moyen par lequel l'État agit à titre principal pour régir le comportement des sujets de droit. En revanche, si l'État accorde à certaines entreprises, ayant effectivement violé une obligation principale, une diminution ou une exonération des sommes normalement due au titre de la sanction, il semble que la perte de ressource d'État serait avérée.

245. *In fine*, il ressort d'une interprétation de l'arrêt *Sloman Neptun*, confirmée par la pratique de la Commission, que les instruments de première génération échappent en principe au champ de l'article 107 TFUE. Ils constituent le cadre juridique environnemental des activités économiques fondé sur des obligations de faire ou de ne pas faire. Ces dernières n'impliquent aucun transfert de ressources par l'État. Elles n'utilisent donc pas de ressources d'État pour produire leurs effets — bien que la question des sanctions qui peuvent les accompagner soit plus incertaine. Ceci étant posé, il convient, toutefois, de souligner que cette jurisprudence a été sévèrement contestée par la doctrine.

2) La justification de l'exclusion du « cadre réglementaire » du champ du droit des aides d'État

246. Parmi les conditions constitutives de la notion d'aide d'État, celle de l'utilisation de ressources d'État, telle qu'elle est interprétée par la Cour, a des conséquences très importantes sur l'étendue du champ de l'article 107 TFUE. En effet, cette seule condition permet de placer

[485] CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pt. 106.

[486] *Ibid*., pt. 111. S'il ressort, par ailleurs, de la jurisprudence que le fait qu'un instrument de la protection de l'environnement s'apparente à des amendes administratives et pénales et non à un taxe, est indifférent pour la qualification (CJCE, 29 avril 2004, *Pays-Bas/Commission*, C-159/01, préc., pts. 49-50), ce raisonnement a été effectué dans le contexte d'une affaire ou ledit instrument n'intervenait pas à titre de sanction d'une règle primaire, mais constituait un système de charges complet et autonome.

d'emblée hors du champ du droit des aides les instruments de première génération, c'est-à-dire des pans entiers des législations environnementales nationales.

247. C'est pour cette raison que la doctrine, assez unanimement, a été très critique au sujet de l'exigence du cumul des conditions de l'origine étatique des ressources et de l'imputabilité à l'État impliquée par l'arrêt *Sloman Neptun*. Certains auteurs ont ainsi reproché à la Cour d'avoir retenu une interprétation de l'article 107 TFUE contraire à sa lettre, de laquelle il faudrait tirer des conditions alternatives[487]. Cette interprétation serait contraire aussi à son esprit, qui veut que l'article 107 TFUE *« ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions étatiques, mais les définit en fonction de leurs effets »*[488]. Selon ces mêmes auteurs, une jurisprudence plus conforme à cette lettre et cet esprit aurait dû ériger la sélectivité en condition cardinale pour faire le départ entre les mesures tombant sous le coup du droit des aides d'État et celles y échappant[489]. La Cour, au contraire, au nom d'un formalisme excessif, aurait retenu une définition admettant que certaines mesures nationales ayant des conséquences identiques à celles d'une aide d'État sur la concurrence échappent à cette qualification[490]. Elle aurait ainsi renoncé à une définition dite « économique » de l'aide d'État, c'est-à-dire celle qui s'attache aux effets concrets sur la concurrence, au profit d'une définition « formaliste »[491].

248. Toutefois, ces critiques ne paraissent pas décisives et la jurisprudence de la Cour paraît à bien des égards justifiable. Il faut certainement admettre que la partie de phrase de l'article

---

[487] K. BACON, « The Concept of State Aid : The Developing Jurisprudence in the European and UK Courts », *ECL Rev.*, 2003 (2), p. 54, v. p. 57 ; A. COLIN-GOGUEL, « Le caractère public d'un avantage en droit communautaire : après les arrêts PreussenElektra et Stardust », *op. cit.*, pp. 28-29, qui fait toutefois une appréciation nuancée de la jurisprudence ; M. M. SLOTBOOM, « State Aid in Community Law : A Broad or Narrow Definition », *EL Rev.*, 1995, p. 289, v. p. 298.

[488] V., pour les premières énonciations de cette théorie, CJCE, 2 juillet 1974, *Italie/Commission*, préc., pt. 27 ; CJCE, 24 février 1987, *Deufil/Commission*, 310/85, Rec. p. 901, pt. 8 ; CJCE, 29 février 1996, *Belgique/Commission*, C-56/93, Rec. p. I-723, pt. 79 ; CJCE, 26 septembre 1996, *France/Commission*, C-241/94, Rec. p. I-4551, pt. 20.

[489] M. M. SLOTBOOM, *op. cit.*, pp. 297-298.

[490] M. HEIDENHAIN(dir.), *European State Aid Law*, *op. cit.*, pp. 38-40 ; M. ROSS, « State Aid and National Courts : Definitions and Other Problems – A Case of Premature Emancipation ? », *CML Rev.*, 2000 (37), p. 401, v. pp. 413-415 ; J. A. WINTER « Re(de)fining the notion of state aid in article 87(1) of the EC treaty », *CML Rev.*, 2004 (41), p. 475, v. pp. 482-484 ; V. DI BUCCI, « Quelques aspects institutionnels du droit des aides d'État », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, *op. cit.*, p. 43, v. p. 49 ; pour une critique plus nuancée, v. M. MEROLA, « Le critère de l'utilisation des ressources publiques », *op. cit.*, n°s 27-29.

[491] M. DONY, collab. F. RENARD, C. SMITS, *Contrôle des aides d'État*, *op. cit.*, n°s 17-18 ; D. TAYAR, A. GIRAUD, « L'interprétation du critère de l'emploi de ressources d'État par la Cour de justice : le révélateur d'une lecture formaliste de l'article 87 du Traité CE ? », *op. cit.*, n°s 57 et s ; L. VOGEL, « Les nouveaux critères de définition des aides d'État en droit de la concurrence » *in* Le nouvel essor du droit des aides d'État en droit de la concurrence – Ateliers de la concurrence de la DGCCRF du 2 octobre 2002, en ligne sur http://www2.economie.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/aides2.htm ; étant entendue la polysémie de l'expression « définition économique » dans la doctrine : v. J.-P. KEPPENNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, *op. cit.*, n° 140, selon qui la jurisprudence admettant que l'utilisation des ressources d'organismes distincts de l'État mais contrôlés par lui est révélatrice d'une *« approche économique »* de la notion.

107 TFUE selon laquelle l'aide est accordée *« par l'État ou au moyen de ressources d'État »* n'est pas absolument limpide et qu'une interprétation littérale inviterait à croire que le « ou » est exclusif, contrairement à ce que juge la Cour. Il n'en reste pas moins qu'existent des arguments contraires assez solides.

249. Fondamentalement, ce débat doctrinal porte sur la fonction du droit des aides d'État dans le marché intérieur. Les interprétations doctrinales favorables à une définition « économique » de l'aide reflètent une conception, plus ou moins consciente, de l'intégration économique : celle de la neutralité réglementaire, selon laquelle le droit du marché intérieur doit avant tout assurer l'égalité de condition de concurrence entre les entreprises[492]. Le droit des aides d'État est ici conçu comme un outil de rapprochement, si ce n'est de l'harmonisation, des législations nationales. Selon la conception « économique » de l'aide, il eût été préférable que la Cour étende la notion afin d'élargir le contrôle à toutes les formes d'interventions publiques ayant pour effet de conférer des avantages. Cette définition de l'aide encourage l'application de l'article 107 TFUE et son système d'interdictions à toute mesure nationale qui procure des avantages aux entreprises, ce qui permettrait une égalisation de conditions de concurrence au sein du marché intérieur. Dans le domaine environnemental, elle conférerait à la Commission un pouvoir de contrôle potentiel sur l'ensemble des instruments des politiques nationales. Or, si l'on conviendra sans peine que le droit des aides d'État poursuit l'objectif de construction et de maintien du marché intérieur, il n'a toutefois pas vocation à permettre le contrôle de toutes les situations dans lesquelles des mesures nationales feraient obstacle à sa réalisation sauf à devenir le fondmeent d'*« une enquête au regard du seul traité sur toute la vie sociale et économique d'un État membre »*[493]. Si l'on s'en tient à sa conception originelle, il ne sert qu'à lutter contre les avantages dits artificiels, et non contre ceux résultant des disparités de législations nationales qui relèvent de la compétence d'harmonisation des législations nationales[494]. Il paraît viser les aides qui faussent les charges sur les activités économiques impliquées par le cadre réglementaire qui leur est applicable, et non pas le cadre réglementaire lui-même. La jurisprudence semble

[492] La neutralité réglementaire, selon laquelle l'uniformisation des droits nationaux doit assurer la concurrence entre les entreprises, serait opposé à la concurrence réglementaire, selon lequel la diversité des réglementations nationales est maintenue, ce qui conduit à la concurrence entre les États membres : A. SAYDÉ, *Abuse of Union Law and Regulation of the Internal Market*, thèse, Institut universitaire européen de Florence, 2012, spéc. p. 199 et s. ; sur l'application de cette grille de lecture à la définition de la notion d'aide, v. spéc. pp. 284 et s.

[493] Concl. F. G. JACOBS sous CJCE, 7 mai 1998, *Viscido e.a.*, préc., pt. 16

[494] V. Comité intergouvernemental créé par la conférence de Messine, *Rapport des chefs de délégation aux ministres des Affaires étrangères*, Bruxelles, Secrétariat, 21 avril 1956, pp. 16-17 et 57 ; en ce sens, V. DI BUCCI, « Quelques aspects institutionnels du droit des aides d'État », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, *op. cit.*, p. 43, v. pp. 44-45.

constituer une forme de retenue du juge tout à fait légitime. Elle permet d'assurer la sécurité juridique tout en épargnant les mesures nationales dont l'objet premier est d'établir le cadre réglementaire des activités économiques[495].

250. La matière environnementale permet de soulever un argument pratique au soutien de cette proposition : les instruments de première génération ne sont pas nécessairement d'application générale et ont toujours un effet sur le budget des opérateurs. Le refus du cumul des conditions pourrait donc faire tomber des pans entiers de mesures de police environnementale sous le coup de l'article 107 TFUE. Or, une telle solution emporterait l'obligation de notifier les mesures de ce genre, ce qui risque d'imposer à la Commission des contrôles dont le coût ne serait pas nécessairement proportionné à leurs résultats, sauf à croire que les États ne conçoivent leurs réglementations environnementales qu'avec l'intention de protéger leur économie nationale.

251. Par ailleurs, l'interprétation littérale du traité doit être replacée dans le contexte de la phrase complète de l'article 107 TFUE[496] : celui-ci ne vise pas une notion de « mesures de l'État conférant des avantages ». Il contient la notion d'« aides ». Cette notion paraît évoquer avant tout la subvention, ou l'aide publique, certes entendue largement. Or, il n'est pas évident qu'une règle environnementale comme une norme d'émission, au même titre qu'une règle de droit du travail, puisse être considérée comme correspondant à la notion d'« *aid[e] accordé[e] par les États ou au moyen de ressources d'État* ». Que la Cour l'interprète généreusement afin d'éviter que les États ne contournent la règle en recourant à des moyens détournés est une orientation certainement compréhensible au regard du libellé de cette disposition[497]. Néanmoins, cette garantie d'effectivité ne doit pas conduire à un élargissement excessif.

252. Enfin, dans le contexte d'une interprétation systémique, la limitation du champ du droit des aides s'explique aussi par l'existence d'autres moyens d'assurer la neutralité réglementaire. Dans le domaine environnemental, cet argument peut être étayé au regard de la

---

[495] V., en ce sens, obs. P. J. SLOT, sur CJCE, 17 mars 1993, *Sloman Neptun/Bodo Ziesemer*, C-72/91 et C-73/91, Rec. p. I-887, *CML Rev.*, *op. cit.* ; A. BIONDI, « Some Reflections on the Notion of 'State Aid Resources' in European Community State Aid Law », *op. cit.*, pp. 1435 et s. ; v., également, bien que l'analyse soit au final plutôt critique, A. COLIN-GOGUEL, « Le caractère public d'un avantage en droit communautaire : après les arrêts PreussenElektra et Stardust », *op. cit*., pp. 28-29.

[496] Pour une autre interprétation systémique, v. concl. M. F. JACOBS sous CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, préc., pts. 160-178, ce qui amène à croire que les deux positions, rejetant ou défendant le cumul des conditions, sont intellectuellement soutenables.

[497] Dès les premiers arrêts, l'interprétation du juge semble en effet consister à concilier une interprétation de la notion d'aide dans son sens usuel, tout en assurant qu'elle ne soit pas contournée par des mesures comme celles en cause dans cette espèce où un État diminuait artificiellement les prix des entreprises en accordant des réductions de charges sociales : CJCE, 23 février 1961, *De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Haute Autorité*, préc., pp. 38-40 ; v. concl. M. LAGRANGE, pp. 74-84

communication de la Commission annexée à la recommandation du Conseil susmentionnée qui reste l'exposé de principe de la position de l'Union en la matière[498]. En effet, la Commission annonce n'entendre mobiliser le droit des aides d'État que pour un cas précis : le contrôle des aides accordées par les États membres pour compenser le coût des normes environnementale, mais pas le contrôle de ces normes elles-mêmes[499]. Or, à l'exposé des motifs, ces normes sont les instruments de première génération de la protection de l'environnement[500]. Seules les redevances qui sont des instruments économiques font l'objet de considérations particulières[501]. Quant aux effets des instruments de première génération sur le commerce et la concurrence ils peuvent être résolus par l'adoption d'actes de droit dérivé, ce qu'indiquait la Communication de la Commission annexée à la recommandation du Conseil de 1975[502]. Ainsi, la limitation de la catégorie d'aide se comprend également par l'existence de compétences d'harmonisation qui permettent de résoudre les disparités hors de l'article 107 TFUE. De surcroît, les mesures de première génération peuvent toujours tomber sous le coup d'autres interdictions du droit primaire, comme celle de l'interdiction des entraves aux libertés de circulation.

253. En somme, la solution inverse à celle retenue par la Cour pourrait conduire à une extension sans fin de la catégorie d'aide et, par voie de conséquence, du pouvoir de contrôle de la Commission qui y est associé. Outre le fait qu'une telle solution pourrait introduire une importante insécurité juridique, elle correspond à une conception de l'aide qui est difficilement justificable dans le cadre du traité. La solution du juge paraît donc constituer une solution équilibrée entre les deux ambitions contradictoires qui guident l'interprétation de la catégorie d'aide.

---

[498] Communication de la Commission au Conseil relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement – Principes et modalités d'application, annexée à la recommandation du Conseil du 3 mars 1975 relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement, 75/436/Euratom, CECA, CEE, (JO L 194 du 25 juillet 1975, p. 1).

[499] *Ibid.*, paragraphe 2, pt. 6 ; si la Commission revoie, pour le contrôle des aides, aux mesures mentionnées au a) de ce point, dont le premier tiret traite des dérogations temporaires aux instruments de première génération, il semble que la Commission, en parlant d' « aides », ne vise que les mesures désignées comme telles au deuxième tiret du a) et au b).

[500] C'est ce qui ressort de l'explicitation des normes par la Commission, *ibid.*, pt. 4.

[501] *Ibid.*, b) du pt. 4.

[502] Communication de la Commission au Conseil relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement, préc., au c) du pt. 4.

Conclusion du Chapitre II

254. Les limites du droit des aides d'État appréciées à la lumière des éléments objectifs de la qualification permettent de mesurer le niveau de sécurité juridique atteint au fil de l'interprétation de l'article 107 TFUE. Elles confirment qu'il existe encore à ce jour une relative indétermination.

255. Celle-ci s'explique par l'imperfection de certains des critères de définition de la notion d'aide, qui peut être due au fait qu'ils sont encore en cours de formalisation ou qu'ils sont imparfaitement formalisés. S'agissant du critère de l'utilisation de ressources d'État, l'intervention du juge dans une affaire mettant en cause un mécanisme d'échange de quotas a bouleversé la construction d'origine de la Commission relative aux instruments qui fonctionnent sur la base de la délivrance d'actes administratifs. Si cette intervention a permis de préciser la qualification des mécanismes de quotas, celle des certificats verts est en revanche devenue incertaine. On peut ajouter que l'usage du critère du contrôle étatique des ressources a le défaut d'être ambigu. Le raisonnement des institutions semble mieux exprimé par le critère théorique de la médiatisation des transferts de ressources que l'on propose ici. Quant à la notion de SIEG, son incidence en droit des aides a pour effet avant tout d'apporter un élément d'indétermination dans l'étude du champ de l'article 107 TFUE. Il reste difficile à ce jour de savoir quelles sont les activités environnementales qualifiables de SIEG et quelles sont précisément les modalités d'organisation de ces activités qui assurent effectivement le bénéfice de cette qualification.

256. Pour autant, l'analyse montre que cette indétermination est loin d'être totale. Il est notamment permis de décrire l'étendue du contrôle des aides en recourant à la catégorie d'instrument économique de la protection de l'environnement, que l'on a définie comme contenant les mesures nationales qui reposent sur des obligations engendrant des transferts de ressources. Elle est certes imparfaite puisque la classification qu'elle permet ne correspond pas exactement au champ de l'article 107 TFUE. Néanmoins, son utilité a pu être démontrée. Sur la base de cette catégorisation, on a pu, tout d'abord, aborder un par un les instruments économiques de la protection de l'environnement et préciser à quelles conditions ils relevaient du droit des aides. Ensuite, il a été souligné que les instruments non économiques sont en tout état de cause exclus de l'article 107 TFUE. De la sorte, on dispose désormais d'une notion fonctionnelle pour la suite de l'étude : lorsqu'il sera fait référence aux instruments

économiques, il faudra comprendre que l'on entend par là des mesures environnementales susceptibles de relever du droit des aides d'État.

Conclusion du Titre I

257. L'étude des éléments objectifs de la qualification permet de mieux cerner le champ d'application du droit des aides d'État dans le domaine environnemental. Elle paraît nécessaire au vu de la diversité et de la complexité des formes que peuvent emprunter les mesures nationales dans le contexte des politiques modernes de la protection de l'environnement, influencées par les travaux issus de certaines analyses en science économique. On sait désormais que toutes les formes d'instruments économiques de la protection de l'environnement sont susceptibles d'en relever, et à quelles conditions. On sait aussi que les mesures traditionnelles de police administrative ne tombent pas sous le coup de l'article 107 TFUE.

258. Cette étude de la catégorie d'aide permet de souligner la double ambition qui anime les institutions de l'Union chargées de l'interpréter, à savoir assurer l'effectivité du contrôle des aides en même temps que la sécurité juridique. La volonté d'élargir cette catégorie est évidente. Les critères de définition sont déclinés afin de parvenir à qualifier toutes les mesures environnementales recourant à l'incitation pécuniaire, mêmes celles dont les modalités pratiques sont les plus complexes. Si le domaine environnemental est un laboratoire de nouvelles techniques d'interventions publiques, il est également un terrain d'expérimentation des critères de la notion d'aide. Ainsi, s'agissant des taxes parafiscales, les décisions adoptées par la Commission ont permis de préciser des situations qui sont encore inconnues de la jurisprudence. De même, le contrôle des mécanismes d'échange de quotas d'émission ainsi que les certificats verts donnent naissance à des solutions nouvelles alors que les affaires relatives à la délivrance d'actes administratifs sont assez rares. De plus, des exemples originaux de SIEG environnementaux montrent bien la diversité des activités susceptibles de relever de la jurisprudence *Altmark*. Enfin, l'application de l'article 107 TFUE, en particulier par la Commission, permet de souligner de nombreux exemples de mesures générales ou de mesures justifiées par la nature ou l'économie du système, dont on ne trouvera que de rares exemples dans la jurisprudence.

259. Il faut toutefois souligner que cette expérimentation n'est pas nécessairement gage de simplification. Bien au contraire, la catégorie d'aide se complexifie en raison d'un développement casuistique des solutions et de la multiplication des strates de critères de qualification. Ce seul constat permet déjà de relativiser la deuxième ambition des institutions,

qui est de faire de la catégorie d'aide une notion objective. Certes, le juge paraît assurer son office. En particulier, la jurisprudence imposant une charge pour le budget de l'État a permis de cantonner la notion d'aide à des limites qui paraissent justifiées, nonobstant les tentatives d'extension de la Commission et les critiques doctrinales. Au vu du critère théorique de la médiatisation, la notion d'aide est parfois circonscrite de façon formaliste, ce qui est nécessaire pour assurer la sécurité juridique. Il n'en reste pas moins que ce formalisme fait que la distinction entre les mesures impliquant des ressources sous contrôle de l'État est parfois subtile. Par ailleurs, l'exemple des certificats verts montre que les constructions de la Commission sont parfois éphémères. Celui des SIEG souligne combien l'interférence d'autres notions indéterminées dans la définition de l'aide peut contribuer à nuire à la sécurité juridique. La prévisibilité, la clarté et la stabilité de la norme ne sont pas totalement assurées.

260. Au final, il apparaît qu'il est plus facile d'étendre le champ de la notion d'aide que de le délimiter clairement. Ce constat n'est pas surprenant. Lorsque les institutions imposent un critère qui ferme la catégorie d'aide, elles sont liées pour l'avenir et courent le risque de permettre aux États membres de contourner le droit des aides, en particulier par des mesures inattendues.

261. Les développements qui précèdent ne sauraient toutefois épuiser l'étude de la catégorie d'aide appliquée aux mesures environnementales et, en particulier, celle des facteurs de son indétermination. L'analyse des éléments objectifs a permis de montrer que cette indétermination pouvait découler de l'imperfection de certains des critères de définition. L'étude des éléments subjectifs de qualification permet d'approfondir cet examen en soulignant la présence de facteurs très différents.

Titre II) Les éléments subjectifs de la qualification des aides dans le domaine environnemental

262. L'étude des éléments objectifs de la qualification ne saurait épuiser l'analyse du champ de l'application du droit des aides aux mesures environnementales en fonction de la catégorie juridique d'aide d'État. Il est en effet possible de mettre en évidence des éléments subjectifs de qualification. Ils s'ajoutent aux éléments objectifs et se caractérisent par le fait qu'ils permettent l'expression de la volonté propre des institutions de l'Union au stade de la qualification.

263. L'identification de ces éléments paraît nécessaire pour préciser le champ d'application du droit des aides aux mesures de la protection de l'environnement. Elle permet également d'apporter des facteurs explicatifs à l'indétermination de la notion d'aide en relativisant la jurisprudence de la Cour selon laquelle l'aide constitue une *« notion juridique devant être appréciée sur la base d'éléments objectifs »*[503]. En outre, dans le domaine environnemental, cette démonstration présente un intérêt tout particulier. Il est parfois soutenu en doctrine[504] que dans la structure du contrôle des aides, les arbitrages entre des objectifs non économiques tels que la protection de l'environnement et les nécessités de la libre concurrence avaient lieu uniquement au stade de l'appréciation de la compatibilité en application du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE. Il ne s'agit pas de remettre en cause le fait que l'essentiel de cet arbitrage a lieu à ce stade, mais simplement de le relativiser. Les éléments subjectifs de qualification semblent en effet permettre aux institutions, à l'occasion de l'interprétation du paragraphe premier de l'article 107 TFUE, de modifier à la marge le champ du droit des aides pour y inclure ou en exclure certaines mesures en fonction de considérations qui pourraient être liées à la protection du milieu naturel.

264. Il faut préciser que l'intervention de ces éléments subjectifs n'est pas systématique. Ils interviennent seulement périodiquement. Par ailleurs, ils doivent être trouvés dans les conditions constitutives de l'aide dont il est question jusqu'à présent et, plus précisément, dans certains des sous-critères ou des opérations qui sont nécessaires pour leur réalisation.

---

[503] V., récemment, CJUE, 21 juin 2012, *BNP Paribas et BNL/Commission*, C-452/10 P, non encore publié au Recueil, pt. 100.

[504] V., par exemple, A. DYEVRE, « La prise en compte de critères 'extraconcurentiels' dans le droit communautaire de la concurrence », *RIDE*, 2007, n° 4, spéc. pp. 436-437 ; N. RUBIO, « Commerce, concurrence et protection de l'environnement en droit communautaire », *in* S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *L'outil économique en droit international et communautaire de l'environnement*, *op. cit.*, p. 145, spéc. pp. 151-158.

265. Pour schématiser, on peut présenter ces éléments subjectifs en fonction des différentes conditions constitutives de l'aide qui les autorisent et en considérant la forme qu'ils empruntent. Le raisonnement impliqué par la condition de la sélectivité des aides semble être particulièrement illustratif de la tendance à la subjectivité. L'étude de cette condition permet en outre de bien souligner les contradictions qui existent entre les principes jurisprudentiels revendiquant l'objectivité de la catégorie d'aide et le contenu réel de ses critères constitutifs. Il semble donc justifié d'aborder, en premier lieu, l'explication des éléments subjectifs présents dans l'appréciation de la sélectivité (Chapitre I). La sélectivité n'est pas la seule condition constitutive de l'aide permettant cette subjectivité. Ainsi, quelles que soient les conditions considérées, elles autorisent toutes des opérations de qualification dans lesquelles les institutions de l'Union se fondent sur l'existence de données abstraites. Les éléments subjectifs se présentent ainsi généralement sous la forme de présupposés (Chapitre II).

Chapitre I) Les éléments subjectifs dans l'appréciation de la sélectivité

266. Le critère de la sélectivité semble être un vecteur particulièrement important de subjectivité au stade de la qualification des mesures nationales de protection de l'environnement. D'emblée, il faut préciser que cette proposition n'a rien d'évident au regard de la jurisprudence. En effet, la Cour annonce depuis l'origine vouloir construire une notion d'aide objective[505], ce qui s'oppose à première vue à l'intégration d'éléments subjectifs dans l'opération de qualification. Il n'en reste pas moins que l'interprétation de la catégorie d'aide pourrait, en pratique, ne pas correspondre nécessairement et en toutes hypothèses à cette prétention jurisprudentielle à l'objectivité.

267. La démonstration de l'introduction d'une dose de subjectivité au stade de la qualification appelle une étude en détail de la jurisprudence et de la pratique de la Commission. Il s'agit d'identifier comment les éléments subjectifs sont apparus, à quel moment précis du raisonnement formalisé de l'appréciation de la sélectivité ils ont vocation à jouer, mais aussi d'essayer de saisir leur portée. À cette fin, il convient, en premier lieu, de reconsidérer la jurisprudence pour envisager les éléments ordonnançant cette condition consitutive de l'aide, mais aussi les principes qui inspirent le juge dans l'interprétation de cette notion. Ces éléments et ces principes sont en effet à l'origine de certaines ambiguïtés qui sont autant de facteurs de la subjectivité (Section I). En second lieu, l'étude de la pratique des institutions de l'Union permet d'apprécier ces éléments ambigus dans le contexte de leur application concrète afin de démontrer la réalité de la subjectivité (Section II).

Section I) Les facteurs de la subjectivité

268. Les facteurs de la dose de subjectivité introduite au stade de l'appréciation de la sélectivité des mesures environnementales doivent être trouvés dans les éléments retenus par la jurisprudence pour définir cette condition. La vérification de cette proposition implique une analyse assez délicate. La jurisprudence relative à la sélectivité n'est pas nécessairement d'une clarté absolue et c'est précisément cette clarté relative qui favorise la subjectivité. Il faut donc nécessairement composer avec les ambiguës de la jurisprudence (I). Par ailleurs, la sélectivité et sa dimension subjective ont fait l'objet d'analyses doctrinales, mais celles-ci

[505] CJCE, 2 juillet 1974, *Italie/Commission*, 173/73, préc., pt. 27.

n'aboutissent pas à des conclusions univoques. Il s'agit donc de présenter les diverses positions adoptées en doctrine au sujet de la sélectivité puis, nécessairement, de prendre parti afin d'intégrer au mieux les apports qui paraissent les plus pertinents pour identifier les facteurs de la subjectivité (II).

I) Les ambiguïtés de la jurisprudence

269. À ce jour, la jurisprudence relative à la sélectivité reste ambiguë. Il est important de faire ce constat parce que l'émergence d'appréciations subjectives naît du contexte de cette ambiguïté. D'une part, sur le plan général, il existe de possibles glissements dans l'appréciation de la sélectivité (A). D'autre part, d'un point de vue plus particulier, il existe une contradiction latente entre un principe d'interprétation de l'aide, à savoir la doctrine prétorienne des effets, et la définition jurisprudentielle de la sélectivité (B).

A) Les possibles glissements dans l'appréciation de la sélectivité

270. La doctrine maintient aujourd'hui un constat effectué il y a quelque temps déjà[506] : la sélectivité constitue sans doute le critère constitutif de l'aide le plus difficile à apprécier[507]. La logique à l'œuvre lors de l'appréciation de cette condition est parfois obscure et la cohérence générale des solutions n'est pas toujours évidente. Ces considérations sont tout à fait transposables dans le domaine environnemental : l'étude des décisions des institutions de l'Union permet de souligner les possibles glissements dans l'application de la condition de sélectivité.

271. Une première remarque paraît s'imposer : l'entreprise jurisprudentielle de précision de la sélectivité ne contribue pas nécessairement à simplifier le raisonnement de la Cour. L'appréciation de certaines mesures donne lieu, dans les affaires environnementales les plus récentes, à l'élaboration par le juge d'une motivation extrêmement détaillée et particulièrement technique[508]. Les propositions doctrinales visant à systématiser l'application de la condition aboutissent parfois à des constructions d'une très grande complexité[509].

---

[506] Concl. R. J. COLOMER sous CJCE, 19 mai 1999, *Italie/Commission*, C-6/97, pt. 27.

[507] D. BERLIN, *politique fiscale*, vol. II, *op. cit.*, n° 1299 ; D. WAELBROECK, « La notion d'aide d'État dans la jurisprudence récente de la Cour de justice », *op. cit.*, p. 797-798.

[508] Ainsi, le contrôle de l'appréciation faite par la Commission de la sélectivité d'une taxe sur les granulats a demandé au Tribunal pas moins d'une cinquantaine de considérants, souvent substantiels : v. Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pts. 45-102.

[509] V., pour un exemple particulièrement éloquent, obs. R. LUJA sur CJCE, 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, préc., *EStAL*, 2010, n° 1, p. 161, spéc. p. 165.

Néanmoins, malgré cet effort continu de précision, les affaires environnementales révèlent des incohérences et des divergences de fond entre les institutions de l'Union sur l'interprétation de cette condition et, au final, les difficultés qu'induit son application[510].

272. La cohérence des décisions rendues dans le domaine environnemental est en effet parfois incertaine, *a fortiori* lorsqu'elle est mise en relation avec les décisions rendues dans d'autres domaines. Il peut s'agir, notamment, de possibles discordances entre le juge et la Commission. Ainsi, la Cour a jugé récemment que la sélectivité s'appréciait *« indépendamment des techniques utilisées »*[511] et que, par conséquent, le traitement privilégié d'une catégorie d'entreprises, procédant de l'application mécanique de bases générales d'imposition, et voulu par le législateur fiscal national pour faire échapper une catégorie d'entreprises à l'impôt, était sélectif[512]. Dans l'arrêt *British Aggregates*, elle a jugé en ce sens que l'exonération d'un impôt au bénéfice d'un groupe d'entreprises ayant les mêmes effets que leur exclusion de son champ, le recours à l'une ou l'autre de ces techniques était indifférent pour la qualification[513]. Or, cette jurisprudence semble contredire l'appréciation de la Commission selon laquelle une taxe qui frappe la consommation de produits énergétiques comme combustibles et exonère, pour des motifs de compétitivité, les procédés qui utilisent ces mêmes produits à d'autres fins n'est pas sélective[514], alors qu'il s'agit d'une dérogation à une taxe sur la consommation de produits énergétiques engendrée par la technique fiscale employée qui n'a d'ailleurs aucune justification environnementale.

273. Dans d'autres hypothèses, les incohérences concernent les jurisprudences de la Cour et du Tribunal. Par exemple, il ressort d'une jurisprudence constante que les aides à l'exportation sont sélectives et ce, même si elles bénéficient à toutes les entreprises sur le

---

[510] Ainsi, dans l'affaire *British Aggregates*, la Commission avait conclu à l'absence de sélectivité de la mesure en cause (décision de la Commission du 24 avril 2002, State aid N 863/01 – United Kingdom Aggregates Levy (C(2002) 1478 fin)), ce qu'à admis le Tribunal en première instance (TPICE, 13 septembre 2006, British Aggregates/Commission, T-210/02, Rec. p. II-2789), mais a été invalidé par la Cour sur pourvoi (CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, préc.), nécessitant un renvoi au Tribunal (Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc.). De même, dans l'affaire des quotas NO_x, la Commission avait retenu la sélectivité de la meure litigieuse (décision de la Commission du 24 juin 2003, State Aid N 35/2003, préc.), le Tribunal avait invalidé cette qualification (TPICE, 10 avril 2008, *Pays-Bas/Commission*, préc.) et, au final, la Cour a donné raison à la Commission sur pourvoi (CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc.).

[511] CJUE, 15 novembre 2011, *Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, préc., pt. 87 ; v. également pts. 89-92 ; obs. M. BAZEX, *DA*, 2012, n° 1, comm. 3 ; obs. É. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, *DF*, 2012, n° 5, comm. 126 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2012, n° 1, comm. 39

[512] *Ibid*., pts. 100-107 ; la Cour a annulé pour ce motif l'arrêt TPICE, 18 décembre 2008, *Government of Gibraltar/Commission*, T-211/04 et T-215/04, Rec. p. II-3745, pts. 143-144.

[513] CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, préc., pt. 89.

[514] Décision 2002/676/CE, CECA de la Commission du 3 avril 2002, préc., pts. 39-52 ; décision de la Commission du 7 février 2007, State aid N 820/2006, préc., p. 5-6.

territoire[515], ce qui amenait à croire qu'il s'agissait par définition de mesures relevant de l'article 107 TFUE. Or, le Tribunal, dans l'arrêt *British Aggregates*, paraît démentir ce principe quand il juge que l'exonération de la taxe environnementale bénéficiant aux granulats exportés n'est pas sélective[516].

274. Il est également possible de s'interroger sur la pertinence de la délimitation du cadre d'analyse retenu dans cet arrêt. En effet, on connaît la tendance de la Cour à élargir le cadre d'analyse de la sélectivité au-delà d'un secteur déterminé : lorsque la mesure en cause a pour objet la lutte contre une pollution définie, toutes les entreprises à l'origine de cette pollution sont dans une situation comparable[517]. Toutefois, dans l'arrêt *British Aggregates*, la sélectivité est appréciée à l'échelle du secteur de l'exploitation de granulats puisque la taxe ne frappait que ces produits. Or, le but de la taxe en cause était de lutter contre *« les nuisances sonores, les poussières, les atteintes à la biodiversité et les dégradations visuelles »*[518] causées par le secteur de l'extraction de minerai en vue de produire des granulats. De ce point de vue, alors que le secteur de l'extraction de minerai à d'autres fins que la production de granulats peut avoir des effets comparables sur l'environnement, la limitation de la taxe à cette seule activité d'extraction de granulats pourrait constituer un avantage pour ces productions, ce sur quoi le juge ne s'explique pas. Enfin, alors que la Cour a jugé que des réductions de charges sociales accordées aux entreprises employant de travailleurs manuels ne sont pas, *per se*, sélectives[519], il est surprenant que certaines décisions considèrent, par ailleurs, que les exonérations de taxes environnementales sur l'énergie accordées aux entreprises fortement consommatrices d'énergie sont sélectives[520] : dans les deux hypothèses, il s'agit d'alléger le coût d'un facteur de production pour les entreprises qui y recourent.

275. Au-delà, c'est la cohérence même du raisonnement proposé par la Cour et, tout particulièrement, les différences réelles entre l'appréciation de la sélectivité et sa justification par la nature ou l'économie du système qu'il convient d'interroger. Il est parfois difficile de bien distinguer les logiques qui les sous-tendent. Ainsi, dans l'arrêt *British Aggregates*,

---

[515] CJCE, 10 décembre 1969, *Commission/France,* 6/69 et 11/69, Rec. p. 523, pts. 20-21 ; CJCE, 7 juin 1988, *Grèce/Commission*, 57/86, Rec. p. 2855, pt. 8 ; CJCE, 15 juillet 2004, *Espagne/Commission*, C-501/00, Rec. p. I-6717, pt. 120.

[516] Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pts. 95-99.

[517] CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, préc., pt. 52 ; CJCE, 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, préc., pt. 61 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pts. 52 et 62 ; v., également, Trib. UE, 13 septembre 2012, *Italie/Commission*, T-379/09, préc., pt. 47.

[518] Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pt. 22.

[519] CJCE : 17 juin 1999, *Belgique/Commission*, C-75/97, Rec. p. I-3671, pt. 28.

[520] Décision 2005/565/CE de la Commission du 9 mars 2004, préc. ; décision 2005/468/CE de la Commission du 30 juin 2004, préc. ; décision 2009/972/CE de la Commission du 17 juin 2009, préc. ; décision 2011/528/UE de la Commission du 8 mars 2011, préc.

lorsque le Tribunal cherche à savoir si la taxe en cause entraine une différence de traitement fiscal entre des granulats se trouvant dans un même situation par rapport à l'objectif environnemental poursuivi, puis si cette différenciation est justifiée par la nature ou l'économie de la taxe, l'opération intellectuelle qu'il effectue est la même dans les deux cas : elle consiste, en substance, à vérifier si l'assiette de la taxe permet un effet incitatif favorisant la réorientation de l'exploitation des granulats vers les catégories de cette marchandise qui sont les moins nuisibles à l'environnement. La motivation du juge paraît d'ailleurs se répéter lorsqu'il procède à l'appréciation la sélectivité puis à celle de la justification[521].

276. Il est finalement possible de s'interroger sur l'utilité même de construire un raisonnement en deux temps. Dans ses arrêts les plus récents, notamment en matière environnementale, il apparaît que la Cour s'attache à approfondir l'appréciation de la comparabilité des situations qui intervient en amont du raisonnement sur la sélectivité[522]. De surcroît, et alors que certains auteurs avaient noté sa réticence à s'engager dans cette voie[523], elle a récemment admis qu'une différence substantielle de situations entre deux catégories d'entreprises peut expliquer une différence de traitement et écarter ainsi la sélectivité[524]. C'est au regard de cet élément que l'on peut reconsidérer, par exemple, la solution de la Commission selon laquelle une dérogation à une taxe sur l'énergie ayant pour objet de réduire les émissions de CO_2 est justifiée lorsqu'elle bénéficie aux producteurs d'énergie SER, puisque ces derniers ne contribuent pas à ces émissions[525]. Ne pourrait-il être soutenu, au regard de l'objectif de la mesure en cause, que ces producteurs ne sont pas dans une situation comparable à celle des producteurs d'énergie conventionnelle ? Dès lors que ces deux raisonnements peuvent aboutir au même résultat, la nécessité de l'étape de la justification de la mesure n'est pas flagrante.

277. En somme, la cohérence des éléments retenus par la jurisprudence pour définir la sélectivité doit être interrogée. Alors que ces éléments ont été posés puis affinés depuis quelque temps déjà par le juge, il est permis de croire que ce sont leurs qualités intrinsèques qui sont en cause. Cette ambigüité de la jurisprudence paraît renforcée si l'on souligne qu'il existe, par ailleurs, une contradiction entre la doctrine jurisprudentielle des effets et les éléments de la définition jurisprudentielle de la sélectivité.

---

[521] Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pts. 73, 78 et 89-90.
[522] CJCE, 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, préc., pts. 63 et 36.
[523] B. KURCZ, D. VALLINDAS, « Can General Measures be… Selective ? Some Thoughts on the Interpretation of a State Aid Definition », *op. cit.*, pp. 171-174.
[524] CJUE, 8 septembre 2011, *Paint Graphos e.a.*, préc., pts. 55-63.
[525] Décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid NN 30/B/2000 and N 678/2001, préc., p. 4-5 ; décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 168/A/2001, préc. pp. 9-11.

B) La contradiction entre la doctrine jurisprudentielle des effets et les éléments de la définition jurisprudentielle de la sélectivité

278. La prise en compte de l'intention du législateur national — c'est-à-dire d'une *« donnée psychologique […] qui, en fonction du but qui la qualifie, est […] retenue comme élément constitutif d'un acte ou d'un fait juridique »*[526] — au stade de la qualification d'une mesure au regard de l'article 107 TFUE est une question que la jurisprudence rend complexe à analyser. À première vue, la doctrine jurisprudentielle des effets semble être un facteur d'exclusion des éléments intentionnels au stade de la qualification (1). Néanmoins, à l'analyse, elle apparaît surtout comme une source de contradictions dans la jurisprudence (2).

1) La doctrine jurisprudentielle des effets, facteur apparent d'exclusion des éléments intentionnels au stade de la qualification

279. À la lecture de la jurisprudence, la prise en compte d'éléments intentionnels au stade de la qualification paraît exclue en raison de l'existence d'un considérant de principe, généralement désigné comme l'expression d'une « doctrine des effets »[527].

280. Depuis les arrêts fondateurs de sa jurisprudence en matière d'aides d'État, la Cour juge ainsi de façon itérative que *« l'article [107 TFUE] ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions visées, mais les définit en fonction de leurs effets »*[528]. Ce considérant, porteur d'un principe général d'interprétation de la notion d'aide, figure généralement au début des études doctrinales relatives à la notion d'aide, quand il ne les introduit pas[529]. Par cette formule, la Cour rappelle avant tout aux États membres qu'un avantage accordé aux fins de la réalisation des objectifs de toute politique publique peut constituer une aide. Cette position semble cohérente au regard d'autres considérations jurisprudentielles relatives à la notion d'aide : il pourrait être contradictoire qu'une disposition interdisant les aides *« sous quelque forme que ce soit »*, interprétée de surcroît de façon

---

[526] *V°* « Intention » *in* G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* ; étant entendu que l'intention peut aussi servir *« comme critère d'appréciation de [la] licéité [de l'acte] »* (*ibid.*).

[527] V., par exemple, M. MEROLA, « Le critère de l'utilisation des ressources publiques », *op. cit.*, n° 8.

[528] CJCE, 2 juillet 1974, *Italie/Commission*, 173/73, préc., pt. 27 ; CJCE, 24 février 1987, *Deufil/Commission*, 310/85, Rec. p. 901, pt. 8 ; CJCE, 29 février 1996, *Belgique/Commission*, C-56/93, Rec. p. I-723, pt. 79 ; CJCE, 26 septembre 1996, *France/Commission*, C-241/94, Rec. p. I-4551, pt. 21 ; CJCE, 17 juin 1999, *Belgique/Commission*, C-75/97, Rec. p. I-3671, pt. 25 ; CJCE, 12 octobre 2000, *Espagne/Commission*, C-480/98, Rec. p. I-8717, pts. 16-17 ; CJCE, 13 juin 2002, *Pays-Bas/Commission*, C-382/99, Rec. p. I-5163, pt. 61 ; CJCE, 8 septembre 2011, *Paint Graphos e.a.*, C-78/08 à C-80/08, pt. 67 ; CJUE, 15 novembre 2011, *Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, préc., pt. 87.

[529] V., par exemple, J.-C. BONICHOT, J.-D. MOUTON, « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'aide publique aux entreprises », *op. cit.*, 200 ; J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, *op. cit.*, n° 111 ; L. HANCHER, « Towards a New Definition of a State Aid under European Law : Is There a New Concept of State Aid Emerging », *op.cit.*, p. 365 ; R. PLENDER, « Definition of Aid », *in* A. BIONDI, P. EECKHOUT, J. FLYNN (dir.), *The Law of State Aid in the European Union*, *op. cit.*, p. 3, spéc. pp. 6-8.

extensive, puisse voir son champ limité parce qu'un avantage accordé à certaines entreprises serait non pas une fin en soi mais un moyen au service d'une politique générale.

281. En ce qu'elle exclut de l'analyse *« les causes ou les objectifs des interventions visées »*, cette doctrine des effets semble aller à l'encontre de l'intégration d'éléments intentionnels au stade de la qualification de l'aide : l'argument de la participation d'une mesure à la réalisation des objectifs d'une politique publique n'est pas opérant et l'État ne saurait dès lors échapper à l'article 107 TFUE en invoquant les motifs de ses interventions.

282. Cette interprétation de la jurisprudence paraît confirmée lorsque l'on s'intéresse à la déclinaison de la doctrine des effets dans le domaine environnemental. Si les premières applications de cette doctrine dans ce domaine sont assez peu significatives[530], quelques arrêts récents pourraient laisser croire que le juge en déduit des conséquences particulières au sujet de la situation des éléments intentionnels dans la structure du contrôle des aides. Plus précisément, le juge semble indiquer que cette prise en compte n'intervient pas au stade de la qualification de la mesure en cause, mais uniquement au stade ultérieur de l'appréciation de sa compatibilité.

283. Ainsi, dans un premier arrêt où l'État membre en cause essayait de justifier la sélectivité de sa mesure sur le terrain des considérations environnementales qu'elle poursuivait, la Cour a considéré, en rappelant la doctrine des effets, que les motifs environnementaux allégués étaient *« inopérants au stade de l'appréciation d'une mesure étatique au regard de l'article [107], paragraphe 1, du traité »*[531]. Ce principe paraît être confirmé plus récemment dans les affaires *British Aggregates* et des quotas de NO_x lorsque la Cour a procédé, sur pourvoi, au contrôle des qualifications effectuées par le Tribunal. Elle a en effet jugé que *« même si la protection de l'environnement constitue l'un des objectifs essentiels de la Communauté européenne, la nécessité de prendre en compte cet objectif ne justifie pas l'exclusion de mesures sélectives du champ d'application de l'article [107, paragraphe 1, TFUE] la prise en compte des objectifs environnementaux pouvant, en tout état de cause, intervenir utilement lors de l'appréciation de la compatibilité de la mesure d'aide d'État avec le marché commun »*[532]. Dans le même sens, la Commission fait parfois application de cette doctrine en indiquant que certains arguments opposés par les États pour

[530] Il s'agit d'écarter les arguments des États selon lesquels, en substance, la poursuite d'objectifs environnementaux par le moyen des mesures considérées serait susceptible de les faire échapper au champ de l'article 107 TFUE : CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO*, préc., pt. 34 ; CJCE, 29 avril 2004, *Pays-Bas/Commission*, C-159/01, préc., pt. 51 ; TPICE, 29 septembre 2000, *CETM/Commission*, pt. 53 ; TPICE, 14 janvier 2004, *Fleuren Compost/Commission*, préc., pt. 54.

[531] CJCE, 13 février 2003, *Espagne/Commission*, C-409/00, préc., pts. 53-54, en lien avec le pt. 46.

[532] CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pt. 75 ; dans le même sens, CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, préc., pt. 92.

contester la qualification d'aide ne seront pris en compte que lors de l'application de la compatibilité de la mesure[533].

284. À première vue, les institutions paraissent mobiliser la doctrine des effets afin de situer la prise en compte des motifs d'intérêt général dans la structure du contrôle des aides : l'objectif poursuivi par l'État serait indifférent au premier stade, celui de la qualification de la mesure en cause, car il est appelé à jouer ultérieurement lors de l'appréciation de la compatibilité de l'aide. La notion d'aide serait ainsi construite à partir de critères matériels seulement, le critère intentionnel que constitue l'objectif poursuivi par la mesure étant indifférent. Néanmoins, une analyse plus détaillée de la jurisprudence paraît indiquer que la doctrine jurisprudentielle des effets est avant tout une source réelle de contradictions.

2) La doctrine jurisprudentielle des effets, source réelle de contradictions dans la jurisprudence

285. La question de la prise en compte des éléments intentionnels au stade de la qualification est plus ambiguë que ce que les premiers éléments de réflexion à cet égard pourraient laisser croire. Pour le démontrer, il convient de replacer les références à la doctrine des effets dans le contexte plus général des arrêts *British Aggregates* et des quotas de NO_x.

286. Dans les affaires ayant donné lieu à ces arrêts sur pourvoi de la Cour, étaient en cause des décisions de première instance dans lesquelles le Tribunal avait considéré que les mesures concernées n'étaient pas des aides. Pour parvenir à cette conclusion, le Tribunal avait fait preuve d'une certaine souplesse dans la qualification, tout particulièrement lors de l'appréciation de la condition de sélectivité. Dans l'affaire *British Aggregates*, il était parti de la prémisse selon laquelle l'État membre en cause disposait d'une importante marge de manœuvre pour définir ses priorités en matière de politique environnementale et que, par conséquent, il était libre de créer une taxe environnementale, mesure par nature spécifique, et de définir les biens qu'il entendait y soumettre[534]. C'est en considération de cette marge de manœuvre et de la spécialité de la mesure qu'il avait admis que des entreprises pouvaient échapper à la taxe pour des motifs de compétitivité, et non pas en raison de considérations environnementales, sans que cela en fasse pour autant une mesure sélective[535]. Dans l'affaire des quotas de NO_x, le Tribunal s'était fondé sur le fait que le mécanisme de quotas d'émission était une sorte de réglementation spéciale qui avait été mise en place pour parvenir à un plafond d'émission imposé par l'État aux seules grandes installations industrielles. Il en avait

[533] V., par exemple, décision 2004/50/CE de la Commission du 17 septembre 2003, préc., pt. 12 ; pt. 44.
[534] TPICE, 13 septembre 2006, *British Aggregates/Commission*, préc., pts. 115-117.
[535] *Ibid.*, pts. 124-136.

déduit que l'avantage constitué par la négociabilité des quotas bénéficiait à des opérateurs se trouvant dans une situation comparable au regard de la mesure en cause. La mesure n'était donc pas sélective[536].

287. Il semble important de noter que ces deux arrêts contenaient un élément de motivation commun : le Tribunal justifiait ses solutions au regard de l'actuel article 11 TFUE en vertu duquel les institutions de l'Union doivent prendre en compte l'objectif de protection de l'environnement dans toutes les politiques et actions de l'Union[537]. Ainsi, la position du Tribunal peut s'interpréter comme une forme de préjugé positif et explicite à l'égard de mesures spéciales dont l'objet était de contraindre un groupe déterminé d'entreprises à respecter l'environnement. Cette interprétation de la sélectivité ne va pas sans rappeler celle que l'avocat général Mischo avait proposée auparavant dans ses conclusions sous l'affaire *Adria-Wien Pipeline*. Il considérait, en substance, que la taxe en cause constituait un régime nouveau et complet de prélèvements obligatoires, poursuivant des objectifs environnementaux spécifiques et que la répartition de la charge fiscale qu'elle prévoyait ne pouvait être envisagée en termes de dérogations[538].

288. Or, on sait que la Cour avait retenu la solution exactement inverse dans l'arrêt *Adria-Wien Pipeline*, de sorte que cette interprétation permissive de la sélectivité semblait devoir être exclue[539]. L'avocat général Mengozzi a d'ailleurs vu dans le raisonnement du Tribunal dans l'arrêt *British Aggregates « une approche profondément innovatrice par rapport à la jurisprudence communautaire sur l'application de la condition de sélectivité »*[540] dont il a retrouvé l'essence dans l'arrêt rendu dans l'affaire des quotas de NO_x[541]. La Cour a suivi cette analyse : dans l'affaire *British Aggregates*, elle a jugé que la position du Tribunal confinait à un contrôle particulièrement lâche des règles fiscales nationales qui excluait toute possibilité de qualifier d'avantage sélectif d'éventuelles incohérences dans la définition du champ d'application de la taxe considérée par rapport aux objectifs environnementaux[542]. De même, dans l'affaire des quotas de NO_x, le juge de première instance avait commis une erreur de

---

[536] TPICE, 10 avril 2008, *Pays-Bas/Commission.*, préc., pts. 87-93. Le Tribunal apprécie dans les mêmes termes la justification de la mesure : v. pt. 99.

[537] TPICE, 13 septembre 2006, *British Aggregates/Commission*, préc., pt. 117 ; TPICE, 10 avril 2008, *Pays-Bas/Commission.*, préc., pt. 99.

[538] Concl. J. MISCHO sous CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, préc., pts. 35 et s. v. J. GOLFINOPOULOS, « Concept of Selectivity Criterion in State Aid Definition Following the Adria-Wien Judgment – Measures Justified by the 'Nature or General Scheme of a System' », *ECL Rev.*, 2003 (10), p. 543, spéc. p. 547

[539] CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, préc., pt. 35.

[540] Concl. P. MENGOZZI sous CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, préc., pt. 95

[541] Concl. P. MENGOZZI sous CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, préc., pt. 55

[542] CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, préc., pts. 81-92, 118, 134, 139, 140-145, 154 et 171.

droit en admettant que la justification de la sélectivité puisse être retenue au seul motif que le cercle des bénéficiaires de l'avantage en cause était défini sur la base d'un critère quantitatif qui n'avait pas de rapport avec la protection de l'environnement[543]. En bref, la Cour montre qu'elle n'est pas prête à admettre que des mesures environnementales échappent au champ du droit des aides d'État sans une analyse approfondie de leur sélectivité. Ses arrêts en attestent[544], de même que les décisions de la Commission qui témoignent d'une rigueur similaire[545].

289. Il se trouve que c'est précisément à ce stade du raisonnement, c'est-à-dire pour censurer l'approche permissive du Tribunal, que la Cour a mobilisé la doctrine des effets. On tient peut-être ici la véritable portée de cette doctrine jurisprudentielle : elle n'est qu'un argument aux conséquences modestes, ce qui correspond à son acception originelle[546]. Si l'on s'attache à la véritable signification que lui donne la Cour dans les deux arrêts susmentionnés, elle a déduit de la doctrine des effets que *« même si la protection de l'environnement constitue l'un des objectifs essentiels de la Communauté européenne, la nécessité de prendre en compte cet objectif ne justifie pas l'exclusion de mesures sélectives du champ d'application de l'article [107, paragraphe 1, TFUE] »*[547]. Dans l'arrêt *British Aggregates*, elle a rappelé en ce sens une formule itérative, selon laquelle *« la finalité poursuivie par des interventions étatiques ne suffit pas à les faire échapper d'emblée à la qualification d' 'aides' au sens de l'article [107 TFUE] »*[548]. Cette position est peut être exprimée plus clairement par le Tribunal dans une autre affaire : il ne suffit pas *« aux autorités publiques d'invoquer la légitimité des objectifs visés à travers l'adoption d'une mesure d'aide pour que celle-ci puisse être considérée comme une mesure générale »*[549].

---

[543] CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, préc., pt. 76.

[544] CJCE, 26 septembre 2002, *Espagne/Commission*, C-351/98, préc., pt. 43 ; CJCE, 13 février 2003, *Espagne/Commission*, C-409/00, préc. pts. 53 et 55 ; CJCE, 29 avril 2004, *Pays-Bas/Commission*, C-159/01, préc., pts. 42-46 ; v., également, TPICE, 29 septembre 2000, *CETM/Commission*, préc., pt. 53-54.

[545] Décision 2004/50/CE de la Commission du 17 septembre 2003, préc., pts. 12 et 28 ; décision 2005/468/CE de la Commission du 30 juin 2004, préc., pts. 39-40 ; décision 2005/565/CE de la Commission du 9 mars 2004, préc., pt. 53 ; décision de la Commission du 9 novembre 2007, State aid N 391/2006, pts. 43-48 ; décision de la Commission du 28 octobre 2009, State aid C 30/2009 (ex N 328/2008), préc., pt. 34 ; décision 2011/528/UE de la Commission du 8 mars 2011, préc., pts. 107-108.

[546] CJCE, 2 juillet 1974, *Italie/Commission*, 173/73, préc., pts. 27-28 ; CJCE, 24 février 1987, *Deufil/Commission*, 310/85, Rec. p. 901, pts. 7-8.

[547] CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pt. 75 ; dans le même sens, CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, préc., pt. 92.

[548] CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, préc., pt. 84 ; pour des interprétations similaires de la doctrine des effets, v. CJCE, 26 septembre 1996, *France/Commission*, C-241/94, Rec. p. I-4551, pts. 20-21 ; CJCE, 17 juin 1999, *Belgique/Commission*, C-75/97, préc., pt. 25 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Paint Graphos e.a.*, préc., pts. 67-68 ; CJUE, 29 mars 2012, *3M Italia*, C-417/10, non encore publié au Recueil, pt. 36.

[549] TPICE, 29 septembre 2000, *CETM/Commission*, préc., pt. 53.

290. En définitive, les conclusions que la Cour a déduit de la doctrine des effets, c'est-à-dire que la prise en compte de l'objectif environnemental de la mesure est exclue au stade de la qualification, semblent avant tout rhétoriques. Elles sont certainement dues, dans le contexte de ces affaires, au confort du recours à un argument d'autorité pour contredire les qualifications du Tribunal, alors que celui-ci s'appuyait sur l'article 11 TFUE pour admettre des solutions discutables sur le plan de la sélectivité. On peut ainsi les comprendre comme une exclusion de tout argument fondé sur le domaine d'application du droit des aides d'État : la protection de l'environnement ne justifie aucun traitement dérogatoire lors de la qualification. La portée de cette doctrine jurisprudentielle semble donc assez limitée. Du reste, en règle générale, elle sert avant tout dans la jurisprudence à annoncer une appréciation extensive de l'article 107 TFUE[550]. Elle est d'ailleurs suffisamment imprécise pour que ceux qui cherchent à en tirer des conclusions abouties se trouvent parfois condamnés à la contradiction[551].

291. En tout état de cause, cette doctrine prétorienne n'exclut pas la prise en compte de l'objectif de l'État lors de la qualification. En atteste la définition de la sélectivité elle même : elle est réalisée dans l'hypothèse où des *« entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable au regard de l'objectif poursuivi par la mesure concernée »*[552] seraient soumises à un traitement différent. Ainsi que le Tribunal l'a jugé dans l'arrêt *British Aggregates* sur renvoi, *« dans le cadre de l'appréciation de la comparabilité des situations en cause, ni la Commission ni le Tribunal ne sauraient ignorer [l']objectif environnemental de [la mesure en cause] »*[553]. Du reste, cette intégration d'éléments intentionnels n'est pas spécifique à la condition de la sélectivité. Une étude de la condition de l'avantage révèle les mêmes constats. Ainsi, pour appliquer cette condition, les institutions recourent à la notion de SIEG. Or, cette notion implique la prise en compte de critères intentionnels. Les mesures de financement de cette activité n'échapperont en effet à l'article 107 TFUE qu'à la seule condition que l'État accorde une juste compensation des charges de service public : le juge

---

[550] CJCE, 12 octobre 2000, *Espagne/Commission*, C-480/98, Rec. p. I-8717, pts. 16-17 ; CJUE, 8 décembre 2011, *France Télécom/Commission*, C-81/10 P, non encore publié au Recueil, pt. 17.

[551] Par exemple, dans le cadre du débat sur le financement des SIEG, l'avocat général A. TIZZANO considérait que l'interprétation excluant les justes compensations des charges de SIEG du champ de l'article 107 TFUE revenait, certes, à intégrer les objectifs de l'État au stade de la qualification, mais qu'elle revenait surtout à tenir compte des effets de la mesure, puisqu'une juste compensation est économiquement neutre, ce qui lui paraissait déterminant (v. concl. sous CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring*, préc., pts. 58-63) ; l'avocat général P. LÉGER, en revanche, soutenait que cette interprétation était nécessairement contraire à la doctrine des effets (v. concl. sous CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark*, présentées le 19 mars 2002, pts. 76-78, et présentées le 14 janvier 2003 suite à la réouverture de la procédure orale, pts. 80-84).

[552] CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, préc., pt. 41, souligné par nous.

[553] Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pt. 68.

indique que la qualification de SIEG dépend de la poursuite d'un *« intérêt économique général »*[554]. Pour qu'il soit admis que l'État procède à une juste compensation des charges de service public, les institutions de l'Union doivent donc se pencher sur les fins qu'il poursuit, afin d'identifier les intentions sous jacentes à cette intervention[555]. Le critère de l'opérateur privé en économie de marché, qui est lui aussi applicable en matière environnementale[556], démontre également la prise en compte de critères intentionnels au stade de la définition de l'aide. L'applicabilité du critère de l'opérateur privé implique en effet, ainsi que l'a récemment jugé la Cour, de démontrer que l'État a accordé un avantage *« en sa qualité d'actionnaire, et non pas en sa qualité de puissance publique »*, ce qui implique que *« l'objectif poursuivi par l'État [en cause] peut être pris en compte »* dans le cadre de cette appréciation[557].

292. Il semble au final que la jurisprudence se trouve avant tout à composer avec les contradictions qui existent entre l'énoncé d'un principe général d'interprétation de la notion d'aide et le contenu du critère de sélectivité qu'elle a adopté pour la définir. Le rappel de la doctrine des effets et de ses conséquences sur l'opération de qualification n'empêche pas la Cour, parfois dans le considérant suivant, d'énoncer la définition de cette condition selon laquelle la comparabilité des situations s'apprécie *« au regard de l'objectif poursuivi par ledit régime »*[558]. Lorsque la Cour tente de faire le lien entre ces deux propositions dans l'arrêt

---

[554] CJCE, 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova Spa/Siderurgica Gabrielli*, C-179/90, Rec. p. I-5889, pt. 27 ; CJCE, 18 juin 1998, *Corsica Ferries France*, C-266/96, Rec. p. I-3949, pt. 45 ; TPICE, 16 mars 2004, *Danske Busvognmænd/Commission*, T-157/01, Rec. p. II-917, pt. 84 ; TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a./Commission*, préc., pt. 178.

[555] V., par exemple, la décision de la Commission du 2 juin 2009, State aid NN 8/2009, préc, pt. 58 : la Commission pour admettre le qualification de SIEG, a considéré que la conservation des milieux naturels et des sites d'une valeur naturelle exceptionnelle pour les générations à venir poursuivait l'intérêt de la société dans son ensemble, et qu'elle était caractéristique des fonctions assurées par l'État ; en ce sens, J. L. BUENDIA SIERRA, « Finding the Right Balance : State Aid and Services of General Economic Interest », *op. cit.*, p. 195 ; M. MEROLA, C. MEDINA, « De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics ? », *op. cit.*, pp. 670-672 ; M. ROSS, « State Aid and National Courts : Definitions and Other Problems – A Case of Premature Emancipation ? », *CML Rev.*, 2000 (37), p. 401, spéc. p. 413.

[556] V., pour le financement d'entreprises publiques dans les secteurs de l'eau et des déchets : décision 2006/949/CE de la Commission du 19 juillet 2006, relative à la mesure mise en œuvre par les Pays-Bas en faveur de VAOP (JO L 383 du 28 décembre 2006, p. 61) ; décision de la Commission du 15 juin 2011, State aid SA.31296 (N 322/2010) – Germany Individual Aid to Water Supply Company (C(2011) 3899) ; V., généralement, sur ce critère : M. KARPENSCHIF, « L'investisseur privé en économie de marché », *Concurrences*, 2011, n° 3, p. 1 ; G. KARYDIS, « Le principe de l' 'opérateur économique privé', critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'État, au sens de l'article 87 § 1 du Traité CE », *RTD eur.*, 2003, n° 3, p. 389 ; C. SMITS, « La notion d'avantage et le critère de 'l'opérateur en économie de marché' », *in* M. DONY, C. SMITS, *Aides d'État*, *op. cit.*, p. 53.

[557] CJUE, 5 juin 2012, *Commission/EDF*, C-124/10 P, non encore publié au Recueil, pts. 81 et 87 ; obs. L. BERNARDEAU, O. PEIFFERT, « Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (janvier/juin 2012) », *DF*, 2012, n° 37, p. 431, n°s 51-68 ; obs. A. CARTIER-BRESSON, *RFDA*, 2013, p. 1188.

[558] CJCE, 13 février 2003, *Espagne/Commission*, C-409/00, préc., pt. 48 ; v., également, CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pt. 62.

British Aggregates, sa motivation illustre parfaitement cette ambigüité : elle considère ainsi que l'approche du Tribunal, *« fondée sur la seule prise en compte de l'objectif environnemental poursuivi [par la mesure en cause], exclut a priori toute possibilité de qualifier d''avantage sélectif' l'absence d'assujettissement d'opérateurs se trouvant dans des situations comparables au regard de l'objectif poursuivi, et cela indépendamment des effets de la mesure fiscale en question »*[559].

293. En bref, il apparaît que la portée de la doctrine des effets est fort limitée et qu'elle ne fait pas obstacle à la prise en compte des objectifs de l'État. Son principal effet est d'introduire une contradiction dans le droit positif. Si l'on ajoute ce constat à celui de l'incohérence générale de la condition de la sélectivité, l'étude de la jurisprudence devient particulièrement complexe. Il est alors nécessaire de se tourner vers les études de la doctrine qui sont consacrées à l'étude de cette condition constitutive de l'aide.

II) Les apports de la doctrine

294. Alors que l'étude de la jurisprudence conduit au constat d'une ambigüité certaine du critère de sélectivité, les études doctrinales pourraient être susceptibles d'éclairer l'analyse. Toutefois, l'étude de la doctrine pose plutôt une difficulté supplémentaire : force est de constater les divergences des auteurs, qui tiennent principalement à la portée qu'il faut accorder à la doctrine jurisprudentielle des effets et qu'il paraît nécessaire d'éclairer en précisant la double acception que peut recevoir le terme « subjectivité » (A). Une fois ces divergences exposées, il est nécessaire de prendre parti : certains arguments permettent de démontrer que la présence d'une dose de subjectivité dans la qualification est une conséquence nécessaire des problèmes conceptuels affectant les éléments ordonnançant le critère de sélectivité (B).

A) La divergence des auteurs quant à la portée de la doctrine des effets

295. La question de la prise en compte d'éléments subjectifs au stade de la qualification fait l'objet d'études dans la doctrine qui sont généralement relatives à la place des objectifs du législateur national dans l'opération de qualification. Il est toutefois difficile d'en tirer une synthèse univoque car les conclusions auxquelles les auteurs aboutissent sont au moins partiellement contradictoires. Pour schématiser, il existe en quelque sorte deux écoles : une

[559] CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, préc., pt. 87, souligné par nous.

partie de la doctrine paraît accorder une véritable importance à la doctrine des effets, tandis qu'une autre partie invite à ne pas exagérer sa portée.

296. Tout d'abord, il existe, des analyses de la condition de sélectivité qui insistent sur l'importance de la doctrine jurisprudentielle des effets. Certes, les auteurs s'entendent alors généralement sur le fait que la justification de la sélectivité d'une mesure par la nature ou l'économie du système implique la prise en compte d'éléments intentionnels au stade de la qualification. Par ailleurs, cette étape du raisonnement, construite en faisant directement référence à l'objectif de la mesure considérée, est présentée comme une « règle de raison »[560] qui permettrait de faire varier le champ du droit des aides d'État en fonction de considération d'opportunité[561], et comme une forme de dérogation à la doctrine jurisprudentielle des effets[562]. Il n'en demeure pas moins que ces mêmes auteurs, tout en admettant généralement cette première conclusion, semblent considérer que l'intégration de l'objectif de la mesure en cause est en quelque sorte une anomalie, qui n'a pas lieu d'être, ou qui n'est qu'accidentelle dans la jurisprudence. La prise en compte de l'intention est ainsi parfois présentée comme une option que la Cour pourrait suivre mais qui n'est pas souhaitable[563]. D'autres y voient une dérive incidente de certaines décisions qui n'est pas réellement suivie d'effets[564]. D'autres encore soutiennent qu'il ne s'agit que d'une évolution limitée et préconisent, *de lege ferenda*, que les institutions recourent systématiquement à une analyse des motivations des interventions étatiques[565]. Il existe enfin des études qui soulignent l'ambiguïté de la jurisprudence[566] ou, au contraire, qui soutiennent que l'analyse des institutions est plutôt objective[567].

---

[560] J. WOUTERS, B. VAN HEES, « Les règles communautaires en matière d'aides d'État et la fiscalité directe : quelques observations critiques », *op. cit.*, spéc. p. 661 et s.

[561] Rappelons que la justification par la nature ou l'économie est un critère de définition de l'aide permettant d'écarter celui de la sélectivité, et qu'elle s'apprécie notamment en considération de l'objectif environnemental poursuivi par l'État : CJCE, 29 avril 2004, *Pays-Bas/Commission*, C-159/01, Rec. p. I-4461, pts. 42-46 ; Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pts. 84-92.

[562] P. ROSSI-MACCANICO, « The Gibraltar Judgment and the Point on Selectivity in Fiscal Aids », *EC Tax Rev.*, 2009, n° 2, p. 67, v. pp. 71-72.

[563] C. MICHEAU, *La réglementation des aides d'État et des subventions en fiscalité*, *op. cit.*, pp. 118-119.

[564] H. LÓPEZ LÓPEZ, « General Thoughts on Selectivity and Consequences of a Broad Concept of State Aid in Tax Matters », *EStAL*, 2010, n° 4, p. 807, spec. 813-815 ; A. C. DOS SANTOS, *L'Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale*, *op. cit.*, spéc. pp. 539-540.

[565] A. BARTOSCH, « Is there a Need for a Rule of Reason in European State Aid Law ? Or How to Arrive at a Coherent Concept of Material Selectivity ? », *CML Rev.*, 2010, (47), p. 729, spéc. pp. 733 et s. ; B. KURCZ, D. VALLINDAS, « Can General Measures be… Selective ? Some Thoughts on the Interpretation of a State Aid Definition », *op. cit.*, pp. 175 et s.

[566] Obs. M. HONORÉ sur CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, préc., *EStAL*, 2009, n° 4, p. 527, spéc. pp. 536-537.

[567] J. FLETT, K. WALKEROVA, « An Ecotax Under the State Aid Spotlight : the UK Aggregates Levy », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, *op. cit.*, p. 223, spéc. pp. 233-234.

297. Il est possible de retrouver des analyses de cet ordre dans les études procédant à des rapprochements entre le droit des aides, les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives et l'interdiction des ententes en application de l'article 101 TFUE. Dans ces trois hypothèses, la prise en compte de la protection de l'environnement interviendrait, non pas au stade de la qualification — d'aide, d'entrave ou d'entente[568] — mais à celui de l'application du régime juridique qui y attaché, et plus particulièrement des exceptions aux interdictions consacrées par le traité[569]. Mais, ici encore, la doctrine peut souligner que l'application des libertés de circulation laisse envisager, parfois, certains glissements jurisprudentiels permettant une prise en compte de la protection de l'environnement au stade de la qualification[570].

298. Si ces analyses doctrinales ne sont pas totalement unanimes, cela pourrait s'expliquer par l'ambigüité de la jurisprudence elle-même, mais surtout par le fait qu'elles ne se situent pas toutes au même niveau de discours, selon qu'elles décrivent, prescrivent, ou comparent les règles. Au-delà de ces divergences, il existe en tout état de cause une ligne commune : le considérant de principe de la Cour insistant sur la prise en compte des seuls effets de la mesure considérée constitue une référence dans ces analyses doctrinales, et même généralement leur point de départ. C'est pourquoi l'appréciation de l'objectif poursuivi par la mesure en cause dans le raisonnement de la Cour est presque toujours envisagée comme une anomalie au stade de la qualification. Cette tendance est compréhensible : la doctrine des effets est itérativement rappelée. Elle semble, du reste, correspondre à l'esprit de la jurisprudence qui, depuis l'origine, définit de façon pragmatique et extensive la notion d'aide,

---

[568] En matière de mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives, la protection de l'environnement constitue une exigence impérative d'intérêt général : v. CJCE, 20 septembre 1988, *Commission/Danemark*, 302/86, Rec. p. 4607, CJCE, 5 février 2004, *Commission/Italie*, C-270/02, Rec. p. I-1559, pt. 21 ; CJCE, 15 novembre 2005, *Commission/Autriche*, C-320/03, Rec. p. I-9871, pts. 72-73 ; CJCE, 21 décembre 2011, *Commission/Autriche*, C-28/09, non encore publié au Recueil ; v. F. PICOD, « Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises », *in* J.-C. MASCLET (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 405 ; C. VIAL, *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, *op. cit.*, pp. 197 et s ; en matière d'ententes, la protection de l'environnement peut, dans des hypothèses limitées, justifier des exceptions à l'interdiction de certains accords horizontaux : v. lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) (JO C 11 du 14 janvier 2011, p. 1), pts. 329 et 331 ; J.-M. COT, « Concurrence et environnement : approche en droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations », *LPA*, 2006, n°119, p. 6, n°s 41 et s.

[569] L. IDOT, « Protection de l'environnement, libre circulation, libre concurrence : bilan de la jurisprudence de la Cour de justice », *LPA*, 2006, n°119, p. 24 ; du même auteur, « Droit de la concurrence et protection de l'environnement – La relation doit-elle évoluer ? », *op. cit.*, spéc. n°s 39 et s. ; N. RUBIO, « Commerce, concurrence et protection de l'environnement en droit communautaire », *op. cit.*, pp. 151 et s.

[570] L. IDOT, « Protection de l'environnement, libre circulation, libre concurrence : bilan de la jurisprudence de la Cour de justice », *op. cit.*, n°s 17-19.

en y incluant toutes *« les interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise »*[571].

299. Les analyses proposées par le deuxième groupe d'auteurs se distinguent par l'importance qu'elles accordent à la doctrine jurisprudentielle des effets : elles n'en font pas une référence incontournable. Dans cette école, il existe aussi certaines divergences.

300. Il a ainsi pu être soutenu que cette doctrine n'était pas appliquée de façon dogmatique par le juge et qu'elle indiquait avant tout que la forme des mesures contrôlées était indifférente[572]. Pour d'autres auteurs, il serait excessif de considérer que l'objectif des États membres serait systématiquement exclu de l'analyse de la Cour, notamment car certains arrêts ne pourraient s'expliquer que par l'intégration de cet élément intentionnel[573]. Ces travaux indiquent ainsi qu'il ne faut pas exagérer la portée de la doctrine des effets.

301. Il est enfin des auteurs qui, sans nécessairement mentionner la doctrine des effets, expliquent que le champ du droit des aides est susceptible de varier en fonction de considérations propres aux institutions de l'Union. Ainsi, il a pu être soutenu que certaines mesures nationales étaient justifiées aux yeux du juge car elles participaient à la réalisation d'objectifs des politiques de l'Union[574]. Il y aurait ainsi l'expression de préjugés favorables vis-à-vis de certaines mesures nationales, notamment parce qu'elles visent à protéger l'environnement[575]. D'autres auteurs vont plus loin en expliquant que cette étape de la qualification peut aboutir à la *« manifestation de choix exprimés au niveau communautaire »*[576].

302. Pour comprendre ces dernières analyses doctrinales, il semble important de bien séparer sur le plan théorique deux perspectives différentes mises au jour. Ces deux perspectives correspondent en réalité à deux dimensions subjectives de la qualification non distinguées par les auteurs. Une première dimension correspond à des opérations de qualification tenant compte de l'élément intentionnel que constitue l'objectif poursuivi par le sujet adoptant la mesure en cause. L'autre dimension de la subjectivité de la qualificiation est celle retenue à titre principal aux fins des présents développements : l'opération de qualification est subjective au sens où elle permet l'expression des choix des institutions. En

---

[571] CJCE, 23 fév. 1961, *De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Haute Autorité*, 30/59, Rec. p. 3, v. p. 39.
[572] J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, *op. cit.*, n° 112.
[573] R. PLENDER, « Definition of Aid », *op. cit.*, p. 7.
[574] K. BACON, « State Aid and General Measures », *op. cit.*, pp. 309-311.
[575] D. TRIANTAFYLLOU, « La fiscalité façonnée par la discipline des aides d'État », *op. cit.*, pp. 414-415.
[576] C. SIATERLI, *La notion d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE*, *op. cit.*, n°s 475 et s. ; v., également, J.-Y. CHÉROT, *Les aides d'État dans les Communautés européennes*, *op. cit.*, pp. 24-25.

ce cas, c'est la volonté des institutions effectuant le contrôle qui est visée, et non celle de l'État soumis au contrôle.

303. Au vu de ces divergences doctrinales, on peut soutenir que les conclusions du premier groupe d'auteurs sont utiles en ce qu'elles insistent sur l'importance de l'objectivité de la notion d'aide qui est une garantie de la sécurité juridique. Néanmoins, elles attachent beaucoup d'importance à la doctrine des effets. De ce fait, elles tendent à minorer l'existence en droit positif des deux dimensions subjectives de la qualification. En revanche, les analyses du second groupe d'auteurs peuvent fournir, sur ce point, des bases solides pour expliquer la pratique des institutions en matière environnementale. Elles admettent en effet que les institutions utilisent des éléments subjectifs dans leur raisonnement, sans pour autant considérer cette évolution comme souhaitable. Elles fournissent des explications convaincantes à cet égard, notamment en ce qui concerne le problème conceptuel affectant les éléments ordonnançant le critère de sélectivité.

B) Les problèmes conceptuels affectant les éléments ordonnançant le critère de sélectivité

304. Dans les développements qui précèdent, on s'est efforcé de souligner les limites de la cohérence de l'appréciation de la sélectivité dans la pratique, mais aussi l'ambiguïté qui découle de la coexistence de la doctrine des effets et des éléments intentionnels servant à apprécier la sélectivité. Au vu de ces considérations, les explications de ces possibles glissements qui paraissent les plus convaincantes sont certainement celles qui soulignent que le problème, en dernière analyse, est avant tout conceptuel.

305. Rappelons qu'en vertu de la jurisprudence, la sélectivité consiste à apprécier « *si, dans le cadre d'un régime juridique donné, une mesure nationale est de nature à favoriser 'certaines entreprises ou certaines productions' au sens de l'article [107], paragraphe 1, du traité [FUE] par rapport à d'autres entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable au regard de l'objectif poursuivi par la mesure concernée* »[577], étant entendu que *« ne remplit pas cette condition de sélectivité une mesure qui, quoique constitutive d'un avantage pour son bénéficiaire, se justifie par la nature ou l'économie générale du système dans lequel elle s'inscrit »*[578]. Par ailleurs, la sélectivité est déterminée négativement par la notion de mesure générale, en ce sens qu'*« une mesure étatique qui profite indistinctement à l'ensemble des entreprises situées sur le territoire national n'est pas*

[577] CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, préc., pt. 41.
[578] *Ibid*., pt. 42.

susceptible de constituer une aide d'État »[579]. Or, c'est en ordonnançant de la sorte les éléments qui déterminent la condition de sélectivité que la jurisprudence pourrait consacrer l'introduction d'une dose de subjectivité lors de la qualification.

306. Pour le démontrer, on peut tout d'abord s'attacher à la notion de mesure générale. En doctrine, il est souvent souligné que cette notion est difficilement saisissable[580] et certains auteurs vont jusqu'à proposer la notion intrinsèquement contradictoire d'« aides générales » pour évoquer les solutions retenues dans certaines affaires[581]. Ces difficultés pourraient s'expliquer par le fait que le concept même de mesure générale est paradoxal.

307. On en conviendra, l'État, pour agir, se fonde sur des actes juridiques et matériels ayant un champ d'application et des effets déterminés. Ainsi, les actes par lesquels l'État accorde des avantages contiennent nécessairement des critères permettant d'identifier, plus ou moins directement, *ratione personae, materiae, loci* et *temporis*, une catégorie de bénéficiaires[582]. Même lorsqu'une mesure est ouverte à toutes les entreprises sur le territoire national, elle bénéficiera nécessairement, au moins en fait, à certaines entreprises plus qu'à d'autres et peut ainsi constituer une situation de sélectivité *de facto*. Dès lors, il semble que la discussion sur la condition de sélectivité gagne à être menée en acceptant que la notion de mesure générale est relative. Aucune mesure n'atteint le degré absolu de généralité faisant qu'elle *« profite indistinctement à l'ensemble des entreprises »* et qui la placerait de façon indiscutable hors du champ de la notion d'aide, car ce degré n'existe pas.

308. En outre, certaines des opérations impliquées par la sélectivité autorisent la subjectivité, qui doit être ici entendue dans ses deux dimensions. Tout d'abord, en faisant référence à l'intention du législateur lorsqu'il s'agit de déterminer la comparabilité des situations *« au regard de l'objectif poursuivi par la mesure concernée »* la sélectivité s'apprécie en tenant compte de la volonté interne de l'acteur contrôlé. Par ailleurs, l'appréciation de la sélectivité peut donner lieu à des opérations subjectives de qualification au sens où les institutions ont une marge de choix. Certes, dans l'absolu, l'intention de l'État, de même que les catégories de sujets de droit qui sont créées par la mesure en cause et qui permettent d'identifier *« certaines entreprises »*, peuvent être déterminées au regard de constatations tirées de la réalité de l'ordre juridique de l'État membre concerné. Néanmoins,

---

[579] *Ibid*., pt. 35.

[580] K. BACON, « State Aid and General Measures », *op. cit.*, pp. 296-297 ; B. KURCZ, D. VALLINDAS, « Can General Measures be… Selective ? Some Thoughts on the Interpretation of a State Aid Definition », *op. cit.*, pp. 177-178 ;

[581] C. QUIGLEY, « The Notion of State Aid in the EEC », *EL Rev.*, 1987, p. 242, spéc. pp. 245-246 et 252-253.

[582] V., sur ce paradoxe, C. SIATERLI, *La notion d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE*, *op. cit.*, n° 249.

on peut estimer que l'appréciation de la comparabilité des situations au regard de l'objectif poursuivi, ou encore la justification par la nature ou l'économie, consistent en des interprétations, des comparaisons ou encore en l'évaluation de la qualité d'une justification, qui sont des opérations avant tout valables dans l'esprit de celui qui les effectue. Elles risquent ainsi d'ouvrir une marge de choix aux institutions de l'Union. L'intention de l'État membre elle-même peut également servir d'élément nécessaire aux choix opérés par les institutions.

309. On peut reconsidérer sous cet angle les mesures environnementales qualifiées de générales ou de sélectives en pratique. À titre d'exemple, la réduction, accordée à tous les contribuables, de l'impôt sur les revenus tirés des investissements dans des fonds de placement « verts » a été considérée par la Commission comme une mesure générale[583]. Or, ne profite pas à proprement parler à toutes les entreprises, mais permet d'isoler une catégorie : celle des entreprises réalisant cet investissement. Certes, il est possible d'opposer à cela que, virtuellement, cet avantage est ouvert à tout opérateur économique national. Il n'en reste pas moins que, concrètement, seules les entreprises dont l'activité est de réaliser des placements financiers en bénéficieront. De ce point de vue, on discerne mal en quoi cette mesure serait fondamentalement différente de celles que les institutions de l'Union qualifient de sélectives *de facto*. À titre d'exemple, l'exonération de taxes sur l'énergie au bénéfice des entreprises pour lesquelles elle excéde un certain seuil de la valeur de la production est une aide d'État[584]. Bien qu'elle soit virtuellement ouverte à toute entreprise, elle ne bénéficie concrètement qu'aux entreprises grandes consommatrices d'énergie[585].

310. Il ne s'agit pas ici de soutenir que cette subjectivité est systématique, ce qui reviendrait à admettre que tout le champ du droit des aides d'État repose sur des appréciations d'opportunité des institutions de l'Union. Il existe en effet de nombreux cas où la sélectivité est évidente car une mesure donnée identifie clairement un cercle de bénéficiaires[586]. Les arbitrages des institutions interviennent avant tout dans des cas sensibles.

---

[583] Décision de la Commission du 25 août 2006, NN 41/05, préc., pt. 16.

[584] Décision 2005/565/CE de la Commission du 9 mars 2004, préc., pts. 46-51 ; décision 2011/528/UE de la Commission du 8 mars 2011, préc., pts. 100 et s.

[585] D'ailleurs, dans la pratique, la Commission semble parfois résoudre cette contradiction en statuant de façon provisoire. Ainsi, face à un régime d'aide ouvert à toutes les personnes établies sur le territoire, la Commission a conclu à l'absence de sélectivité, tout en réservant la possibilité d'une notification ultérieure de toutes les mesures d'application du régime *« qui peuvent être considérées comme comportant un degré de sélectivité »* : v. décision de la Commission du 26 avril 2006, State Aid N 142/2005, préc., p. 6.

[586] M. PREK, S. LEFÈVRE, « The Requirement of Selectivity in the Recent Case-Law of the Court of Justice », *EStAL*, 2012, n° 2, p. 335, étant précisé que ces auteurs ne défendent pas la thèse de la subjectivité.

311. Dans ces derniers cas, si l'on s'attache uniquement à des données objectives, les conditions ouvrant droit au bénéfice de la réduction de l'impôt sur le revenu ou à l'exonération de taxes environnementales dans les affaires susmentionnées sont *mutatis mutandis* similaires. Aucune d'entre elles ne revêt en elle-même une importance déterminante pour exclure la réalisation de la sélectivité, dès lors que ni le nombre d'entreprises bénéficiaires, ni la précision des conditions d'octroi de l'avantage, ni le fait qu'elles soient *de jure* ouvertes à toutes les entreprises ne suffisent à faire d'une mesure considérée une mesure générale[587].

312. Il paraît donc nécessaire d'appréhender le champ du droit des aides en tenant compte d'une relative flexibilité dans la qualification : il existe une distinction subjective entre des conditions déterminants les bénéficiaires d'un avantage qui caractérisent l'aide d'État et des conditions de ce genre qui caractérisent les mesures générales. Ces conditions sont définies par le juge et, avec une autorité moindre, par la Commission.

313. Cette proposition n'empêche pas une analyse plus approfondie de la sélectivité. Elle amène plutôt à reconsidérer cette analyse, en partant de l'idée qu'elle se révèle difficile si elle ne se fonde que sur des éléments objectifs. C'est ce qu'il s'agit de vérifier en démontrant la réalité de la subjectivité dans la pratique par l'étude détaillée des opérations de qualification.

Section II) La réalité de la subjectivité

314. Une fois admises l'ambiguïté de la doctrine des effets et les problèmes conceptuels affectant les éléments de définition de la sélectivité, il convient d'analyser la jurisprudence et la pratique de la Commission pour vérifier la réalité de l'intégration d'éléments subjectifs au stade de la qualification. Pour bien cerner cette intégration et apprécier toutes ses implications, il paraît indiqué de mettre tout d'abord en lumière les étapes du raisonnement favorisant la subjectivité (I). Une fois cette précision faite, il est loisible d'évaluer, toujours à la lumière de la jurisprudence et de la pratique de la Commission, la portée de la subjectivité introduite au stade de la qualification (II).

[587] CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, préc., pts. 48 et 53.

I) Les étapes du raisonnement permettant la subjectivité

315. Pour identifier précisément la dimension subjective de l'appréciation de la sélectivité, il convient de mettre en évidence les étapes du raisonnement où elle peut être réalisée en soulignant les moments où les institutions introduisent des éléments subjectifs qui leur ménagent une marge d'appréciation et qui auront des conséquences importantes sur le résultat de la qualification. Il est possible de distinguer selon les étapes du contrôle de la sélectivité. L'intégration d'une dose de subjectivité est assez évidente au stade de la justification par la nature ou l'économie, celle-ci étant généralement présentée commune « règle de raison » (B). Cela ne doit toutefois pas occulter le fait que cette intégration intervient également, mais de façon moins explicite, en amont de cette opération (A).

A) La subjectivité permise en amont de la justification par la nature ou l'économie

316. Dans les premières étapes de l'appréciation de la condition de la sélectivité, il est question de comparer les traitements des *« entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable au regard de l'objectif poursuivi par la mesure concernée »*[588]. On peut alors apprécier la subjectivité dans ses deux dimensions : les institutions identifient l'objectif poursuivi par la mesure sous contrôle et se donnent la possibilité d'effectuer des choix lors de l'interprétation de cet objectif, de la définition des catégories comparées et de l'appréciation de la comparabilité des situations.

317. Pour ce qui est, tout d'abord, de l'identification de l'intention de l'État dans le domaine environnemental, force est de constater que l'appréciation de la sélectivité conduit à la prise en compte des objectifs liés à la protection du milieu naturel qui sont sous-jacents aux mesures nationales contrôlées. Par exemple, dans un arrêt, le juge s'est fondé très clairement sur l'objectif d'une taxe consistant *« essentiellement à promouvoir, dans le secteur de la construction, le recours à des granulats qui constituent des sous-produits ou des déchets issus de certains procédés […], ou à des granulats recyclés »*[589] pour établir la comparabilité des situations des entreprises qui y étaient soumises et des entreprises qui y échappaient.

318. Dans ce contexte, il arrive parfois que les institutions cherchent même à apprécier l'intention véritable de l'auteur de la mesure. Ainsi, le Tribunal prend parfois le soin de

[588] CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, préc., pt. 41.
[589] Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., spéc. pt. 54, et pts. 63, 67-69, 73-74, 75, 78, 97 ; v., également, pour l'objectif environnemental d'une taxe d'escale, CJCE, 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, préc., pts. 33, 36-37 et 63

préciser qu'il établit l'objectif environnemental d'une taxe au vu de la position unanime des parties à l'audience, alors même que cet objectif *« ne ressort pas directement de son libellé »*[590]. De même, certaines décisions, dans lesquelles les institutions de l'Union substituent à l'objectif environnemental apparent ou allégué un objectif avéré différent, illustrent bien cette démarche. Ainsi, dans une affaire, la Commission contrôlait une taxe sur les passagers des transports aériens qui avait été adoptée, parmi d'autres mesures, dans un acte se présentant comme une loi sur la fiscalité environnementale. Or, aux fins de l'appréciation de la sélectivité des dérogations à cette taxe, l'objectif environnemental fut écarté : selon la Commission, au-delà de « l'appellation verte » affichée, la base d'imposition n'avait aucun rapport avec une source d'émission ou la consommation de ressources naturelles, et le simple fait que la taxe puisse avoir des conséquences favorables sur l'environnement ne suffisait pas à écarter que son but était d'engendrer des recettes fiscales. C'est donc au regard de cet objectif avéré qu'elle a apprécié la sélectivité[591].

319. Ces dernières considérations semblent particulièrement remarquables pour ce qui concerne la prise en compte de l'intention de l'État membre au stade de la qualification. Ainsi qu'il a été précédemment expliqué, la Cour a fait une interprétation de la doctrine des effets par laquelle elle semblait juger que l'objectif environnemental était indifférent au stade de la qualification et ce parce qu'il pouvait être intégré lors de l'appréciation de la compatibilité d'une mesure[592]. Les décisions mentionnées ci-dessus démontrent bien qu'il n'en n'est rien. Mieux, elles conduisent à conclure à une véritable confusion. L'appréciation de l'objectif environnemental intervient de la même façon à ces deux temps du contrôle des aides d'État. Le contentieux relatif à la compatibilité des aides d'État en atteste : lorsqu'un État membre entend qu'une aide soit déclarée, par dérogation, compatible avec le marché intérieur en application du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE au motif qu'elle contribue à la protection de l'environnement, il lui appartient de démontrer la réalité de cette finalité environnementale, a fortiori s'il souhaite bénéficier de l'application des actes pertinents de la Commission[593]. Dans deux arrêts, le juge avait en ce sens considéré que la Commission avait à bon droit refusé l'application des lignes directrices relatives aux aides à l'environnement, dès lors que

[590] Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pt. 63.
[591] Décision de la Commission du 13 juillet 2011, State aid SA.25254 (NN 18/2009) – the Netherlands – Air Transport – Exemption from air passenger tax (C(2011) 4933), pt. 27 ; il semble que la recherche de l'objectif avéré au-delà de l'objectif allégué a pu être effectuée par la Cour elle-même dans un arrêt, certes en dehors du domaine environnemental : CJUE, 15 novembre 2011, *Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, préc., pt. 106.
[592] CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pt. 75 ; dans le même sens, CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, préc., pt. 92.
[593] CJCE, 13 juin 2002, *Pays-Bas/Commission*, C-382/99, Rec. p. I-5163, pts. 81-85.

la finalité environnementale des investissements aidés, qui constituait une condition d'application des actes en question, n'était pas établie[594]. Ainsi, l'appréciation de la sélectivité pour l'application du régime juridique de l'aide n'est pas fondamentalement différente de celle opérée au stade de la qualification. En dernière analyse, il s'agit d'établir, dans ces deux hypothèses, que l'État a bien l'intention de protéger l'environnement par la mesure litigieuse, étant toutefois entendu que les conséquences de ces opérations sont fort différentes.

320. Au-delà de cette prise en compte de l'élément intentionnel, l'étude de la jurisprudence permet de souligner les choix des institutions lors de la qualification, qui peuvent tout d'abord concerner l'interprétation de l'intention du législateur. Ainsi, dans une affaire où était en cause la légalité d'une décision de la Commission déclarant incompatible une dérogation de droits d'accises sur les carburants, l'État membre, durant la procédure formelle de contrôle de la Commission, avait présenté ces droits d'accises comme une taxe environnementale, car elle inciterait à des économies de consommation, puis il avait tenté de justifier sa compatibilité sur la base de la doctrine administrative de la Commission relative aux aides environnementales. Cette stratégie n'était toutefois guère convaincante dans le contexte de cette affaire et l'argument avait été écarté par la Commission[595]. Or, le Tribunal, au stade du contrôle de la qualification, a semblé contourner la question de l'objectif environnemental allégué sans se justifier : il a considéré que les droits d'accises en cause avaient avant tout pour objectif de produire des recettes fiscales et qu'ils *« [pouvaient] également avoir un objectif environnemental »*, mais n'en a tiré aucune conséquence[596]. Cela montre que le juge fait parfois peu de cas de la détermination de cet objectif, alors même qu'il devrait être un élément important de son raisonnement.

321. Il n'en reste pas moins qu'en amont de la justification par la nature ou l'économie, l'opération qui permet le plus clairement aux institutions de l'Union d'effectuer des appréciations subjectives est certainement celle de la comparabilité des situations. À cette occasion, le juge n'hésite pas à apprécier l'opportunité d'une différence de traitement, ce qui peut la faire échapper au champ de l'article 107 TFUE.

322. Ainsi, le Tribunal a-t-il admis que l'exonération fiscale accordée par un État aux granulats exportés hors de son territoire n'était pas sélective, parce que car ces granulats

---

[594] TPICE, 18 novembre 2004, *Ferriere Nord/Commission*, T-176/01, Rec. p. II-3931, confirmé par CJCE, 8 mai 2008, *Ferriere Nord/Commission*, C-49/05 P, Rec. p. I-68*, Pub.somm., pts. 90-94 ; TPICE, 19 septembre 2006, *Lucchini/Commission*, T-166/01, Rec. p. II-2875, pts. 80 et s.

[595] Décision 2009/944/CE de la Commission du 13 juillet 2009, concernant les régimes d'aides d'État C 6/04 (ex NN 70/01) et C 5/05 (ex NN 71/04) mis à exécution par l'Italie en faveur des serriculteurs (JO L 327 du 12 décembre 2009, p. 6), pts. 41-42 et 87 et s.

[596] Trib. UE, 13 septembre 2012, *Italie/Commission*, T-379/09, préc., pt. 41.

n'étaient pas dans une situation comparable à ceux vendus sur le territoire national. Il s'agissait ici de tenir compte de contraintes matérielles. Le fait générateur de la taxe était l'exploitation commerciale du matériau comme granulat. Or, l'administration fiscale nationale ne pouvait contrôler sa réalisation dans un État tiers[597].

323. Les mêmes considérations sont valables pour l'opération de détermination du cadre de référence qui est difficilement détachable de la comparabilité des situations dans la jurisprudence et la pratique de la Commission. On peut mentionner à cet égard des affaires rendues en matière fiscale, car c'est en ce domaine que cette détermination est effectuée de la façon la plus explicite. La Cour juge en effet que l'appréciation de la sélectivité dans le domaine fiscal passe, en premier lieu, par l'identification d'une imposition dite « normale », au regard de laquelle il convient de vérifier si certaines catégories d'entreprises bénéficient d'un traitement plus avantageux que celles redevables de l'impôt[598]. Le point de départ de la détermination du régime de référence doit être alors déterminé, au cas par cas, dans le contexte juridique national dont sont saisies les institutions de l'Union, en fonction des caractéristiques propres aux régimes considérés[599]. Or, cette détermination revêt une importance certaine : si le cadre de référence est défini très largement, une mesure fiscale particulière apparaîtra assez facilement comme un traitement fiscal sélectif. En revanche, la subdivision du système fiscal d'un État en sous-systèmes permet d'isoler une mesure particulière et d'apprécier, à son échelle uniquement, les différenciations fiscales opérées et leur cohérence[600]. En matière de fiscalité environnementale, la détermination du régime de référence peut être un facteur déterminant sur le résultat de la qualification d'une mesure fiscale qui cible une pollution particulière et ainsi ne s'applique qu'à un groupe d'entreprises limité.

324. L'affaire *British Aggregates* est particulièrement révélatrice des enjeux de cette question. En l'espèce, était en cause une mesure dont l'objectif était de lutter contre une pollution spécifique : il était question de réorienter la production des granulats exploités dans

---

[597] Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pts. 95-99.

[598] V. CJUE, 8 septembre 2011, *Paint Graphos e.a.*, préc., pt. 49 ; v., également, TPICE, 18 décembre 2008, *Government of Gibraltar/Commission*, T-211/04 et T-215/04, Rec. 2008 p. II-3745, pts. 143-144, étant toutefois entendu que l'application en l'espèce de ce raisonnement par le Tribunal s'est révélée erronée : CJUE, 15 novembre 2011, *Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, préc., pts. 90-95 ; obs. L. BERNARDEAU, « Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (septembre/décembre 2011) », *DF*, 2012, n° 6, étude 130, n°s 54-60.

[599] V., en ce sens, A. C. DOS SANTOS, *L'Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale, op. cit.*, pp. 458 à 476 ; W. SCHÖN, « Taxation and State Aid Law in the European Union », *op. cit.*, spéc. pp. 924 à 927 ; J. WOUTERS, B. VAN HEES, « Les règles communautaires en matière d'aides d'État et la fiscalité directe : quelques observations critiques », *op. cit.*, pp. 658 à 660.

[600] V., en ce sens, B. KURCZ, D. VALLINDAS, *op. cit.*, p. 179 ; C. MICHEAU, *La réglementation des aides d'État et des subventions en fiscalité*, *op. cit.*, p. 111.

le bâtiment et les travaux publics vers l'utilisation des matières premières les moins dommageables pour l'environnement, en adoptant une taxe dont seraient exonérés les granulats produits à partir de ces dernières. Pour apprécier la sélectivité de cette mesure, la Commission avait adopté une limitation sectorielle extrême[601] qui est explicitée par l'arrêt du Tribunal en première instance l'ayant admise. En substance, elle conduisait à admettre que la taxation des activités d'exploitation de certains matériaux, comme la roche et le sable, pour produire des granulats, n'était pas constitutive d'un traitement sélectif au bénéfice de l'exploitation d'autres matériaux aux mêmes fins, comme le schiste ou l'ardoise, qui n'étaient pas taxés. En effet, selon le Tribunal, cette différence de traitement que l'on peut qualifier d'intra-sectorielle — c'est-à-dire, si l'on admet que la production de granulats constitue un secteur, une différence de traitement entre les différents matériaux dont l'exploitation permet de produire cette même marchandise — relevait du libre choix de l'État membre dans la détermination de sa politique environnementale[602]. Cette limitation extrême du cadre d'appréciation de la sélectivité a été au final déclarée contraire à l'article 107 TFUE par la Cour, au motif notamment qu'elle ne permettait pas d'apprécier la sélectivité du traitement au sein même du secteur des granulats[603]. Aussi, dans son arrêt sur renvoi, le Tribunal a-t-il explicitement limité le cadre de référence à la taxe en cause, tant au stade de l'appréciation de la différence de traitement qu'à celui de sa justification[604], et a apprécié le traitement des diverses catégories de granulats substituables sur le marché[605].

325. Si le Tribunal revient ainsi sur la limitation extrême du cadre d'appréciation de la sélectivité, il semble, cependant, qu'il y substitue une limitation sectorielle modérée qui n'était pas la seule envisageable. En effet, alors que les activités d'extraction des minéraux autres que celles visant à produire des granulats causent au milieu naturel des dommages comparables, il existait une troisième option, celle d'une limitation sectorielle minimale du

---

[601] Décision de la Commission du 24 avril 2002, State aid N 863/01, préc., pts. 29-32, spéc. pt. 32 ; au sujet de l'approche retenue par la Commission, v. J. FLETT, K. WALKEROVA, « An Ecotax Under the State Aid Spotlight : the UK Aggregates Levy », *op. cit.*, pp. 231-232.

[602] TPICE, 13 septembre 2006, *British Aggregates/Commission*, préc., pts. 124-133.

[603] La Cour a particulièrement insisté dans son arrêt sur les différenciations intra-sectorielles ; CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, préc., pts. 86-87 ; les motifs d'annulation de la décision de la Commission et de l'arrêt en première instance du Tribunal relatifs à l'établissement du régime en cause tenaient à une présentation erronée de son assiette : *ibid.*, pts. 140-144 ; Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pts. pts. 52-58.

[604] Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pts. 51 et 83 ; obs. B. STROMSKY, *Concurrences*, 2012, n° 2, p. 5 ; L. IDOT, *Europe*, 2012, n° 5, comm. 202.

[605] *Ibid.*, pts. 75-80 et 86-90 ; le Tribunal a ainsi jugé que *« même à supposer que ce régime puisse être décrit comme une 'charge fiscale exceptionnelle limitée à un secteur économique circonscrit', celle-ci n'échappe pas de ce seul fait à l'interdiction prévue à l'article [107, paragraphe 1, TFUE] […], ce régime étant susceptible d'opérer des différenciations au sein de ce même secteur pouvant remplir les critères d'avantage et de sélectivité »*, v. pt. 52.

cadre d'appréciation où les différences de traitement fiscal sont appréciées à l'échelle de toutes les activités d'extraction des minéraux. Cette option a été rejetée dès l'arrêt en première instance, selon lequel n'est pas sélective l'institution d'une taxe environnementale *« dans le seul secteur des granulats – et non de manière générale dans l'ensemble des secteurs d'exploitation des carrières et des mines ayant le même impact sur l'environnement que l'extraction des granulats »*[606]. Au vu de la solution adoptée par l'arrêt sur renvoi, il est donc possible de voir dans les positions respectives de la Commission, du Tribunal et de la Cour un consensus autour de l'abandon de cette option de la limitation minimale.

326. L'originalité de cette solution mérite d'être soulignée. On connaît la tendance du juge à se servir de l'objectif environnemental comme argument pour élargir le champ de son appréciation à toutes les entreprises produisant les mêmes dommages à l'environnement[607]. Retenir un degré important de limitation de ce champ semble déroger à la jurisprudence traditionnelle.

327. Cela signifie également qu'en l'absence de différences de traitement fiscal au sein du secteur de la production de granulats, la mesure en cause n'aurait pas été sélective. Alors que la limitation de la taxe à ce seul secteur pouvait être considérée, dans l'absolu, comme sélective, on ne voit pas d'autres explications à la limitation du cadre de référence que celle d'une appréciation d'opportunité du juge. Les institutions disposent ainsi d'une marge d'appréciation importante dans l'établissement de ce cadre de référence[608].

328. À ce premier stade de la sélectivité, la dimension subjective de la qualification est réelle. Elle reste cependant assez limitée. Il pourrait d'ailleurs y avoir là une divergence entre la Commission et le juge[609]. Celle-là semble en effet privilégier la justification par la nature ou l'économie pour procéder à l'intégration des éléments intentionnels et à un ajustement du champ du droit des aides d'État lors de la qualification des mesures qu'elle contrôle.

---

[606] TPICE, 13 septembre 2006, *British Aggregates/Commission*, préc., pt 128.

[607] CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, préc., pt. 52 ; CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, préc., pt. 82 ; CJCE, 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, préc., pt. 61 ; Trib. UE, 13 septembre 2012, *Italie/Commission*, T-379/09, préc., pts. 38 et 41 ; v., hors de la matière fiscale, CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, non encore publié au Recueil, pts. 52 et 62.

[608] Sur les manipulations possibles de ce cadre de référence, v., J. FLETT, K. WALKEROVA, « An Ecotax Under the State Aid Spotlight : the UK Aggregates Levy », *op. cit.*, p. 225-227.

[609] La Commission semble admettre facilement la comparabilité des situations, sans même mentionner l'objectif de la mesure, qu'elle préfère apprécier lors de la seule justification. V., par exemple, décision 2001/371/CE de la Commission du 21 décembre 2000, préc., pt. 36 ; décision 2002/676/CE, CECA de la Commission du 3 avril 2002, préc., pt. 38 ; décision 2011/528/UE de la Commission du 8 mars 2011, préc., pts. 49 et s. ; la Commission préfère parfois s'en remettre à sa pratique et à la jurisprudence : décision 2005/468/CE de la Commission du 30 juin 2004, préc., pt. 38 et s.

B) La subjectivité permise à l'occasion de la justification par la nature ou l'économie

329. De même qu'au stade de la comparabilité des situations, la prise en compte d'éléments intentionnels lors de l'appréciation de leur justification procède avant tout d'une jurisprudence itérative de la Cour. Il s'agit d'apprécier *« la nature ou l'économie générale du système dans lequel [la mesure en cause] s'inscrit »*[610].

330. Une telle définition de la condition de sélectivité indique tout d'abord clairement que les opérations de qualification se réalisent en tenant compte des intentions qui ont motivé l'État à adopter la mesure contrôlée. Ainsi, outre des références parfois implicites[611], la justification des différences de traitement entre catégories d'entreprises est parfois explicitement appréciée à la lumière des *« considérations d'ordre écologique »* qui sont à la base d'une taxe fiscale[612] ou d'un mécanisme d'échange de quotas d'émissions[613] ou encore des *« objectifs environnementaux »* d'une taxe[614].

331. Par ailleurs, outre l'intention de l'État, l'étape de la justification de la sélectivité permet des appréciations subjectives des institutions de l'Union : le champ du droit des aides varie ici assez clairement en fonction de considérations d'opportunité des institutions de l'Union. Mieux, cette étape du raisonnement, déjà présentée comme une « règle de raison » et dont la doctrine admet explicitement qu'elle déroge à la doctrine des effets[615], est certainement celle où les institutions développent le plus clairement des appréciations subjectives. On pourrait même déceler une relative spécificité de la qualification des mesures environnementales : une fois que l'objectif des mesures de protection de l'environnement est avéré, ces mesures sont alors considérées en fonction de cette spécificité en raison d'un choix effectué par le juge.

332. Cette proposition peut être démontrée en prenant l'exemple des mesures fiscales. Il faut à cet égard préciser que la fiscalité environnementale a une caractéristique : elle procède à des différenciations de traitement qui correspondent à sa logique propre. Il s'agit en effet de taxer les personnes à l'origine d'une pollution, le cas échéant proportionnellement à la gravité

---

[610] V. CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, préc., pt. 42.

[611] La Cour a apprécié la justification d'une différence de charges dont bénéficiait une catégorie d'entreprises agricoles, au regard de la preuve d'un niveau plus élevé d'absorbation des phosphates et de l'azote par les végétaux cultivés qu'elles cultivaient. Ce raisonnement ne peut se comprendre que dans le contexte d'une mesure dont l'objectif est de limiter la pollution par les phosphates et l'azote dans le secteur agricole : CJCE, 29 avril 2004, *Pays-Bas/Commission*, C-159/01, préc., pts. 44-46.

[612] CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, préc., pt. 52.

[613] CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pt. 76.

[614] Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pts. 85-86 et 88-90.

[615] P. ROSSI-MACCANICO, « The Gibraltar Judgment and the Point on Selectivity in Fiscal Aids », *EC Tax Rev.*, 2009, n° 2, p. 67, pp. 71-72 ; J. WOUTERS, B. VAN HEES, « Les règles communautaires en matière d'aides d'État et la fiscalité directe : quelques observations critiques », *op. cit.*, p. 661.

de celle-ci. Or, force est de constater que cette caractéristique est intégrée par le juge au stade de la justification par la nature ou l'économie du système : les institutions de l'Union ont utilisé explicitement la justification pour faire échapper certaines dérogations à des taxes environnementales au champ du droit des aides d'État.

333. La spécificité de cette interprétation « environnementale » de la justification ressort tout particulièrement lorsqu'elle est comparée avec celle qui prévaut en matière de fiscalité directe. Ce parallèle semble particulièrement indiqué car, historiquement, les premiers éléments de justification de la sélectivité en droit des aides d'État ont été fournis par la Commission dans sa communication sur les aides en fiscalité directe. Elle indiquait ainsi que la justification servait avant tout à ce que certaines différenciations classiques en politique fiscale construites en fonction, par exemple, de l'égalité des contribuables devant l'impôt, de l'objectif de neutralité fiscale ou de la particularité de certaines opérations, ne soient pas considérées comme sélectives[616]. Quelques arrêts en matière de fiscalité directe ont confirmé cette interprétation, la Cour jugeant qu'il s'agit de distinguer entre, d'une part, *« les objectifs assignés à un régime fiscal particulier et qui lui sont extérieurs et, d'autre part, les mécanismes inhérents au système fiscal lui-même qui sont nécessaires à la réalisation de tels objectifs »*[617] et que seuls les *« principes fondateurs ou directeurs »* pouvaient justifier une mesure[618].

334. Aussi semble-t-il, au vu de ce considérant, que la justification devrait être réservée aux seuls ajustements techniques de la matière fiscale et que les considérations d'opportunité à l'origine de certaines dérogations à l'impôt, comme la politique industrielle, la cohésion sociale, ou encore la protection de l'environnement, en tant qu'« objectifs qui lui sont extérieurs », ne peuvent justifier une différence de traitement fiscal[619]. Les institutions de

---

[616] Communication 98/C 384/03 sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, préc., pts. 23-27 ; v., également, décision 96/369/CE de la Commission du 13 mars 1996, concernant une aide fiscale en matière d'amortissement au profit des compagnies aériennes allemandes (JO L 146 du 20 juin 1996, p. 42), pt. V ; J.-P. KEPPENNE, « Politique fiscales nationales et contrôle communautaire des aides d'État », *op. cit.*, pp. 28-29 ; A. C. DOS SANTOS, *L'Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale*, *op. cit.*, pp. 507 est s.

[617] CJCE, 6 septembre 2006, *Portugal/Commission,* C-88/03, préc. pt. 81 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Paint Graphos e.a.*, préc., pt. 69.

[618] La Cour paraît ainsi admettre, sur le principe, la lutte contre l'évasion fiscale, la prise en compte de la capacité contributive des contribuables ou de la situation particulière de sociétés coopératives redistribuant l'ensemble de leurs revenus à leurs actionnaires, ou encore les régimes spéciaux d'imposition de plus-values : CJCE, 29 avril 2004, *GIL Insurance e.a.*, préc., pt. 74 ; CJCE, 6 septembre 2006, *Portugal/Commission*, C-88/03, préc., pt. 82 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Paint Graphos e.a.*, préc., pt. 71 ; CJUE, 21 juin 2012, *BNP Paribas et BNL/Commission*, C-452/10 P, non encore publié au Recueil, pts. 120-137 ; obs. L. BERNARDEAU, O. PEIFFERT, « Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe », *DF*, 2012, n° 37, étude 431, n°s 104-113.

[619] H. LÓPEZ LÓPEZ, « General Thoughts on Selectivity and Consequences of a Broad Concept of State Aid in Tax Matters », *op. cit.*, pp. 816-817.

l'Union semblaient se limiter à une conception originaire et quelque peu simpliste des objectifs de l'impôt. La Commission considérait ainsi que *« [l]a raison d'être du système fiscal est de collecter des recettes destinées à financer le budget de l'État »*[620].

335. De ce point de vue, la justification ne semblait guère taillée pour permettre à la fiscalité environnementale d'échapper à l'article 107 TFUE[621]. Les différenciations de traitement fiscal construites pour taxer les contribuables en fonction de leur contribution à une pollution peuvent difficilement être appréciées au travers du prisme de cette conception traditionnelle de l'impôt et des dérogations à l'impôt, du moins sans que les institutions de l'Union ne soient amenées à conclure à leur sélectivité[622]. Toutefois, ces dernières ont fait preuve d'une démarche volontaire qui les amène à dépasser cette vision de la justification limitée à la politique fiscale. Alors que la Commission indiquait, dans sa communication, que la fiscalité incitative pourrait échapper à la sélectivité[623], la jurisprudence et la pratique démontrent que cette seconde orientation a été suivie d'effets.

336. Cela procède d'un dépassement des conceptions historiques sur la fonction de l'impôt : les institutions ont admis qu'une taxe peut avoir un objectif environnemental. Plus précisément, dans le cadre du raisonnement formalisé de l'application de la sélectivité, le juge a admis que l'objectif environnemental d'une taxe peut participer de ses *« principes fondateurs ou directeurs »*[624]. Dès lors, l'appréciation de la nature et de l'économie d'une mesure s'attache à l'analyse subjective des choix effectués par les États membres, afin de dépasser le simple constat d'une différence de traitement fiscal et de s'assurer que cette différence correspond à la logique d'un impôt incitatif[625]. Les institutions de l'Union vérifient que les différenciations fiscales prévues par une taxe environnementale correspondent bien à

---

[620] Communication 98/C 384/03 sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, préc., pt. 26.

[621] Ce doute est généralement énoncé dans les études générales en matière fiscale : P. ROSSI-MACCANICO, *op. cit.*, pp. 72-75 ; D. BERLIN, *Politique fiscale*, vol. II, *op. cit.*, n°s 1304-1306 ; À ce sujet, v. A. C. DOS SANTOS, *L'Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale*, *op. cit.*, pp. 539-541 ; W. SCHÖN, « Taxation and State Aid Law in the European Union », *op. cit.*, p. 927 et s.

[622] Dans les faits, les mécanismes incitatifs en matière environnementale pourraient même être contraires à la modulation en fonction de la capacité contributive, puisqu'ils peuvent faire peser une charge proportionnellement plus élevée sur les contribuables dont les capacité contributives sont les plus faibles : A. VALLÉE, *Économie de l'environnement*, *op. cit.*, pp. 105-106.

[623] La Commission avançait en effet que pouvaient être considérés comme non sélectives les *« mesures poursuivant un objectif de politique économique générale en réduisant la charge fiscale de certains facteurs de production »*, notamment la protection de l'environnement : Communication 98/C 384/03 sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, préc., pt. 13.

[624] Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pts. 84-85.

[625] En ce sens, A. KLIEMANN, « Aid for Environmental Protection », *op. cit.*, p. 322.

la logique qui lui est sous jacente[626]. Il est ainsi question de vérifier si une différenciation fiscale introduite par une taxe environnementale *« est justifiée par le principe de taxation 'normale' sur lequel [elle repose] ou à l'aune de [son] objectif environnemental »*[627].

337. Alors que le parallèle qu'il était possible de faire entre le principe d'égalité et la sélectivité a été précédemment souligné[628], il est intéressant de comparer les solutions proposées par les institutions de l'Union avec celles qui ressortent de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français en matière de fiscalité environnementale. En droit constitutionnel français, les dispositions de nature fiscale doivent se conformer à l'exigence d'égalité devant les charges publiques, le juge constitutionnel n'hésitant pas à procéder au contrôle de « critères objectifs et rationnels » qui pourraient justifier les ruptures d'égalité[629]. Dans ce contexte, le Conseil constitutionnel, confronté à des taxes environnementales, a dépassé l'appréciation fondée sur les capacités contributives du contribuable, ici hors de propos[630]. Sous-entendant que des ruptures d'égalité étaient avérées, il a jugé que la constitutionnalité des taxes vertes en cause dépendait principalement de la dernière des étapes qui structurent le contrôle du principe d'égalité, car celui-ci *« ne fait pas obstacle à ce que soient établies des impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général, pourvu que les règles qu'il fixe à cet effet soient justifiées au regard desdits objectifs »*[631]. Cette formule a été interprétée comme l'expression d'une politique jurisprudentielle, visant à souligner la faculté pour le législateur de renforcer la différenciation inhérente à ce type d'imposition, tout en assurant le contrôle global de la rationalité de ses choix à l'aune de l'objectif général qu'il poursuit[632]. Il

---

[626] V., notamment, CJCE, 29 avril 2004, *Pays-Bas/Commission*, C-159/01, préc., pts. 42-46 ; Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pts. 84-92 ; décision de la Commission du 28 octobre 2009, State aid C 30/2009, préc., pt. 34.

[627] Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pt. 86.

[628] V., *supra*, n°s 115 et s.

[629] L. FAVOREU (coord.), *Droit des libertés fondamentales*, 5ème éd., Paris, Dalloz, 2009, n° 418 ; A. FRANCK, « Les critères objectifs et rationnels dans le contrôle constitutionnel de l'égalité », *RDP*, 2009, n° 1, p. 77, spéc. pp. 82 et s.

[630] D'aucuns ont soutenu que le juge n'a pas appliqué le principe d'égalité devant l'impôt, mais le principe d'égalité devant la loi : J. LAMARQUE, « Fiscalité écologique et égalité devant l'impôt : faux principes et fausse application des principes », *in Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 183.

[631] Conseil constitutionnel, 28 décembre 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*, n° 2000-441 DC, considérant 34 ; Conseil constitutionnel, 29 décembre 2003, *Loi de finances rectificative pour 2003*, n° 2003-488 DC, considérant 9 ; Conseil constitutionnel, 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, n° 2009-599 DC, considérant 80 ; obs. A. BARILARI, *JCP G*, 2010, n° 3, p. 39 ; obs. W. MASTOR, *AJDA*, 2010. 277.

[632] Obs. W. MASTOR, *op. cit.*, pp. 278 et s. ; D. RIBES, contribution *in* « Le droit fiscal et l'environnement : continuités et ruptures », *Dr. env.*, 2010, n° 175, p. 36, spéc. pp. 36-37 ; D. BERLIN, contribution *in* « Le droit fiscal et l'environnement : continuités et ruptures », *Dr. env.*, 2010, n° 175, p. 39, spéc. p. 41 ; M. COLLET, « Réforme fiscale : la contrainte constitutionnelle », *RFFP*, 2011, n° 116, p. 19, spéc. pp. 30-32.

s'agit donc de mettre l'accent, non pas sur la rupture d'égalité, mais plutôt sur la qualité de sa justification au regard de l'objectif du projet.

338. On constate ainsi une certaine similitude dans les méthodes employées par les juges lorsqu'il s'agit d'apprécier les différences de traitement induites par la fiscalité incitative. Les éléments matériels du cadre national ne sont pas suffisants pour apprécier les mesures en cause car ils doivent être envisagées à la lumière des considérations subjectives qui ont conduit à leur élaboration.

339. Dans ce contexte, la part de subjectivité de la qualification paraît claire. Elle intervient tout d'abord lorsque les institutions de l'Union choisissent d'admettre une interprétation de la justification qui soit spécifique aux mesures de la protection de l'environnement. Elle subsiste ensuite lorsque cette justification est concrètement appréciée. En ce cas, les institutions mobilisent l'intention du législateur national, les catégories de sujets de droit qu'il a créées et apprécient la qualité de la justification proposée pour qu'il soit admis que les différences de traitement fiscal entre ces catégories de sujets de droits — dont on aura admis en amont qu'ils sont dans des situations comparables — soient considérées comme cohérentes au regard de l'intention préalablement identifiée, cette dernière opération n'étant pas absolument objectivable. De la sorte, il lui est loisible de faire des choix, ce qui peut être souligné si l'on s'attache à la portée des éléments subjectifs.

II) La portée de l'intégration d'éléments subjectifs

340. La prise en compte de critères subjectifs pour définir la notion d'aide est loin d'être dépourvue de conséquences. À cet égard, il faut relever qu'elle permet aux institutions de l'Union d'introduire une dose de flexibilité dans la qualification de la mesure concernée (A), mais aussi que cette évolution risque de conduire à une indétermination intrinsèque de la notion d'aide (B).

A) L'introduction d'une dose de flexibilité dans la qualification de la mesure

341. La prise en compte d'éléments subjectifs dans la jurisprudence a pour résultat l'introduction d'une dose de flexibilité au stade de la qualification des mesures : les institutions se réservent une certaine marge de manœuvre qui leur permet de faire varier au cas par cas le champ de la notion d'aide. Alors que toutes les affaires précédemment évoquées

pourraient être appréciées sous cet angle, il convient, à ce stade, de ne retenir que quelques exemples qui illustrent particulièrement cette proposition.

342. La flexibilité de l'opération de qualification se mesure tout d'abord au stade de la détermination du régime de référence[633]. Dans le cadre de cette appréciation, il revient certes à l'État membre de proposer une description du cadre juridique national permettant de replacer la mesure en cause dans un contexte réglementaire plus général et notamment dans celui d'un système de charges ou d'avantages dont il s'agira d'apprécier la nature et l'économie. Toutefois, les institutions de l'Union ne s'estiment pas liées par les propositions des États. Elle peuvent notamment décider d'inclure ou d'exclure de l'analyse des réglementations nationales qui peuvent être considérées comme compensant les avantages procurés par la mesure en cause[634].

343. Ainsi, quand bien même la Commission tiendrait compte de la présentation du droit national faite par les États membres, elle estime toutefois qu'il lui appartient d'établir le cadre de référence et, partant, les éléments pertinents pour son analyse[635]. Cela lui permet de sélectionner les éléments du cadre juridique en cause qu'elle juge pertinents pour la qualification et ce, sur la base d'arguments parfois difficilement objectivables[636]. Par exemple, dans une décision où était en cause la sélectivité d'une taxe sur les émissions de CO_2, la Commission n'a pas hésité à inclure dans le cadre de référence une taxe sur l'énergie tout en refusant d'y intégrer les charges découlant du fonctionnement du SEEQE. Pourtant, l'État membre en cause n'avait pas discuté de la sélectivité en mentionnant la taxe sur l'énergie, mais en soutenant que les exonérations de la taxe sur les émissions de CO_2 étaient une forme de compensation pour les entreprises soumises au SEEQE[637]. En l'espèce, le raisonnement de la Commission illustre bien la subjectivité qu'autorise la sélectivité : en l'occurrence, la Commission à considéré que le SEEQE et les taxes environnementales, alors qu'ils servaient tous deux à réduire les émissions de GES, ne poursuivaient toutefois que partiellement le même objectif : en effet, *« [t]andis que le système communautaire vise exclusivement une réduction des émissions de CO2, le régime de taxation de l'énergie*

---

[633] J. GOLFINOPOULOS, « Concept of Selectivity Criterion in State Aid Definition Following the Adria-Wien Judgment – Measures Justified by the 'Nature or General Scheme of a System' », *op. cit.*, p. 547 ; W. SCHÖN, « Taxation and State Aid Law in the European Union », *op. cit.*, p. 930 ; F. P. SUTTER, « The *Adria Wien Pipeline* Case and the State Aid Provisions in Tax Matters », *Euro. Tax.*, juillet-août 2001, p. 239, spéc. p. 241 ;
[634] V., tout particulièrement, CJCE, 29 avril 2004, *GIL Insurance e.a.*, préc., pt. 72-78.
[635] Décision de la Commission du 28 octobre 2009, State aid C 30/2009 (ex N 328/2008), préc., pt. 32.
[636] Sur les manipulations possibles de ce cadre de référence, v., J. FLETT, K. WALKEROVA, « An Ecotax Under the State Aid Spotlight : the UK Aggregates Levy », *op. cit.*, p. 225-227 ; v., également, dans le contexte de la fiscalité directe, obs. É. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, sur CJUE, 15 novembre 2011, *Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, préc., *DF*, 2012, n° 5, comm. 126.
[637] Décision 2009/972/CE de la Commission du 17 juin 2009, préc., pts. 38-42.

poursuit également d'autres objectifs, tels que la promotion de l'efficacité énergétique et la perception de recettes pour l'État »[638]. La Commission manipule ainsi la détermination du cadre d'analyse en effectuant des choix qui lui sont propres et ce, sur la base de motifs d'une validité tout relative : dans l'absolu, on pourra toujours distinguer des objectifs et des sous-objectifs d'une action de l'État, sans pour autant s'appuyer sur des éléments tangibles. Si l'on prolonge la logique de la Commission, les objectifs de la taxe sur les émissions de CO_2 et ceux de la taxe sur l'énergie que cette institution choisit de considérer ensemble comme le cadre de référence pertinent étaient-ils exactement les mêmes ? On pourrait soutenir que les premiers visaient la réduction des émissions de GES, tandis que les seconds concernaient la consommation de produits énergétiques.

344. Cela laisse présager des difficultés particulières et certainement une source de contentieux dans le domaine environnemental où le développement de la fiscalité incitative est souvent envisagé dans le contexte d'une réforme plus globale des règles d'imposition, et notamment de l'idée d'un double dividende qui consiste à profiter des recettes des écotaxes pour diminuer certains prélèvements sociaux[639].

345. La marge de manœuvre des institutions de l'Union est d'autant plus importante que leur raisonnement reste parfois implicite, ou du moins insuffisamment explicité. C'est ce que révèle par exemple la détermination du cadre de référence pertinent et de la comparabilité des situations dans l'affaire des quotas de NO_x. Le Tribunal, en première instance, avait annulé la décision de la Commission qui admettait la présence d'une aide, au motif que la condition de sélectivité n'était pas remplie[640]. Il a jugé en effet que le champ du mécanisme était défini sur la base de critères objectifs et cohérents au regard du but poursuivi, qui était d'atteindre ledit plafond pour les entreprises les plus polluantes, de sorte que l'avantage que constituait la négociabilité des quotas bénéficiait à des opérateurs se trouvant dans une situation comparable au regard de la mesure en cause. Les autres entreprises sur le territoire national n'étant pas soumises à des règles équivalentes de limitation de leurs émissions, il était logique qu'elles ne soient pas incluses dans le mécanisme[641]. Le Tribunal précisait le fondement de son analyse : il n'existait pas dans l'État membre une réglementation pouvant être considérée comme un régime général de limitation des émissions de NO_x applicable à toutes les

[638] *Ibid.*, pt. 40.

[639] Sur ce concept de double dividende, v., notamment, le rapport d'information n° 543 du Sénat du 8 juillet 2009 sur l'instauration d'une contribution « climat-énergie », le fonctionnement et la régulation des marchés de quotas de CO_2, fait au nom de la commission des finances par le groupe de travail sur la fiscalité environnementale et présenté par le sénateur F. KELLER, pp. 82 et s.

[640] TPICE, 10 avril 2008, *Pays-Bas/Commission*, T-233/04, Rec. p. II-591 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2008, n° 6, comm. 198 ; obs. J.-Y. CHÉROT, *Concurrences*, 2008, n° 2, p. 148.

[641] *Ibid.*, pts. 87-93. Le Tribunal apprécie dans les mêmes termes la justification de la mesure : v. *ibid.*, pt. 99.

entreprises et par rapport auquel le mécanisme de quotas apparaîtrait comme une dérogation[642]. En bref, il était là question de détermination du cadre d'appréciation de la sélectivité par l'identification d'un régime de référence. Or la Cour, dans son arrêt sur pourvoi, a donné tort au Tribunal, sans pour autant expliciter son raisonnement dans les mêmes termes. Elle s'est contentée de noter, de façon relativement évasive, que les autres entreprises sur le territoire devaient se conformer à des obligations de réduction des émissions, sans chercher à savoir si elles étaient équivalentes[643].

346. On peut alors regretter qu'il n'y ait pas de réelle démonstration de l'existence d'un régime général de limitation des émissions qui permettrait d'expliciter la délimitation du cadre de référence, *a fortiori* quand on sait l'importance que la Cour y accorde dans l'appréciation de la sélectivité des mesures fiscales[644]. De surcroît dans cette affaire, au motif que la démonstration de la sélectivité repose sur la Commission, la Cour a jugé que cette dernière pouvait en l'espèce se borner à mentionner l'existence d'un régime général relatif aux émissions de NO_x, sans chercher à démontrer l'équivalence de ce régime avec celui en cause, et ce quand bien même l'État membre soutenait l'absence d'équivalence[645]. Ainsi, la Cour a admis que l'interprétation du droit national par la Commission primait sur celle proposée par les autorités nationales. Or, les conséquences pratiques étaient en l'espèce importantes : cette considération a fait tomber le mécanisme de quotas dans le champ du pouvoir de contrôle de la Commission.

347. En somme, les institutions disposent bel et bien d'une certaine marge de manœuvre qui leur permet d'ajuster le champ du droit des aides d'État, lequel devient flexible. Cette analyse peut être prolongée en soulignant que la marge de manœuvre des institutions de l'Union procède directement du raisonnement par lequel le juge entend apprécier la sélectivité. À cet égard, il a déjà été souligné[646] que le juge s'inspirait des éléments ordonnançant traditionnellement la définition du principe d'égalité, comme la comparabilité de la situation factuelle et juridique des entreprises et son appréciation au regard de l'objectif poursuivi par la mesure concernée, ou encore la démonstration que des différenciations de traitement répondent à la logique interne de l'objectif poursuivi par la mesure. Il semble alors que les réflexions doctrinales sur la marge d'appréciation du juge dans l'appréciation du

---

[642] *Ibid*., pt. 94.
[643] CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pt. 64.
[644] V., *supra*, n°s 112 et s.
[645] CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pts. 63-67, et les arguments des parties pts. 46-47.
[646] V. *supra*, n°s 115 et s.

principe d'égalité sont transposables au droit des aides d'État, puisqu'elles concernent la substance même des éléments de définition qui structurent la condition de sélectivité.

348. Il est ainsi généralement soutenu, s'agissant du principe d'égalité tel qu'il existe dans les États membres ou dans l'ordre juridique de l'Union, que l'opération de comparaison est en soi condamnée à la subjectivité. Alors qu'elle dépend au premier chef de la détermination des objets comparés et du choix du terme de comparaison, au regard duquel est appréciée leur comparabilité, son résultat n'a qu'une validité relative et le point de vue de celui qui procède à la comparaison devient déterminant[647]. Le juge est ainsi amené à qualifier une situation au moyen d'une *« donnée non totalement objectivable »*[648]. En somme, la doctrine tend à admettre que, selon l'adage, comparaison n'est pas raison. Alors que ce raisonnement a été pleinement transposé à la condition de sélectivité, qui repose dès lors sur une logique de comparaison tout à fait similaire et sur la possibilité d'en déterminer les termes et les objets, l'analyse paraît valable en droit des aides d'État.

349. Il semble même judicieux de pousser le parallèle jusqu'aux études critiques sur la justice constitutionnelle. La doctrine relative au principe d'égalité en droit français tend souvent à souligner que le juge constitutionnel reste prudent dans la détermination de l'objectif poursuivi afin d'éviter un contrôle de l'opportunité des choix du législateur[649], puisqu'il ne dispose pas d'un *« pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement »*[650]. Il n'en reste pas moins qu'elle soutient, par ailleurs, que le juge est amené à réaliser lui-même des choix dans l'application du principe[651]. En matière de fiscalité environnementale notamment, le juge constitutionnel prendrait parfois certaines libertés avec les objectifs poursuivis par le législateur, ce qui révèle l'indétermination du principe

---

[647] J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, *op. cit.*, pp. 580-582.

[648] K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples », *op. cit.*, n° 7 ; v., également, A. ILIOPOULOU, « Le principe d'égalité et de non discrimination », *in* J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 435, spéc. p. 456 ; *comp*. D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire*, *op. cit.*, qui, assez paradoxalement, note que la Cour pourrait parfois juger en opportunité (n°s 729 et s.), mais qui soutient par ailleurs que la définition jurisprudentielle du raisonnement renforce l'objectivité du contrôle (n°s 751 et s.).

[649] M. COLLET, « Réforme fiscale : la contrainte constitutionnelle », *op. cit.*, spéc. pp. 21-27 ; A. FRANCK, « Les critères objectifs et rationnels dans le contrôle constitutionnel de l'égalité », *op. cit.*, pp. 94-98 ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel – Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cah. Cons. const.*, 2010, n° 29, p. 89.

[650] Conseil Constitutionnel, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, n° 74-54 DC, considérant 1.

[651] G. BRAIBANT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *in La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, p. 97, p. 110.

d'égalité[652]. Les solutions adoptées en matière de fiscalité incitative ne seraient pas nécessairement dépourvues de considérations politiques sous jacentes[653].

350. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, en choisissant de procéder aux comparaisons qu'implique la sélectivité sur la base d'un raisonnement similaire à celui du principe d'égalité, c'est-à-dire en s'attachant à la volonté de l'État, en mettant en relation cette volonté avec les catégories de sujets de droit créées par la législation environnementale, en déterminant la comparabilité des situations et, le cas échéant, en appréciant la justification d'une différence de traitement, les institutions de l'Union se donnent la possibilité de délimiter le champ du droit des aides d'État sur la base de considérations d'opportunité qui sont les leurs. La flexibilité dans la détermination du champ d'application du droit des aides peut ainsi être analysée comme un moyen pour ces institutions d'exprimer des considérations d'opportunité[654]. Cette situation ne va pas sans rappeler le débat au sujet du financement des SIEG : le juge, en admettant dans l'arrêt *Altmark* que l'intention de l'État — ici la juste compensation des charges d'un SIEG — soit prise en compte dès la qualification d'aide, et non pas uniquement lors de l'application du régime juridique qui y est associé, fait un choix de politique jurisprudentielle indiquant que les subventions accordées à un service public ne déclencheront pas automatiquement l'application du droit des aides d'État[655]. Ainsi, dès le stade de la qualification, les choix effectués par les États membres de l'Union dans la détermination de leurs politiques environnementales sont appréciés au travers des conceptions forgées par les institutions de l'Union sur la légitimité des interventions publiques et des formes qu'elles empruntent[656]. Cette situation ne correspond pas à un simple incident, mais

---

[652] V., en ce sens, J. LAMARQUE, « Fiscalité écologique et égalité devant l'impôt : faux principes et fausse application des principes », *op. cit.*, spéc. pp. 201-202 et 206 ; Sur cette indétermination, v. N. BELLOUBET-FRIER, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1998. 152 ; L. FAVOREU (coord.), *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit.*, n° 408.

[653] Il a ainsi pu être soutenu que, dans sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel *« condamne, en filigrane, la tendance française à choisir des écotaxes budgétaires plutôt qu'incitatives »* : G. SAINTENY, « La dimension fiscale des politiques environnementales en France », *RFFP*, 2011, n° 114, p. 83, spéc. p. 88.

[654] En ce sens, v. C. SIATERLI, *La notion d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE*, *op. cit.*, pp. 535 et s., qui annonçait, en 2001, une *« tolérance récente des politiques fiscales incitatives »*.

[655] V. la présentation du débat qui est faite, par exemple, par D. RITLENG, « Financement du service public et aides d'État », *AJDA*, 2004. 1011, spéc. pp. 1013-1014 ; v., également, L. RUBINI, *The Definition of Subsidy and State Aid : WTO and EC Law in Comparative Perspective*, OUP, 2010, pp. 317 et s ; concl. A. TIZZANO sous CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring*, préc., pts. 58-63 ; concl. P. LÉGER, sous CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark*, présentées le 19 mars 2002, pts. 76-78, et présentées le 14 janvier 2003 suite à la réouverture de la procédure orale, pts. 80-84.

[656] Peu d'auteurs admettent cette dimension politique de la qualification ; v. toutefois, J.-Y. CHÉROT, *Les aides d'État dans les Communautés européennes*, *op. cit.*, n° 21 ; du même auteur, *Droit public économique*, *op. cit.*, n° 119 ; L. RUBINI, « The 'Elusive Frontier' : Regulation under EC State Aid Law », *op. cit.*, spéc. pp. 278-279 ; C. SIATERLI, *La notion d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE*, *op. cit.*, n°s 475 et s ; dans une moindre mesure, K. BACON, « State Aid and General Measures », *op. cit.*, pp 309-311. Parfois, elle n'est que sous-jacente à la présentation qui est faite de la sélectivité : ainsi, un agent de la Commission explique que la

bel et bien à une orientation durable. Il convient alors d'essayer de cerner, à la lumière de cette flexibilité, le sens des choix effectués au niveau des institutions de l'Union.

351. De ce point de vue, la pratique des institutions pourrait consister à écarter du champ du droit des aides d'État certains instruments dont les effets sur la concurrence paraissent, à leurs yeux, justifiés par les objectifs qu'ils poursuivent. Il est ainsi possible d'interpréter cette jurisprudence comme un vecteur de l'élaboration de préjugés favorables à certaines formes de mesures environnementales. Par exemple, grâce à l'analyse détaillée des objectifs du législateur national, les institutions de l'Union admettent qu'il puisse utiliser des taxes incitatives pour aboutir à une amélioration de l'état du milieu naturel tout en échappant au droit des aides d'État. En atteste la pratique de la Commission en matière d'exonérations de taxes sur la production d'énergie. Lorsqu'une telle exonération est accordée à un producteur d'énergie SER, cela revient à l'avantager sur le marché de l'énergie. En effet, les différenciations de traitement induites par une taxe incitative produisent nécessairement des effets positifs ou négatifs sur le patrimoine des opérateurs. La mesure est donc sélective. Seule une démarche volontariste des institutions permet de comprendre que la nature et l'économie d'une taxe sur l'énergie ayant pour objet de réduire les émissions de CO_2 justifie cette exonération, donc le fait qu'elle échappe à l'article 107 TFUE[657]. Si cette position paraît cohérente, cette cohérence ne s'explique que par l'intégration des objectifs environnementaux. Lorsque les institutions admettent qu'un traitement privilégié échappe à leur contrôle, elles font donc un choix : là où une application mécanique de la sélectivité risque de faire tomber toutes les taxes environnementales dans le champ du droit des aides d'État, elles laissent la possibilité aux États membres de recourir à cet instrument sans encourir l'interdiction de principe contenue à l'article 107 TFUE — sous réserve toutefois du respect de conditions strictes. Ainsi, les solutions des institutions de l'Union pourraient être comprises comme visant à ne pas décourager les États à recourir à la fiscalité incitative[658].

---

sélectivité, en matière fiscale, permet de distinguer les différenciation fiscales *« légitimes ou normales »* des aides d'État : P. ROSSI-MACCANICO, « The Gibraltar Judgment and the Point on Selectivity in Fiscal Aids, *op. cit.*, p. 67. Certains auteurs notent la dimension politique de l'opération de qualification mais pensent qu'il est possible d'arriver à un contrôle de la sélectivité objectif : v., par exemple, P. NICOLAIDES, « Fiscal Aid in the EC – A Critical Review of the Current Practice », *op. cit.*, pp. 330 et s.

[657] Décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid NN 30/B/2000 and N 678/2001, préc., pp. 4-5 ; décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 168/A/2001, préc., pp. 9-11 ; décision de la Commission du 10 mars 2009, State aid N 354/2008, préc., pts. 6 et 35-36 ; en ce sens, K. BACON, « State Aid and General Measures », *op. cit.*, pp 310-311.

[658] Certes, il ne faut pas exagérer la portée de la qualification d'aide d'État : elle ne conduit pas nécessairement à l'interdiction de la mesure en cause, qui pourra toujours être justifiée. Toutefois, les conséquences de cette qualification sont extrêmement contraignantes, et les dérogations à l'incompatibilité restent d'application stricte.

352. En tout état de cause, cette dimension politique de l'opération de qualification est discutable. En matière environnementale, comme ailleurs, seule l'appréciation politique permet de hiérarchiser les objectifs des politiques publiques. Pour savoir si une taxe est justifiée par les objectifs de la protection de l'environnement, alors qu'elle ne frappe pas de la même manière la production d'électricité à partir de charbon et celle produite à partir de l'énergie cinétique du vent, il faut savoir si l'utilisation de ressources non renouvelables et les émissions de CO_2 consécutives à l'exploitation du charbon sont plus dommageables pour l'environnement que la dégradation du paysage et le bruit qui sont causés par des éoliennes[659]. De ce point de vue, la jurisprudence permet que les appréciations d'opportunité des institutions de l'Union concurrencent celles des États membres dans la détermination des orientations des politiques environnementales nationales.

353. Il y a par ailleurs des solutions plus délicates à interpréter, car elles s'expliquent certainement par des motifs moins avouables. Par exemple, dans l'arrêt *British Aggregates*, le Tribunal a explicitement limité le cadre de référence à la taxe sectorielle en cause, tant au stade de l'appréciation de la différence de traitement qu'à celui de sa justification[660] et n'a apprécié les différences de traitement fiscal qu'au sein du secteur des granulats concerné[661]. Il a donc été admis par le juge que la limitation de la taxe à ce seul secteur qui procédait d'un choix de l'État membre concerné dans la détermination des objectifs de sa politique environnementale échappait au droit des aides d'État. Il est toutefois difficile d'y voir une solution tenant compte de considérations environnementales. En effet, la taxe sur les granulats aurait pu être étendue à toutes les activités d'extraction de ressources naturelles minérales. La limitation sectorielle de son champ peut donc s'apprécier comme un avantage. Or, le juge admet en l'espèce que cet avantage n'est pas constitutif d'une aide, alors même que son champ d'application n'est pas le plus favorable pour l'environnement. En l'espèce, il semble donc que ce sont des considérations économiques qui ont justifié ses choix dans la qualification.

---

[659] V., sur la dimension politique des choix environnementaux, J. FLETT, K. WALKEROVA, « An Ecotax Under the State Aid Spotlight : the UK Aggregates Levy », *op. cit.*, p. 234 (étant toutefois entendu que ces auteurs considèrent que la Cour ne tient pas compte de l'objectif poursuivi par l'État au stade de la qualification et que sa jurisprudence est dépourvue de subjectivité).

[660] Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc., pts. 51 et 83 ; obs. B. STROMSKY, *Concurrences*, 2012, n° 2, p. 5 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2012, n° 5, comm. 202.

[661] *Ibid.*, pts. 75-80 et 86-90 ; le Tribunal a ainsi jugé que *« même à supposer que ce régime puisse être décrit comme une 'charge fiscale exceptionnelle limitée à un secteur économique circonscrit', celle-ci n'échappe pas de ce seul fait à l'interdiction prévue à l'article [107, paragraphe 1, TFUE] […], ce régime étant susceptible d'opérer des différenciations au sein de ce même secteur pouvant remplir les critères d'avantage et de sélectivité »*, v. pt. 52.

354. Au-delà de ces considérations, il est certain que le maintien de l'importante marge d'appréciation de institutions de l'Union au stade de la qualification d'une mesure porte atteinte directement à l'objectivité de la notion d'aide.

B) Le renoncement à l'objectivité de la notion d'aide ?

355. Au regard de l'ensemble des considérations qui précèdent, il apparaît que la sélectivité ne dépend pas tant des qualités objectives des conditions qui, dans l'ordre interne, limitent le champ d'une mesure nationale. Dès que l'on admet les contradictions intrinsèques de la notion de mesure générale et des autres éléments de définition du critère de sélectivité, l'appréciation de ce critère dépend plutôt d'une distinction, par essence subjective, entre les conditions qui caractérisent l'aide d'État et celles qui caractérisent les mesures générales. Cette distinction dépend des appréciations des institutions de l'Union quand à l'opportunité de l'application de traitements différents aux catégories d'entreprises qu'elles identifient, qui s'expriment au travers de la détermination des objectifs poursuivis par le législateur, de la délimitation du cadre d'appréciation des catégories comparées, de la comparabilité des situations ainsi que de la qualité de la justification de la sélectivité. Seule une étude détaillée de ces appréciations permet d'identifier des préjugés favorables aux mesures de protection de l'environnement.

356. Partant, pour définir le champ du droit des aides d'État, les éléments matériels sont utiles, mais restent insuffisants. En matière environnementale, il n'est pas possible de définir sur la base de critères précis l'étendue de la notion d'aide. Il est simplement loisible d'éclairer ce champ à la lumière des orientations que l'on peut tirer de la jurisprudence et de la pratique de la Commission. Bien que *« l'on ne saurait prétendre percer les pensées profondes des juges à la lecture de leurs arrêts »*[662], ni d'ailleurs celles des membres de la Comission à la lecture de leurs décisions, les éléments de motivation qu'ils fournissent constituent des indices à cet égard[663]. Par exemple, il semble ainsi qu'il y ait un préjugé positif pour les exonérations d'impôts directs en faveur d'investissements environnementaux lorsque les conditions de leur obtention seront définies sur la base de critères précis qui ouvrent très largement leur bénéfice[664]. En revanche, les avantages qui sont réservés aux entreprises en

[662] J.-M. THOUVENIN, « Les techniques interprétatives du juge de l'Union européenne », *RGDIP*, 2011, n° 2, p. 490.
[663] *Ibid.*
[664] Décision de la Commission du 13 mars 2001, State aid N 797/2000, préc., p. 5 ; décision de la Commission du 25 août 2006, NN 41/05, préc. pts. 17-18

fonction de leur taille[665] ou de critères quantitatifs comme la consommation d'énergie[666], relèveront en principe du droit des aides. Par ailleurs, certaines formes d'interventions paraissent plus acceptables que d'autres aux yeux des institutions. Ainsi, les dérogations de taxes sur la production d'énergie au bénéfice des producteurs d'énergie SER sont des mesures justifiées par la nature et l'économie de la taxe[667], tandis que les subventions de l'achat de véhicules « verts » constituent, à un double titre, un avantage sélectif pour les producteurs de ces véhicules[668].

357. Cette situation peut toutefois être critiquée. Certes, on comprend la position du juge qui, se trouvant contraint d'appliquer un règle très imprécise à des mesures nationales très diverses, tout en ayant la responsabilité d'assurer son effectivité, cherche à délimiter la notion d'aide de façon pragmatique en évitant que certaines formes d'interventions, comme la fiscalité incitative, ne tombent automatiquement dans le champ de la notion d'aide. Du reste, la marge de manœuvre qu'il se ménage ainsi le met à l'abri des conséquences d'un critère précis qui se révèlerait, à l'usage, limiter de façon importante le champ de l'article 107 TFUE, et maintient la possibilité d'apprécier les intentions du législateur national.

358. Le juge évite d'ailleurs de se tourner vers les solutions que suggère la doctrine pour renforcer la précision du contrôle. Ces solutions consistent généralement à préconiser une appréciation plus fine des effets de l'aide par le recours à l'analyse économique, ce qui passe notamment par la délimitation d'un marché pertinent[669], et ont pu trouver des échos particuliers lorsqu'il a été proposé d'apprécier la comparabilité des situations au regard du rapport de concurrence entre les entreprises[670]. Le choix de la Cour n'est pas anodin. D'une

---

[665] CJCE, 26 septembre 2002, *Espagne/Commission*, C-351/98, préc., pt. 43 ; CJCE, 13 février 2003, *Espagne/Commission*, C-409/00, préc. pts. 53 et 55 ; CJCE, 29 avril 2004, *Pays-Bas/Commission*, C-159/01, préc., pts. 42-46 ; v., également, TPICE, 29 septembre 2000, *CETM/Commission*, préc., pt. 53-54.

[666] CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pt. 76 ; décision 2005/565/CE de la Commission du 9 mars 2004, préc., pts. 46-51 ; décision 2011/528/UE de la Commission du 8 mars 2011, préc., pts. 100 et s

[667] Décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid NN 30/B/2000 and N 678/2001, préc., pp. 4-5 ; décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 168/A/2001, préc., pp. 9-11 ; décision de la Commission du 10 mars 2009, State aid N 354/2008, préc., pts. 6 et 35-36.

[668] Cette subvention favorise, *de facto*, au sein du secteur automobile, les producteurs de voitures « vertes », et favorise également le secteur de l'automobile par rapport aux autres secteurs : décision de la Commission du 26 avril 2006, State Aid N 142/2005, préc., p. 7.

[669] S. MARTIN, C. STRASSE, « La politique des aides d'États est-elle une politique de concurrence ? », *Concurrences*, 2005, n° 3, p. 52, spéc. n°s 12-18 ; D. TAYAR, A. GIRAUD, « L'interprétation du critère de l'emploi de ressources d'État par la Cour de justice : le révélateur d'une lecture formaliste de l'article 87 du Traité CE ? », *op. cit.*, n°s 63-66 ; J. L. DA CRUZ VILAÇA, « Material and Geographic Selectivity in State Aid – Recent Developments », *EStAL*, 2009, n° 4, p. 443, spéc. pp. 445-448 ; au sujet de l'analyse économique en droit des aides d'État, v. *infra*, n°s 881.

[670] V. concl. G. COSMAS sous CJCE, 9 décembre 1997, Tiercé *Ladbroke/Commission*, C-353/95 P, pt. 30 ; v., également, H. LÓPEZ LÓPEZ, « General Thoughts on Selectivity and Consequences of a Broad Concept of State Aid in Tax Matters », *op. cit.*, spec. pp. 813-815.

part, il préserve le champ de la notion d'aide : les entreprises dans une situation comparable au regard de l'objectif poursuivi par une mesure ne sont pas en toute hypothèse actives sur les mêmes marchés[671]. D'autre part, il permet de ne pas résumer les opérations de qualification à une analyse quantitative alors que *« [l]a politique des aides d'État contient toujours une part inévitable d'appréciation politique »*[672].

359. Toutefois, ce faisant, le juge renonce à l'objectivité de la notion d'aide. Cette conséquence doit être soulignée car elle n'est pas nécessairement envisagée par certains auteurs qui voient, notamment dans la prise en compte de l'intention du législateur, une solution justifiable[673]. Il ne s'agit pas là seulement d'une remise en cause de la doctrine des effets qui, on l'a vu, avait à de toute manière à l'origine une portée fort limitée. Au-delà, l'objectivité de la catégorie d'aide peut être envisagée comme un fil rouge pour comprendre la jurisprudence de la Cour, en restituant l'opération de qualification des mesures nationales dans le système du traité.

360. La catégorie contenue au paragraphe premier de l'article 107 TFUE déclenche l'application de l'ensemble des règles et procédures qui déterminent le régime de l'aide d'État, au premier chef desquelles celle de l'incompatibilité. L'opération de qualification sera donc au cœur des litiges opposant les États et les entreprises intéressées à la Commission sur l'étendue du pouvoir de cette dernière. Le juge considère en ce sens que les qualifications opérées par la Commission sont susceptibles d'un contrôle entier car la notion d'aide est une *« notion juridique devant être appréciée sur la base d'éléments objectifs »*[674]. L'intérêt de l'objectivité de la catégorie se comprend également au vu de l'office du juge national qui est appelé à sanctionner l'obligation de notification préalable contenue au paragraphe 3 de

---

[671] Ainsi que le démontre bien l'arrêt *Adria Wien Pipeline*, où l'avantage en cause était sélectif car réservé aux entreprises du secteur manufacturier, à l'exclusion de celles du secteur des services : par définition, ces deux secteurs ne sont pas en concurrence. J.-P. KEPPENNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, *op. cit.*, note 35 de bas de page 24.

[672] T. KLEINER, A. ALEXIS, « Politique des aides d'État : Une analyse économique plus fine au service de l'intérêt commun », *Concurrences*, 2005, n° 4, p. 45, n°s 23-29, spéc. n° 29.

[673] V., notamment, A. BARTOSCH, « Is there a Need for a Rule of Reason in European State Aid Law ? Or How to Arrive at a Coherent Concept of Material Selectivity ? », *op. cit.*, spéc. pp. 733 et s. ; B. KURCZ, D. VALLINDAS, « Can General Measures be… Selective ? Some Thoughts on the Interpretation of a State Aid Definition », *op. cit.*, pp. 175 et s.

[674] CJCE, 16 mai 2000, *France/Ladbroke Racing et Commission*, C-83/98 P, Rec. p. I-3271, pt. 25 ; CJUE, 9 juin 2011, *Comitato "Venezia vuole vivere" e.a./Commission*, C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P, pt. 132 ; CJUE, 21 juin 2012, *BNP Paribas et BNL/Commission*, C-452/10 P, non encore publié au Recueil, pt. 100. Il n'est limité à l'erreur manifeste d'appréciation que dans l'hypothèse d'une d'analyse économique complexe : CJCE, 29 février 1996, *Belgique/Commission*, C-56/93, Rec. p. I-723, pt. 11 ; CJCE, 8 mai 2003, *Italie et SIM 2 Multimedia/Commission*, C-328/99 et C-399/00, Rec. p. I-4035, pt. 39 ; CJCE, 1er juillet 2008, *Chronopost et La Poste/UFEX e.a.*, C-341/06 P et C-342/06 P, Rec. p. I-4777, pt. 143. V. H. LEGAL, « Quelle place pour l'analyse économique des aides d'État ? (2) », *in* La réforme de la politique des aides d'État, *Concurrences*, 2006, n° 1, p. 69.

l'article 108 TFUE et à connaître du contentieux de la récupération de l'aide illégalement versée[675]. Cette objectivité est nécessaire pour assurer l'effectivité du droit des aides d'État dans les ordres juridiques nationaux, *a fortiori* à l'heure de sa décentralisation[676]. En bref, l'efficacité du contrôle des aides d'État commande l'élaboration d'une notion d'aide extensive sur la base de critères impliquant des opérations de qualification aussi objectivables que possible afin de garantir la sécurité juridique.

361. La définition de la sélectivité par la prise en compte d'éléments subjectifs au stade de la qualification, dans des arrêts où le juge rappelle la doctrine des effets, apparaît ainsi comme le résultat de la tension entre ces considérations potentiellement conflictuelles. La flexibilité de la notion d'aide ne confine pas pour autant au laxisme. Les mesures de protection de l'environnement doivent être appréciées en raison de leur finalité, mais ne peuvent faire, en elle-même, l'objet d'un quelconque traitement de faveur. En tout état de cause, s'il a pu être constaté que l'indétermination de la notion d'aide pouvait être une question de maturation des critères, l'étude de l'introduction de critères intentionnels au stade de l'appréciation de la sélectivité montre toutefois que c'est parfois la maturation d'un critère, en l'occurrence celui de la sélectivité, qui rend difficile une description claire et objective de la catégorie d'aide.

---

[675] CJCE, 21 novembre 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e.a./France*, C-354/90, Rec. p. I-5505, pts. 8 et 11. V., généralement, sur l'office du juge national, communication 2009/C 85/01 de la Commission relative à l'application des règles en matière d'aides d'État par les juridictions nationales (JO C 85 du 9 avril 2009, p. 1) ; J.-P. KEPPENNE, K. GROSS, « Quelques considérations sur le rôle du juge national dans le contrôle des aides d'État », *in* Liber Amicorum *F. Santaolalla Gadea*, *op. cit.*, p. 391.

[676] Sur l'importance de la clarté de la notion d'aide pour le juge national, v. M. ROSS, « State Aid and National Courts : Definitions and Other Problems – A Case of Premature Emancipation ? », *CML Rev.*, 2000 (37), p. 401 ; A. SINNAEVE, « What to Expect from National Courts to Fight against Unlawful State Aids ? » *EStAL*, 2005, n° 1, p. 1.

Conclusion du Chapitre I

362. L'analyse de la condition de sélectivité dans le domaine environnemental souligne les enjeux de la présence d'éléments subjectifs au stade de la qualification mais aussi toute la difficulté de les identifier. Il faut tout d'abord composer avec une jurisprudence complexe et parfois contradictoire. La doctrine des effets semble entrer en opposition avec la définition jurisprudentielle de la sélectivité. Le juge ne souhaitant visiblement pas remettre en cause ni ce principe d'interprétation ni la définition de ce critère, une incohérence paraît introduite dans le droit positif. Par ailleurs, il faut tenir compte des divergences de la doctrine et des deux dimensions subjectives de l'opération de qualification, laquelle permet à la fois la prise en compte de la volonté interne des États et les choix des institutions chargées d'interpréter la notion d'aide.

363. Cependant, une fois les contradictions de la jurisprudence admises et les conditions de la subjectivité précisées, il est possible de souligner l'existence d'éléments qui permettent aux institutions de l'Union d'opérer des arbitrages lors de la qualification, dans les cas les plus complexes. Ces éléments procédent de certains des éléments de définition de la sélectivité. Tout d'abord, l'appréciation de la comparabilité des situations, qui est difficilement détachable de celle de la détermination du cadre de référence, permet aux institutions d'agir en amont de l'opération de comparaison de la situation juridique et factuelle des entreprises. De la sorte, elles peuvent intervenir sur des éléments qui seront déterminants pour le résultat de la qualification de mesures nationales. Par ailleurs, l'étape de la justification par la nature ou l'économie de la mesure permet également aux institutions d'exprimer leurs choix en mettant en relation les buts des mesures contrôlées et leurs effets concrets.

364. Il en découle une détermination flexible du champ du droit des aides. Les institutions peuvent choisir de soustraire certains instruments au contrôle des aides. Bien que leurs motivations paraissent liées notamment à la protection de l'environnement, elles restent cependant difficiles à apprécier puisqu'elles ne sont pas tout à fait explicites.

365. L'étude de la dose de subjectivité induite par le critère de sélectivité a permis de poser les bases et de préciser les enjeux de la présence d'éléments subjectifs de qualification. Cette analyse doit être complétée en soulignant que des éléments subjectifs sont induits par tous les critères constitutifs de l'aide sous la forme de présupposés.

Chapitre II) Les éléments subjectifs sous la forme de présupposés

366. Les opérations de qualification ne sont pas parfaitement neutres vis-à-vis des instruments de la protection de l'environnement. Il existe en effet une tendance générale qui peut être identifiée dans le raisonnement des institutions de l'Union : à l'occasion de la qualification, ces dernières recourent parfois à des présupposés. Ces derniers constituent des éléments de qualification subjectifs qui sont permis par le contenu des divers critères constitutifs de la notion d'aide tels qu'ils sont définis par les institutions de l'Union. Cette pratique étant généralement implicite, les éléments subjectifs sont difficiles à identifier. Afin de les mettre en évidence, il est possible d'analyser les opérations de qualification que l'on retrouve dans la pratique des institutions et de distinguer selon qu'elles sont fondées sur des éléments objectifs ou subjectifs. Une telle comparaison est en effet suceptible de faciliter l'analyse.

367. En conséquence, on propose ici de distinguer deux méthodes de qualification, correspondant respectivement à une méthode utilisant des éléments objectifs et une autre mobilisant des éléments subjectifs. Lorsque les institutions de l'Union qualifient une mesure environnementale nationale d'aide d'État en utilisant uniquement des éléments objectifs, les opérations de subsomption auxquelles elles procèdent n'intègrent que des éléments juridiques et factuels existants dans l'ordre interne considéré. Cette forme de raisonnement peut être désignée comme une méthode de qualification réaliste, en ce sens qu'elle n'est effectuée qu'à partir d'une réalité objective, dûment constatée dans un champ et à un moment donnés. Néanmoins, il arrive parfois qu'à l'occasion d'une opération de qualification, la réalisation des critères de l'aide soit appréciée, non pas uniquement en fonction de la situation existante dans un ordre interne donné, mais également au regard de présupposés qui lui sont substitués. En ce cas, la méthode de qualification peut être qualifiée de spéculative, en ce sens que les institutions de l'Union procèdent à la qualification des mesures considérées en admettant au préalable l'existence de certaines données abstraites. Dans la pratique, il est ainsi possible d'identifier des présupposés généraux qui sont élaborés lors de l'appréciation de la condition de l'avantage (Section I), mais aussi des présupposées spécifiques à certaines catégories d'instruments économiques de la protection de l'environnement (Section II).

Section I) Les présupposés élaborés lors de l'appréciation de la condition de l'avantage

368. À l'étude de la jurisprudence et de la pratique de la Commission, il est possible d'identifier certains présupposés utilisés pour qualifier les interventions environnementales de l'État qui sont élaborés à l'occasion de l'appréciation de la condition de l'avantage. Un premier présupposé est ainsi relatif à la nature de l'activité exercée par certaines entreprises aidées (I). Un second présupposé est relatif à la normalité de l'imputation des charges découlant des réglementations environnementales généralement applicables aux activités polluantes (II).

I) Le présupposé relatif à la nature de l'activité environnementale aidée

369. Dans le contexte de l'appréciation de la condition de l'avantage et de la qualité du bénéficiaire de cet avantage et, plus précisément, à l'occasion du développemment des règles applicables aux SIEG et de la définition de la notion d'entreprise, le juge à élaboré un présupposé se fondant sur la nature de l'activité aidée (A). Cette précision est importante lorsqu'il est question, ensuite, de préciser la teneur de ce présupposé (B).

A) Le contexte de l'apparition du présupposé sur la nature de l'activité environnementale

370. En droit des aides d'État, les critères posés par l'arrêt *Altmark* permettent aux mesures compensant des charges d'intérêt économique général d'échapper à l'article 107 TFUE. Le premier de ces critères exige que l'entreprise bénéficiaire soit effectivement chargée de l'exécution d'obligations de service public clairement définies. Il apparaît, de la sorte, aussi bien comme un critère de définition du SIEG que comme une condition d'appréciation de l'avantage[677]. La condition de l'avantage est donc appréciée directement en référence à la notion de SIEG.

371. Dans ce contexte, la présence d'un présupposé utilisé à des fins de qualification s'explique par les critères retenus par le juge pour définir le SIEG : il est déduit de la

[677] Cette exigence est, en effet, valable aussi bien au titre de la qualification d'un SIEG qu'au stade de l'appréciation de la compensation des charges qui en découlent en application de la première condition *Altmark* : v. TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a./Commission*, T-289/03, préc., pt. 181 ; J. L. BUENDIA SIERRA, « Finding the Right Balance : State Aid and Services of General Economic Interest », *op. cit.*, pp. 208-210.

« nature » de l'activité, de son caractère essentiel et de l'existence d'une défaillance du marché[678]. En particulier, et fort logiquement d'ailleurs à la lecture des articles 14 et 106 TFUE, *« [u]n SIEG se définit, par hypothèse, par rapport à l'intérêt général qu'il vise à satisfaire »*[679]. Or, *« l'intérêt général ou l'intérêt public, notions abstraites et nécessairement imprécises dont les implications sont à l'évidence philosophiques et morales »*[680], ne sont guère précisés par le juge. Le SIEG doit ainsi répondre à une *« mission particulière »*[681], poursuivant un *« intérêt économique général qui présente des caractères spécifiques par rapport à celui que revêtent d'autres activités de la vie économique »*[682].

372. Aussi, le juge, malgré le perfectionnement de la notion[683], reste-t-il prudent dans la qualification et privilégie une démarche casuistique[684], en limitant de surcroît son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation[685]. La qualification prend en effet une dimension éminemment politique[686]. Appréhender l'existence d'un SIEG en fonction de la nature de l'activité économique, elle-même déterminée au regard de l'intérêt général, suggère que le juge forge une conception préétablie de l'intervention de l'État dans l'économie. Il s'agit donc de définir la finalité de l'État, c'est-à-dire la frontière, nécessairement relative, entre les sphères de l'action publique et de l'action privée dans le domaine de la fourniture de biens et de services.

---

[678] J. L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies Under EC Law*, OUP, 1999, n°s 8–23-8–30 et 8–49-8–56 ; S. RODRIGUES, « Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire », *AJDA*, 2006. 85, spéc. pp. 86-88 ; D. SIMON, « Les mutations des services publics du fait des contraintes du droit communautaire », *in* R. KOVAR, D. SIMON (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché – T I*, *op. cit*., p. 65, spéc. p. 77.

[679] TPICE, 26 juin 2008, *SIC/Commission*, T-442/03, Rec. p. II-161, pt. 203 ; v. F. GAZIN, « La conception communautaire de l'intérêt général dans le droit des services publics », *in* R. KOVAR, D. SIMON (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché – T II*, Paris, La documentation française, 1998, p. 48.

[680] R. KOVAR, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée ? », *op. cit.*, p. 232.

[681] CJCE, 23 octobre 1997, *Commission/France*, C-159/94, Rec. p. I-5815, spéc. pt. 54.

[682] CJCE, 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova Spa/Siderurgica Gabrielli*, C-179/90, Rec. p. I-5889, pt. 27 ; CJCE, 18 juin 1998, *Corsica Ferries France*, C-266/96, Rec. p. I-3949, pt. 45 ; TPICE, 16 mars 2004, *Danske Busvognmænd/Commission*, T-157/01, Rec. p. II-917, pt. 84 ; TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a./Commission*, préc., pt. 178.

[683] M. KARPENSCHIF, « Vers une définition communautaire du service public ? », *op. cit.*, pp. 63-66 ; R. KOVAR, « Monopoles publics », *Rép. communautaire Dalloz*, n° 196 ; v., également, Communication 2012/C 8/02 de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, préc., pts. 45-53.

[684] D. TRIANTAFYLLOU, « L'encadrement communautaire du financement du service public », *RTD eur.*, 1999. 21, v. pp. 23 et s. Pour un exemple récent, CJUE, 8 mai 2013, *Libert e.a.*, C-197/11 et C-203/11, non encore publié au Recueil, pt. 88 ; obs. J. GSTALTER, *Concurrences*, 2013, n° 3, p. 127.

[685] TPICE 15 juin 2005, *Olsen/Commission*, T-17/02, Rec. p. II-2031, pt. 216 ; TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a./Commission*, préc., pts. 166-167 ; Trib. UE, 11 septembre 2012, *Corsica Ferries France/Commission*, préc., pt. 56.

[686] D. GUINARD, *Réflexions sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion de services d'intérêt général*, Paris, L'Harmattan, 2012, n°s 434 et s.

373. Une autre notion, celle d'entreprise au sens du droit de la concurrence, aboutit à un raisonnement comparable. La notion d'entreprise définit la nature économique de l'activité exercée par l'entité bénéficiaire de l'avantage et détermine, elle aussi, le champ d'application du droit des aides d'État : seuls les avantages au bénéfice des entreprises y sont soumis, ce qui exclut *a contrario* les mesures accordées à des entités qui exercent des activités considérées comme non économiques car caractéristiques de la fonction étatique[687]. Cette condition retient ici l'attention car elle peut concerner des activités environnementales qui, tout comme les SIEG, peuvent être envisagées comme des interventions environnementales *dans* l'économie[688]. La notion d'entreprise revêt d'ailleurs une importance particulière en matière d'activités soumises à des obligations d'intérêt général : elle permet de faire le départ entre les services — non économiques[689] — d'intérêt général (SIG)[690] et les SIEG. En effet, les État, en vue de servir l'intérêt public et suivant des considérations d'opportunité, organisent certaines prestations qui ont spécialement pour objet la protection de l'environnement et peuvent prendre en charge les coûts qu'elles impliquent[691]. Or, ces mesures de prise en charge ne peuvent être qualifiées d'aides d'État que si les activités environnementales financées sont économiques au sens du droit de l'Union. Cette qualification emporte alors des réflexions spécifiques sur le caractère économique de certaines activités environnementales.

---

[687] F. BERROD, « Aides (notion) », *Rép. Dalloz communautaire*, n°s 45-51.

[688] Sur cette notion traditionnelle du droit public économique, v. P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998, n° 19 ; G. VLACHOS, *Droit public économique français et européen*, 2ème éd., Paris, Armand Colin, Dalloz, 2001, dont la quatrième partie est consacrée aux *« interventions industrielles ou commerciales de l'État »*.

[689] Par l'expression 'services d'intérêt général', on entend ici les services non économiques d'intérêt général, et non pas, comme la Commission, un terme désignant généralement les activités soumises à des obligations de service public, qu'elles soient ou non économiques : v. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 12 mai 2004, Livre blanc sur les services d'intérêt général, (COM(2004) 374 final), Annexe 1.

[690] V., Communication 2012/C 8/02 de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général (JO C 8 du 11 janvier 2012, p. 4), pt. 8. V., également, M. DONY, « Les notions de 'Service d'intérêt général' et 'service d'intérêt économique général' », *in* J.-V. LOUIS, S. RODRIGUES (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 3, spéc. pp. 10 et s. ; G. ECKERT, « La distinction entre les services d'intérêt économique général et les services d'intérêt général non-économiques », *in* L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La libéralisation des services d'intérêt économique général en réseau en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 3 ; Y. HOUYET, « Les exigences du droit primaire concernant l'abolition des droits exclusifs ou spéciaux accordés aux entreprises assumant des services publics », *RTD eur.*, 2007. 253, spéc. n°s 16 et s.

[691] Au sujet des justifications économiques et politiques des interventions par voie de gestion en matière environnementale, v. P. THIEFFRY, « Les comportements visant à la protection de l'environnement en droit de la concurrence », *Env.*, 2006, n° 10, p. 17, spéc. n° 3 ; G. PARLÉANI, « Marché et environnement », *Dr. env.*, 2005, n° 126, p. 52, spéc. pp. 53-54 ; M. TORRE-SCHAUB, « Politiques environnementales et politiques publiques économiques : vers la construction de la notion d'intérêt général environnemental », *in* L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La libéralisation des services d'intérêt économique général en réseau en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 249, spéc. pp. 252 et s.

374. À cet égard, il faut préciser que l'entreprise est définie de façon fonctionnelle : il s'agit de *« toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »*[692]. Il est ainsi question de distinguer les activités économiques, c'est-à-dire toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné[693], des fonctions qui, *« par leur nature, par leur objet et par les règles auxquelles elles sont soumises, se rattachent à l'exercice de prérogatives […] qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique »*[694]. La jurisprudence et la pratique de la Commission mettraient l'accent en particulier sur la nature économique de l'activité considérée, qui serait le seul critère réellement pertinent pour identifier une entreprise[695].

375. Il est ainsi question de distinguer ce qui ressort de la sphère des activités de nature étatique et des activités qui relèvent, normalement, des sphères d'activité privées. Les qualifications peuvent ainsi dépendre de choix des institutions de l'Union qui « révèlent » le caractère économique des activités considérées aux fins de leur appliquer le régime juridique correspondant[696].

376. En somme, les critères retenus pour définir le SIEG et la notion d'entreprise permettent aux institutions de l'Union de qualifier des situations en se basant sur la nature des choses. Dans le cas de l'entreprise, il s'agit de savoir si l'activité concernée est caractéristique d'une mission régalienne, donc non économique. En application de la notion de SIEG, il est question de vérifier qu'une activité économique correspond à une mission d'intérêt général. Une telle démarche, éminemment subjective, peut conduire à l'élaboration de présupposés qui déterminent les limites de l'intervention de l'État. La réalité de cette orientation se révèle

---

[692] CJCE, 23 avril 1991, *Hoefner et Elser*, C-41/90, Rec. p. I-1979, pt. 21 ; CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96, Rec. p. I-5751, pt. 77 ; CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov e.a.*, C-180/98 à C-184/98, Rec. p. I-6451, pt. 74 ; CJCE, 23 mars 2006, *Enirisorse*, C-237/04, Rec. p. I-2843, pt. 28 ; CJUE, 1er juillet 2010, *Knauf Gips/Commission*, C-407/08 P, Rec. p. I-6375, pt. 64 ; CJCE, 12 juillet 2012, *Compass-Datenbank*, C-138/11, non encore publié au Recueil, pt. 35. V., également, concl. M. F. G. JACOBS sous CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96, pts. 311-314. V., à ce sujet, parmi une doctrine abondante : L. BOY, « Le droit de la concurrence, élément d'une constitution européenne ? », *in* O. DEBARGE, T. GEORGOPOULOS, O. RABAEY (dir.), *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 123, spéc. pp. 127-136 ; C. GAVALDA, G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 6ème éd., Paris, Litec, 2010, nos 422 et s ; L. IDOT, « L'intérêt général, limite ou pierre angulaire du droit de la concurrence ? », *JTDE*, 2007, n° 142, p. 225, spéc. nos 5-13 ; dans le domaine environnemental, v. P. THIEFFRY, « Environnement – Protection de l'environnement et droit de la concurrence », *JCl. Europe Traité*, fasc. 1920, nos 42-44.

[693] CJCE, 16 juin 1987, *Commission/Italie*, 118/85, Rec. p. 2599, pt. 7 ; CJCE, 18 juin 1998, *Commission/Italie*, C-35/96, Rec. p. I-3851, pt. 3 ; CJCE, 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris/Commission*, C-82/01 P, Rec. p. I-9297, pt. 79 ; CJCE, 1er juillet 2008, *MOTOE*, C-49/07, Rec. p. I-4863, pt. 22 ; CJUE, 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance*, C-437/09, Rec. 2011 p. I-973, pt. 42.

[694] CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol*, C-364/92, Rec. p. I-43, pt. 30.

[695] C. GAVALDA, G. PARLEANI, *op. cit.*, nos 426 et 428.

[696] TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a./Commission*, préc., pt. 17 ; en ce sens, D. GUINARD, *Réflexions sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion de services d'intérêt général*, *op. cit.*, spéc. nos 357 et s.

lorsque sont étudiés, dans la pratique, les choix des institutions relatifs à la qualification des SIEG environnementaux.

B) La teneur du présupposé relatif à la nature de l'activité environnementale

377. À l'étude de la jurisprudence de la Cour et de la pratique de la Commission relatives aux activités environnementales, il apparaît que les institutions peuvent avoir tendance à substituer leurs propres conceptions de l'intervention de l'État dans l'économie lorsqu'elles recherchent la présence d'un SIEG ou lorsqu'elles déterminent si l'activité en cause est bien économique.

378. Tout d'abord, s'agissant des SIEG, il n'existe pas en droit de l'Union de définition de cette notion dont la précision permettrait de déterminer *a priori* les activités qui en relèvent. Il appartient avant tout aux États membres d'imposer, dans leurs ordres juridiques respectifs, des obligations de service public aux entreprises et, le cas échéant, de procurer à ces dernières les ressources financières nécessaires à leur exécution. Lorsque cette organisation donne lieu à des situations pouvant être contraires au droit des aides d'État, ce sont ces mêmes autorités nationales qui proposent de qualifier ces activités de SIEG pour échapper au constat d'une aide ou, le cas échéant, de son incompatibilité. Ainsi, le premier élément pertinent pour identifier un SIEG est la qualification retenue par les autorités nationales.

379. Néanmoins, les institutions de l'Union ont le dernier mot sur cette qualification[697]. À cet égard, elles disposent de deux options. Une première approche, consisterait à ne pas remettre en cause les qualifications nationales. Or, afin de ne pas admettre, telles quelles, les qualifications proposées par les États membres, ce qui aurait abouti à laisser ces derniers définir le champ du droit du marché intérieur, les institutions ne se sont pas cantonnées à cette démarche. Elles procèdent à un contrôle de cette qualification, ce qui implique qu'elles s'engagent dans une démarche spéculative, en ce sens qu'elles présupposent une conception de l'intervention de l'État dans l'économie qui n'est pas nécessairement celle envisagée par les autorités nationales.

380. Dans la plupart des hypothèses, ces choix restent implicites dans le raisonnement des institutions. Ainsi, dans un arrêt relatif au secteur des déchets, la Cour a jugé que des missions de traitement des déchets imparties à certains opérateurs visaient à résoudre un *« problème environnemental »*, et que *« la tâche de traiter les déchets de chantier produits dans [une] commune »* et *« l'obligation de recevoir ces déchets et de les traiter aux fins de leur*

[697] D. GUINARD, *op. cit.*, n°s 197.

réutilisation »[698] étaient constitutifs d'une mission d'intérêt général. Elle n'a pas précisé sa solution au-delà de cette pétition de principe. Néanmoins, de telles conclusions ne semblent possibles que si le juge part du principe que le traitement des déchets participe des activités dont la « nature » autorise que la collectivité les prenne en charge financièrement.

381. La Commission peut également faire prévaloir sa propre conception de ce qu'est une activité d'intérêt économique général. Elle considère par exemple que cette qualification peut être admise lorsque la mesure en cause vise à favoriser l'élimination par une entreprise de déchets produits par d'autres personnes, mais qu'elle serait sans objet lorsqu'il est question de mesures accordées aux entreprises qui produisent elles-mêmes des déchets[699]. Par ailleurs, elle la refuse lorsqu'il lui paraît douteux que le service en cause réponde à une défaillance du marché[700]. Le fait que la Commission ait recours à une notion telle que celle de défaillance de marché paraît particulièrement illustratif de la démarche spéculative qu'il s'agit ici de mettre en lumière. Cette notion, qui est utilisée pour apprécier la présence d'un SIEG[701], et que certains proposent d'ériger en critère fondamental[702], véhicule en effet une conception plutôt circonscrite de l'action de l'État dans l'économie. Elle est issue d'une branche de la science économique, celle de l'économie du bien-être, qui indique que l'État doit limiter son action aux hypothèses où la libre rencontre entre l'offre et la demande ne parvient pas à assurer une allocation optimale et que le marché est défaillant[703]. Or, au regard du traité, il aurait été tout à fait acceptable d'adopter une interprétation plus conciliante pour les États, et de considérer qu'il y avait érection d'une activité en service public dès lors que la réalisation d'un objectif politique le justifiait. Le recours à un critère de la défaillance de marché pourrait donc

---

[698] CJCE, 23 mai 2000, *Sydhavnens Sten & Grus*, C-209/98, Rec. p. I-3743, pts. 75-76 ; obs. C. HUMPE, *RDUE*, 2000, n° 2, p. 439 ; obs. L. IDOT, M. PIETRI, *Europe*, 2000, n° 7, comm. n° 218 et comm. n° 207 ; obs. N. NOTARO, *EELR*, 2000, n° 11, p. 304, spéc. p. 311.

[699] V. décision de la Commission du 22 juin 2005 concernant les mesures d'aide mises à exécution par les Pays-Bas en faveur d'AVR pour le traitement de déchets dangereux, préc., pt. 83. La Commission refuse également cette qualification lorsque le service de traitement des déchets n'a pas un caractère général, mais profite uniquement à certains secteurs d'activité : A. T. SEINEN, « Waste treatment, recycling and state aid », *CPN*, 2002, n° 1, p. 87, spéc. p. 88 ; il n'est pas certain, toutefois, que cette pratique soit conforme à la jurisprudence : bien qu'un SIEG n'a pas pour objet de servir des intérêts privés, cette qualification ne saurait être refusée au seul motif qu'un service ne bénéficie qu'à un groupe relativement restreint d'utilisateurs : TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a./Commission*, préc., pts. 178 et 187.

[700] Décision 2003/814/CE de la Commission du 23 juillet 2003, relative à l'aide d'État C 61/2002 que le Royaume-Uni envisage d'accorder à une installation de recyclage de papier journal dans le cadre du programme WRAP (JO L 314 du 28 novembre 2003, p. 26), pts. 94-101. Du reste, dans cette affaire, l'État membre en cause lui-même n'avait pas invoqué le bénéfice de la dérogation de l'article 106, paragraphe 2, TFUE.

[701] S. RODRIGUES, « Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire », *op. cit.*

[702] W. SAUTER, « Services of General Economic Interest and Universal Service in EU law », *EL Rev.*, 2008, 33(2), p. 167, spéc. pp. 179 et s.

[703] E. BÉNICOURT, *v°* « Microéconomie : Économie du bien-être », *op. cit.* ; F. LÉVÊQUE, *Économie de la réglementation*, *op. cit.*, pp. 7 et s.

dissimuler, derrière une notion à première vue technique et rationnelle, des choix d'ordre politique.

382. Des conclusions similaires peuvent être tirées de l'étude des interprétations de la notion d'entreprise. À cet égard, si la Cour n'a pas procédé dans le domaine environnemental comme pour les services poursuivant *« un objectif exclusivement social »*[704] qui sont exclus, à certaines conditions, du champ du droit des aides d'État[705], elle a pu faire croire, dans un premier temps, que les activités ayant pour objet la protection du milieu naturel pourraient par principe être non économiques[706]. Elle a alors procédé par assimilation aux prérogatives de puissance publique, en mobilisant des critères subjectifs. Ainsi, dans l'arrêt *Diego Cali*[707], il était question de la qualification de l'activité de protection du domaine maritime contre les pollutions dues aux déversements accidentels d'hydrocarbures dans la mer. La Cour, pour exclure le caractère économique de cette activité, a jugé que cette activité *« constitu[ait] une mission d'intérêt général qui relève des fonctions essentielles de l'État en matière de protection de l'environnement du domaine maritime »*, et, dès lors, se rattache *« à l'exercice de prérogatives relatives à la protection de l'environnement qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique »*[708].

383. Il est intéressant de relever qu'en l'espèce, l'activité en question consistait en un déchargement de cargaisons d'hydrocarbures, confiée par un organisme public à un opérateur privé qui percevait une rémunération directement auprès des utilisateurs du service. Il s'agit là, typiquement, d'une activité dont la « nature » échappe à une détermination objective. En atteste le fait que la solution de la Cour a été largement critiquée en doctrine : la plupart des auteurs voyait dans la prestation en cause une activité de services sur la base d'arguments convainquants[709]. Cette critique doctrinale semble démontrer avant tout la subjectivité des

---

[704] CJCE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband e. a.*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, Rec. p. I-2493, pt. 47.

[705] TPICE, 4 mars 2003, *FENIN/Commission*, T-319/99, Rec. p. II-357, pt. 38, confirmé sur pourvoi : CJCE, 11 juillet 2006, *FENIN/Commission*, C-205/03 P, Rec. p. I-6295, pts. 25-28 ; v., antérieurement, CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre/AGF et Cancava*, C-159/91 et C-160/91, Rec. p. I-637, pts. 18-19 ; CJCE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband e. a.*, préc., pts. 47-55 ; v., L. DRIGUEZ, S. RODRIGUES, « Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire – Entre spécificité et banalisation », *AJDA*, 2008. 191, spéc. pp. 192-195 ; M. DEGUERGUE, « De quelques difficultés de la notion de service social », *AJDA*, 2008. 179 ; v., généralement, E. SZYSZCZAK, « The general debate on SGIs since the Treaty of Lisbon », *Concurrences*, 2011, n° 4, p. 13, spéc. n°s 8 et s.

[706] V., par exemple, concl. G. COSMAS sous CJCE, 18 mars 1997, *Diego Cali et Figli*, C-343/95, spéc. pt. 54.

[707] CJCE, 18 mars 1997, *Diego Cali et Figli*, C-343/95, Rec. I-1547.

[708] *Ibid.*, pts. 22-23.

[709] A. ALEXIS, « Services publics et aides d'État – Évolution récente de la jurisprudence », *RDUE*, 2002, n° 1, p. 63, p. 75 ; L. IDOT, « Protection de l'environnement, libre circulation, libre concurrence : bilan de la jurisprudence de la Cour de justice », *in* Ateliers de la concurrence du 6 juillet 2005, Droit de la concurrence et droit de l'environnement, *LPA*, 2006, n° 119, p. 24, spéc. n°s 13 et s. et n° 29 ; du même auteur, « Concurrence et services d'intérêt général – Bref bilan des évolutions postérieures au traité d'Amsterdam », *in* J.-V. LOUIS,

appréciations qui sont liées à la nature d'une activité : le recours à l'une ou l'autre des deux qualifications possibles peut trouver des justifications contradictoires mais dont la validité est égale puisque fonction du point de vue de celui qui les propose.

384. Les décisions de la Commission attestent également de possibles glissements. Ainsi, l'activité de construction d'un pipeline motivée, notamment, par des raisons de prévention de risques majeurs pour l'environnement en raison du transport de substances dangereuses, est économique[710]. En revanche, la société ayant pour mission d'arrêter l'exploitation minière d'un site et de le réhabiliter afin de le conformer aux impératifs de sécurité et de protection de l'environnement est chargée d'une mission qui ne présente pas un caractère économique. En l'espèce, les activités relatives au maintien de la sécurité et à la protection de l'environnement *« ne présentent pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité »*[711]. Or, l'activité de réhabilitation d'un site minier ne constitue-t-elle pas une prestation de service économique ? En somme, la Commission, en prétendant mettre l'accent sur le critère de l'offre de biens ou de services sur un marché donné, adopte des décisions qui procèdent plutôt de l'expression de ses présupposés sur l'intervention de l'État dans l'économie.

385. Il est également remarquable que dans l'arrêt *Diego Cali* et dans la dernière décision de la Commission mentionnée, la nature non économique de l'activité semble être inférée de son objet environnemental. Cela semble en effet paradoxal puisque la notion d'entreprise est conçue comme une notion fonctionnelle qui transcende les domaines d'intervention. Cette référence à l'objet environnemental est peut être également révélatrice de difficultés particulières dans ce domaine : les activités environnementales poursuivent un objectif d'intérêt général qui, au moins en soi, et quand bien même il pourrait donner lieu à des activités de fourniture de biens et de services, véhicule des considérations non mercantiles, de sorte que la frontière entre le marché et l'action de l'État est certainement particulièrement poreuse.

S. RODRIGUES (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 40, v. p. 43 et s. ; D. TRIANTAFYLLOU, « L'encadrement communautaire du financement du service public », *RTD eur.*, 1999. 21, p. 24 ; M. DONY, « Les notions de 'Service d'intérêt général' et 'service d'intérêt économique général' », *op. cit.*

[710] Décision 2005/170/CE de la Commission du 16 juin 2004 relative à des aides en faveur de la construction d'un pipeline de transport du propylène entre Rotterdam, Anvers et la région de la Ruhr, notifiées par la Belgique, l'Allemagne et les Pays-Bas, C 67/03 (ex N 355/03) — C 68/03 (ex N 400/03) — C 69/03 (ex N 473/03) (JO L 56 du 2 mars 2005, p. 15), pt. 48 ; obs. A ALEXIS, *Concurrences*, 2004, n° 1, pp. 82-83.

[711] Décision 2006/238/CE de la Commission du 9 novembre 2005, concernant la mesure mise à exécution par la France en faveur de Mines de potasse d'Alsace (JO L 86 du 24 mars 2006, p. 20), pts. 15-16.

386. Au final, c'est une série de décisions rendues au sujet de mesures finançant des programmes de conservation des zones naturelles qui illustre le mieux l'ensemble des considérations qui précèdent. Les États membres en cause soutenaient que les bénéficiaires de ces mesures[712] exerçaient, sans but lucratif, des activités de conservation de l'environnement qui seraient, « par nature », non économiques. Il s'agirait ainsi de SIG[713], en référence à une décision précédente de la Commission où elle admettait que des collectivités locales et des organisations environnementales chargées d'activités similaires n'étaient pas des entreprises[714]. Par ailleurs, les deux États membres soutenaient que si certains aspects de cette gestion, comme la vente de produits tels que du bois, ou encore l'organisation d'activités récréatives, avaient un caractère économique, ils ne constituaient que l'accessoire de cette activité principale.

387. Toutefois, ces arguments n'ont pas été entendus par la Commission qui, pour refuser que sa décision antérieure puisse servir de précédent, a soutenu que cette qualification n'était valable que pour ce cas d'espèce[715]. Puisque la conservation des espaces naturels s'accompagnait d'une offre de biens ou de services sur un marché donné[716], les bénéficiaires étaient des entreprises au sens du droit de l'Union[717], même si certaines des tâches de conservation des zones naturelles ne constituaient pas des activités économiques[718].

388. Il n'en reste pas moins que la Commission a admis la présence d'un SIEG. Elle a pour cela utilisé des critères nettement subjectifs. Ainsi, les missions de conservation des sites *« d'une valeur environnementale exceptionnelle pour les générations à venir »* poursuivaient *« l'intérêt de la société dans son ensemble »*. Plus encore, elles relevaient *« clairement des attributions de l'État agissant en tant qu'autorité publique, qui cependant peut juger*

---

[712] À savoir, des organisations de conservation de la nature, privées, publiques, ou à participation mixte pour le premier cas, et certaines catégories de fondations et d'associations et des particuliers dès lors qu'ils étaient impliqués dans la gestion des zones naturelles pour le deuxième cas.

[713] Décision de la Commission du 2 juin 2009, State aid NN 8/2009, préc., pt. 35.

[714] Décision de la Commission du 25 août 2006, NN 41/05 – Green Funds – The Netherlands, (C(2006) 3886), pt. 19, dans laquelle elle notait, sans plus de précisions, que les bénéficiaires n'étaient pas impliqués dans des activités économiques.

[715] Décision de la Commission du 2 juin 2009, State aid NN 8/2009, préc., pts. 36

[716] Décision de la Commission du 2 juin 2009, State aid NN 8/2009, préc. pts. 39-40 ; décision de la Commission du 20 avril 2011, State aid SA.31494 (N 376/2010), préc., pt. 29 ; dans la décision de la Commission [non datée], State aid SA.31243 (N 308/2010), préc., il est renvoyé, au pt. 17, à l'appréciation opérée dans la décision N 376/2010 ; *comp*. décision de la Commission [non datée], Aide d'Etat SA 29568 (N 545/2009), pt. 31.

[717] Décision de la Commission du 2 juin 2009, State aid NN 8/2009, préc., pt. 41 ; décision de la Commission du 20 avril 2011, State aid SA.31494 (N 376/2010), préc., pt. 31.

[718] Décision de la Commission du 2 juin 2009, State aid NN 8/2009, préc., pt. 39 ; décision de la Commission du 20 avril 2011, State aid SA.31494 (N 376/2010), préc., pt. 27. On aurait toutefois pu attendre, sur ce point, une dissociation entre les activités économiques et non économiques qui est requise par la Cour : CJCE, 26 mars 2009, *SELEX Sistemi Integrati/Commission*, C-113/07 P, Rec. p. I-2207, pts. 72 et s ; CJCE, 12 juillet 2012, *Compass-Datenbank*, C-138/11, non encore publié au Recueil, pt. 38.

approprié de les déléguer à d'autres entités, notamment pour des motifs budgétaires ». Toujours selon la Commission, la mesure d'aide en cause ne pouvait être comparée à un régime d'aides environnementales « classique », puisqu'il n'était pas question, en l'espèce, d'activités pouvant être prises en charge spontanément par des entreprises privées. C'est sur la base de ces appréciations que la Commission a reconnu l'existence d'un SIEG[719].

389. Dans ces deux décisions, la Commission a donc déterminé la qualification de l'activité en cause en fonction de ses propres conceptions de l'intervention de l'État. La nature non économique de la gestion des zones naturelles est fonction de considérations qui paraissent somme toute subjectives. Quand bien même elle serait refusée, il reste la qualification de SIEG, fondée sur le raisonnement que des activités pourraient ressortir « clairement » de l'intervention de l'État. Non seulement, la dernière partie de ce raisonnement semble éminemment discutable, mais de surcroît, les arguments qu'elle mobilise auraient très bien pu être utilisés pour admettre le caractère non économique de l'activité.

390. En conclusion, la Commission contrôle les qualifications des activités environnementales prises en charge par les État membres en se fondant sur un présupposé relatif à ce qui peut relever des actions prises en charge par l'État. Des choix effectués par une institution de l'Union au stade de la qualification des aides contribuent de la sorte à la définition du champ de l'intervention de l'État dans l'économie et, par voie de conséquence, à la détermination de l'étendue du droit des aides d'État. Or, cette constatation est également valable pour ce qui concerne l'imputation des coûts environnementaux réalisée par des réglementations de portée générale.

II) Le présupposé relatif à l'imputation des coûts environnementaux

391. Le présupposé relatif à la nature de l'activité aidée n'est pas le seul à avoir émergé dans le contexte de l'application de la condition de l'avantage. En effet, cette condition a également permis à la Cour d'énoncer un critère relatif à la normalité de l'imputation des coûts environnementaux qui pèsent sur les entreprises (A). Celui-ci a connu des applications particulières dans le domaine environnemental et a permis aux institutions de l'Union d'apprécier de façon variable la présence d'un avantage (B).

[719] *Ibid*., pt. 58. V., également, décision de la Commission [non datée], State aid SA.31243 (N 308/2010) – Subsidy scheme for acquisition of land for nature conservation (C(2011) [non référencée]), spéc. pt. 23.

A) La normalité de l'imputation des coûts environnementaux, critère de définition de l'avantage

392. Jusqu'à présent, la condition de l'avantage, constitutive de l'aide d'État, n'a été envisagée, en tant que telle, que pour traiter des SIEG environnementaux. Il faut dire que cette condition est parfois difficile à considérer de façon autonome et, en particulier, distinctement de la condition de sélectivité. L'application de ces deux conditions appelle en effet une comparaison entre les traitements réservés aux entreprises, de sorte qu'elles sont parfois traitées dans le cadre d'une seule et même analyse globale[720].

393. Tout avantage n'est cependant pas nécessairement sélectif[721]. Par ailleurs, certaines opérations nécessaires à la qualification sont effectuées en application de la condition de l'avantage uniquement et il convient, dès lors, d'en préciser la portée.

394. Une aide d'État est une faveur[722] accordée par l'État qui renforce la position de son bénéficiaire par rapport à d'autres entreprises en améliorant sa situation financière[723]. Elle lui confère un avantage, appréciable en argent, qui provoque, même indirectement, son enrichissement[724]. La jurisprudence fondatrice, selon laquelle constituent des aides d'État toutes les *« interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise »*[725], va dans le sens d'une conception extensive de la condition de l'avantage. En application d'un considérant de principe désormais constant depuis l'arrêt *Altmark*, constituent des avantages les *« interventions qui, sous quelque forme que ce soit, sont susceptibles de favoriser directement ou indirectement des entreprises ou qui sont à considérer comme un avantage économique que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas*

---

[720] La Cour a ainsi considéré que *« les conditions tenant à la sélectivité d'une mesure étatique et à la création d'un avantage économique pour un bénéficiaire ne sont pas complètement autonomes, l'une par rapport à l'autre. En effet, une mesure ne peut être considérée comme sélective que si elle est susceptible de donner lieu à un tel avantage pour un bénéficiaire et non pas pour d'autres personnes dont la situation est comparable à celle de ce bénéficiaire »* : CJUE, 28 juillet 2011, *Mediaset/Commission,* C-403/10 P, non encore publié au Recueil, pt. 62 ; en matière fiscale, v. CJUE, 8 septembre 2011, *Paint Graphos e.a.*, préc., pt. 49 ; v., à cet égard, C. MICHEAU, « Tax selectivity in State aid review : a debatable case practice », *EC Tax Rev.*, 2008, n° 6, p. 276, spéc. p. 281.

[721] CJCE, 19 septembre 2000, *Allemagne/Commission*, C-156/98, Rec. p. I-6857, pt. 22 ; CJUE, 15 novembre 2011, *Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, préc., pts. 72-73 ; v., à ce sujet, H. LÓPEZ LÓPEZ, « General Thoughts on Selectivity and Consequences of a Broad Concept of State Aid in Tax Matters », *op. cit.*. pp. 808-810 ; D. WAELBROECK, « La notion d'aide d'État dans la jurisprudence récente de la Cour de justice », *op. cit.*, p. 782. *Comp*. avec certaines études, déjà anciennes, selon lesquelles ces deux conditions ne peuvent être appréciées séparément : C. SIATERLI, *La notion d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE*, *op. cit.*, n° 240.

[722] Selon l'expression utilisée par A. DECOCQ, G. DECOCQ, *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'Union européenne*, 5ème éd., *op. cit.*, n° 393.

[723] J.-P. KEPPENNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, *op. cit.*, n° 20.

[724] V., à ce sujet, C. SIATERLI, *op. cit.*, nos 131 et s.

[725] CJCE, 23 fév. 1961, *De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Haute Autorité*, 30/59, Rec. p. 3, v. p. 39.

obtenu dans des conditions normales de marché »[726]. Il ne semble pas que les institutions de l'Union tirent de réelles conséquences de l'alternative qui ressort de ce considérant de principe[727], ce qui procède certainement du peu de formalisme de leurs opérations de qualification : l'avantage étant « économique », il s'apprécierait de façon pragmatique, en fonction, non pas de sa forme, mais de ses effets concrets sur le patrimoine des entreprises et leur situation concurrentielle. C'est peut-être également pourquoi la doctrine présente cette condition en énumérant la très grande diversité des mesures qui tombent sous le coup de l'article 107 TFUE[728], tout en précisant que l'avantage peut procéder d'un transfert positif ou d'un abandon de ressources d'État et qu'il peut être direct ou indirect[729].

395. Un élément semble primordial dans cette définition : la Cour évoque des *« charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise »* ou des *« conditions normales de marché »*. La notion d'aide est ainsi construite en référence à un critère de normalité. Or, une telle définition implique nécessairement que l'institution en charge de la qualification d'une mesure présuppose ce qui constitue cette normalité, laquelle servira de point de départ à la qualification. En doctrine, certains auteurs ont souligné que cette démarche n'allait pas sans donner une dimension politique importante à cette opération : les institutions de l'Union se prononcent ainsi sur les coûts qu'il est normal — ou anormal — que la collectivité prenne en charge, ce qui pourrait conduire, *in fine*, à exprimer leurs propres vues sur le rôle de l'État dans l'économie[730].

---

[726] CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*, préc., pt. 84 ; CJCE, 27 novembre 2003, *Enirisorse*, C-34/01, C-35/01, C-36/01, C-37/01 et C-38/01, Rec. p. I-14243, pt. 30 ; CJCE, 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, Rec. p. I-2941, pt. 59 ; CJCE, 17 juillet 2008, *Essent Netwerk Noord e.a.*, préc., pt. 79 ; CJUE, 10 juin 2010, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, C-140/09, Rec. p. I-5243, pt. 34 ; CJUE, 2 septembre 2010, *Commission/Deutsche Post*, C-399/08 P, Rec. p. I-7831, pt. 40.

[727] Et ce, nonobstant le fait que les deux pendants de ce considérant se trouvaient, avant l'arrêt *Altmark*, isolément dans la jurisprudence : v., par exemple, pour les interventions qui sont susceptibles de favoriser directement ou indirectement des entreprises : CJCE, 15 juillet 1964, *Costa/E.N.E.L.*, 6-64, Rec. p. 1141, p. 1161 ; pour l'avantage économique que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché : CJCE, 11 juillet 1996, *SFEI e.a.*, C-39/94, Rec. p. I-3547, pt. 60 ; CJCE, 29 avril 1999, *Espagne/Commission*, C-342/96, Rec. p. I-2459, pt. 41.

[728] V., par exemple, R. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence, T II-B*, *op. cit.*, pp. 43 et s. ; M. DONY, collab. F. RENARD, C. SMITS, *Contrôle des aides d'État*, *op. cit.*, n°s 61 et s. ; L. GRARD, « Aides d'État – Notion », *JCl. Europe Traité*, fasc. 1530, n°s 41 et s ; en matière environnementale, v. P. THIEFFRY, « Environnement – Protection de l'environnement et droit de la concurrence », *op. cit.*, n°s 51 et s.

[729] Il y a avantage indirect lorsque les effets de l'aide accordée au bénéficiaire direct de l'aide se répercutent sur la situation d'autres opérateurs. Par exemple, l'exemption d'une taxe sur la consommation des carburants accordée pour les biocarburants n'avantage pas les consommateurs, mais les producteurs de ce dernier produit : décision de la Commission du 5 mai 2005, NN 43/04 – Tax exemption for biofuels – Austria (C(2005) 3668 final), pt. 14 ; décision de la Commission du 6 juin 2006, NN 61/04 – Excise duty exemption for biofuels – Spain (C(2006) 2293), pt. 8.

[730] J.-Y. CHÉROT, *Les aides d'État dans les Communautés européennes*, *op. cit.*, n° 21 ; C. SIATERLI, *La notion d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE*, *op. cit.*, spéc. n° 446.

396. Pour ce qui concerne le domaine environnemental, les mesures de l'État, qu'elles soient de type réglementaire ou de type économique, définissent des charges qui pèsent sur le patrimoine des opérateurs économiques. Or, les institutions de l'Union, confrontées à des mesures environnementales qui reportaient la charge des coûts de la pollution causée par les opérateurs économiques sur la collectivité, ont adopté une position selon laquelle les charges environnementales participent des coûts qui doivent normalement être assumés par les opérateurs économiques.

397. Cette position se retrouve tout d'abord dans la pratique de la Commission. Ainsi, dans une affaire où était en cause une mesure de financement de l'élimination du lisier, elle a débuté son opération de qualification en arguant que *« le coût d'une élimination écologiquement acceptable des déchets produits par une entreprises fait partie de ses coûts de production »*[731]. Par ailleurs, dans une série de décisions relatives aux législations sur le ramassage et le traitement des carcasses d'animaux, elle a itérativement rappelé que les coûts de l'élimination de ces déchets faisaient partie des charges qui pèsent normalement sur les entreprises qui les produisent. Aussi, les législations qui organisent gratuitement ce service confèrent-elles un avantage aux entreprises qui en bénéficient[732].

398. Cette approche se retrouve également dans la jurisprudence. Ainsi, dans l'arrêt *GEMO*, aux fins de la qualification de l'avantage, la Cour a considéré, également au sujet de l'élimination des carcasses d'animaux, que les entreprises dont l'activité avait engendré ces déchets devaient assumer les charges de leur élimination, au motif qu'il s'agissait d'*« un coût inhérent à [leur] activité économique »*[733]. Le Tribunal s'est prononcé dans des termes identiques au sujet d'une mesure par laquelle un État membre avait pris à sa charge les coûts salariaux de la réhabilitation d'un site. Se référant à l'arrêt *GEMO*, il a en effet considéré que la charge financière induite par l'élimination de gravats et de ferraille devait être considérée

---

[731] Décision 92/316/CEE de la Commission du 11 mars 1992, préc., p. 35, pt. III.

[732] Décision 2005/474/CECE de la Commission du 14 décembre 2004, concernant la taxe sur les achats de viande (taxe d'équarrissage) mise à exécution par la France (JO L 176 du 8 juillet 2005, p. 1), pts. 155, 158 et 162. Si, dans l'arrêt CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO*, préc., la Cour à été amenée a se prononcer sur la législation française, la Commission s'est parallèlement saisie de celle-ci dans l'exercice de sa compétence de contrôle des aides. Cette procédure lui a permis de se prononcer, outre la situation des éleveurs et des abattoirs qui a été appréciée par la Cour, sur les situations des détenteurs de farine animale, des boucheries et ateliers de découpe de certaines catégories d'animaux, et des entreprises exonérées de la taxe qui finançait le service. Suite à une notification par la France d'une nouvelle réglementation pour 2003 et 2004, la Commission a réitéré sa position sur l'imputation des couts : v. Aide d'État C 23/2005 (ex NN 8/2004, ex N 515/2003) — Aides dans le secteur de l'équarrissage en 2003 - Invitation à présenter des observations en application de l'article 88, paragraphe 2, du traité CE (2005/C 228/06) (JO C 228 du 17 août 2005, p. 13), pt. 27. V., également, sur l'imputation des coûts, décision 2011/677/UE de la Commission du 13 juillet 2011, relative au régime d'aides d'État C 3/09 (ex NN 41 A-B/03) appliqué par le Portugal en faveur de la collecte, du transport, du traitement et de la destruction des déchets d'abattoir (JO L 274 du 19 octobre 2011, p. 15), pts. 112, 113 et 124.

[733] CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO*, préc., pts. 31-32.

comme un coût inhérent à l'activité économique de l'entreprise implantée sur le site. Dès lors, la mesure en cause conférait à cette dernière un avantage[734]. Enfin, dans l'arrêt *Commission/Pays-Bas*, la Cour a fait la même analyse au sujet de l'avantage contenu dans la négociabilité des quotas délivré gratuitement. Elle a jugé que les coûts de réduction des émissions visée par le mécanisme en cause relevaient *« des charges qui grèvent normalement le budget de l'entreprise »*[735].

399. Ainsi, dans le domaine environnemental, le présupposé découlant du critère de normalité contenu dans la définition prétorienne de l'avantage se traduit par l'érection des charges environnementales en coûts inhérents à l'activité des entreprises. Il est possible d'y voire un présupposé relatif à l'imputation des coûts environnementaux. C'est ce qui ressort, semble-t-il, des interprétations doctrinales des affaires ici mentionnées et qui ont vu dans la solution des institutions de l'Union une application du principe du pollueur-payeur. Cette interprétation trouve certainement son origine dans le fait que l'avocat général Jacobs, dans ses conclusions dans l'affaire *GEMO*, a apprécié l'avantage en se fondant sur le principe du pollueur-payeur[736]. Il faisait lui-même référence à la pratique de la Commission qui qualifiait une mesure d'aide d'État en partant de la prémisse que le principe du pollueur-payeur consacré dans le traité impliquait que les coûts de cette élimination devait peser sur les entreprises[737]. Certains auteurs considèrent ainsi que la Cour a appliqué ce principe dans l'arrêt *GEMO*[738]. Par la suite, l'avocat général Mengozzi a réitéré cette position au sujet des coûts imputés par le mécanisme de quotas dans ses conclusions sous l'arrêt *Commission/Pays-Bas*[739], alors qu'il avait été en cela précédé par la doctrine[740].

400. On peut admettre le constat selon lequel les institutions ont construit un présupposé relatif à l'imputation des coûts environnementaux paraît clair. Il n'est en revanche pas certain que la référence au principe du pollueur-payeur soit utile, ni même réellement pertinente pour expliquer ce présupposé, quand bien même il serait matériellement proche de ce principe.

---

[734] TPICE, 24 septembre 2008, *Kahla Thüringen Porzellan/Commission*, T-20/03, Rec. p. II-2305, pt. 194. Cette analyse a été confirmé par la Cour, saisie sur pourvoi : CJUE, 16 décembre 2010, *Kahla Thüringen Porzellan/Commission*, C-537/08 P, Rec. p. I-12917, pts. 74-76.

[735] CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pt. 89.

[736] Concl. F. G. JACOBS sous CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO*, C-126/01, pts. 64 et s.

[737] Décision 92/316/CEE de la Commission du 11 mars 1992, préc., p. 35, pt. III.

[738] V., avec quelques nuances selon les auteurs, les commentaires de l'arrêt CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO*, préc. : obs. D. GADBIN, « Chronique de jurisprudence communautaire (année 2003) », *RDR*, 2005, n° 330, chron. n° 2 ; obs. B. BOUTEMY, E. MEIER, *DF*, 2004, n° 17, comm. n° 440 ; obs. G. PARLÉANI, *JCP E*, 2004, n° 44, p. 1599, spéc. n° 112 ; v., également, P. THIEFFRY, « Contrôle des compensations de services publics : les propositions de la Commission européenne », *AJDA*, 2004. 1021, pp. 1023-1024.

[739] Concl. P. MENGOZZI sous CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., note 46 de bas de page.

[740] J. DE SEPIBUS, « The European emission trading scheme put to the test of state aid rules », *op. cit.*, p. 12.

Force est en effet de constater que le principe du pollueur-payeur n'a pas été mentionné par la Cour de justice de l'Union elle-même[741]. De surcroît, ce principe ne paraît apporter aucune novation dans l'interprétation de la notion d'aide. Affirmer que le présupposé des institutions sur l'imputation des coûts de la protection de l'environnement procède du pollueur-payeur impliquerait une spécificité de la qualification des mesures environnementale. Or, les jugements de valeur sur la normalité des coûts découlant du cadre juridique national se retrouvent dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union au sujet d'autres charges que celles découlant des législations environnementales. En effet, elle n'hésite pas à juger, au sujet des charges sociales, que *« les salaires et indemnités dus aux salariés d'une entreprise font partie des coûts normaux de l'activité de celle-ci, qu'elle est, en principe, tenue d'imputer sur ses ressources propres »*[742]. Aucune règle de droit primaire n'est utilisée par le juge pour justifier cette solution. Dans le raisonnement du juge, l'imputation des charges, qu'elles soient liées à des considérations environnementales ou sociales, n'est qu'une application des considérants de principe qui définissent l'avantage par un critère de normalité[743]. Elle ne découle aucunement d'une autre règle du traité.

401. Enfin, il convient d'insister sur les difficultés que cette approche peut impliquer. L'imputation des coûts environnementaux est certainement l'une des questions les plus complexes des politiques environnementales. L'identification d'une pollution, son évaluation monétaire et la détermination des actions et des charges permettant d'y remédier posent encore aujourd'hui des difficultés techniques considérables[744]. L'idée même de déterminer quelles charges environnementales *doivent normalement* peser sur les entreprises est certainement vouée à l'échec, du moins si elle est réellement prise au sérieux.

---

[741] V., à ce sujet, E. DE SABRAN-PONTEVÈS, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, *op. cit.*, pp. 104 et s.

[742] C'est pourquoi *« [t]oute intervention publique destinée à financer ces coûts sera donc susceptible de constituer une aide chaque fois qu'elle aboutira à conférer un avantage à l'entreprise »* : TPICE, 21 octobre 2004, *Lenzing/*Commission, T-36/99, Rec. p. II-3597, pt. 146 ; cette règle vaut lorsque ces charges sont normalement imposées par des accords collectifs, le cas échéant étendus par voie réglementaire (CJCE, 5 octobre 1999, *France/Commission*, C-251/97, Rec. p. I-6639, pt. 40) mais aussi indépendamment de toute obligation légale ou conventionnelle (CJCE, 12 décembre 2002, *Belgique/Commission*, C-5/01, Rec. p. I-11991, pt. 39).

[743] CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO*, préc., pts. 28 et 34 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc. pt. 86, auquel le point 89 fait référence. TPICE, 24 septembre 2008, *Kahla Thüringen Porzellan/Commission*, préc., pt. 193, étant entendu que le Tribunal fait référence, au pt. 197, aux objectifs sociaux de la mesure — qui n'avaient pas à être pris en compte — ce qui s'explique par le fait que l'allégement de charges environnementales, qui consistaient dans les coûts de remise en état d'un site, était réalisé par des aides d'un office de l'emploi diminuant les charges de travailleurs précédemment sans emploi. En matière de charges sociales, v. CJCE, 5 octobre 1999, *France/Commission*, C-251/97, Rec. p. I-6639, pts. 35-37 ; CJCE, 12 décembre 2002, *Belgique/Commission*, C-5/01, préc., pts. 32-33, et 45-46.

[744] B. BÜRGENMEIER, *Économie du développement durable*, *op. cit.*, pp. 86 et 87 ; F. LÉVÊQUE, *Économie de la réglementation*, *op. cit.*, pp. 30 et 31 ; A. VALLÉE, *Économie de l'environnement*, *op. cit.*, pp. 255 et s.

402. Or, précisément, il n'est pas certain qu'il s'agisse là de l'intention des institutions de l'Union. En pratique, la définition extensive de l'avantage par la référence à la normalité semble avant tout permettre une indétermination de la notion d'aide qui autorise l'élaboration de normes implicites dans le raisonnement des institutions et conduit, *in fine*, à une appréciation modulable de l'avantage.

B) L'avantage apprécié de façon modulable grâce au présupposé

403. Grâce à la définition de l'avantage au moyen d'un critère de normalité, les institutions de l'Union vont pouvoir moduler la façon dont elles apprécient la réalisation de cette condition par une méthode de qualification spéculative. Dans certains cas, les institutions de l'Union ne se contentent pas d'apprécier l'imputation des coûts telle qu'elle est opérée par la réglementation nationale en cause. Elles affirment la présence d'un avantage en substituant à ce cadre national le présupposé sur l'imputation normale des coûts environnementaux (1). Dans d'autres cas, qui restent toutefois exceptionnels, l'avantage est écarté, car l'évaluation de la normalité des coûts permet l'acceptation d'une thèse de la compensation des charges environnementales d'intérêt général (2).

1) L'avantage réalisé par la substitution du présupposé à la réglementation nationale

404. Alors que l'avantage est apprécié en fonction de la normalité des charges pesant sur les entreprises, et que les institutions ont élaboré un présupposé selon lequel les charges environnementales participent de la normalité des charges, il reste à apprécier la façon dont la qualification se réalise en pratique. À cet égard, il ne s'agit pas ici de construire une cohérence qui ne paraît pas exister en droit positif, mais plutôt de noter quelques possibles glissements. En effet, les institutions de l'Union situent de façon variable la normalité qui sert de départ à l'appréciation de l'avantage : cette normalité est déterminée soit en fonction des règles existantes dans un ordre juridique interne donné, soit par substitution à ces règles du présupposé qu'elles ont construit.

405. Les premières hypothèses dans lesquelles les institutions se sont fondées sur le cadre juridique interne existant sont celles relatives aux aides à la mise aux normes environnementales de première génération. Rappelons que les mesures environnementales de première génération ne constituent pas, *per se*, des aides d'État : même dans l'hypothèse où les charges qui en procèdent s'appliquent de façon sélective, la condition de l'utilisation de ressources d'État ne sera pas remplie. Toutefois, les mesures — en général des subventions —

utilisées par les États membres pour soulager les charges qui découlent de ces instruments de première génération peuvent constituer des aides[745]. En ce cas, les charges normales sont celles imposées aux entreprises par la législation nationale environnementale en vigueur et l'avantage découle de la différence entre ces charges et le montant de la subvention[746]. C'est ce qui ressort, par exemple, d'une communication de la Commission dans laquelle elle a considéré que la prise en charge, par une collectivité locale, des coûts du traitement des déchets d'une entreprise, alors que la législation nationale l'imputait aux pollueurs, constituait un avantage[747].

406. Dans d'autres cas, l'appréciation de l'avantage par référence aux charges impliquées par la législation nationale se fait implicitement. Il existe, ainsi, des hypothèses où il semble que l'avantage est suffisamment évident pour que la référence aux charges normales ne soit pas nécessaire. Par exemple, les obligations d'achat d'énergie au bénéfice des producteurs d'électricité SER et financées par une taxe parafiscale constituaient des avantages évidents, leur *« but même »* étant de permettre à ces derniers *« de vendre leur électricité à un prix supérieur au prix de marché »*[748]. Il est permis de supposer, en l'espèce, que la Commission considérait l'exercice de l'activité de production d'électricité sans le bénéfice des ressources collectées et distribuées par l'État comme la situation normale sur le marché.

407. Un domaine dans lequel les institutions de l'Union se fondent explicitement et avec une constance certaine sur les règles existant en droit national est celui de la fiscalité

---

[745] Nous précisons, car les présentations doctrinales peuvent, à cet égard, prêter à confusion : v. P. THIEFFRY, « Les aides d'État et la protection de l'environnement », *LPA*, 2006, n° 119, p. 32, spéc. p. 33 selon qui *« l'exemption accordée par un État membre, libérant une entreprise d'une obligation générale lui incombant en matière de protection de l'environnement, constitue une aide d'État »,* bien que ce même auteur n'évoque, en ce sens, que des cas de figure où les États ont pris en charge financièrement ces allégements de charges.

[746] V., par exemple, décision 2007/51/CE de la Commission du 18 février 2004 concernant l'aide d'État C 27/2001 (ex NN 2/2001) concernant l'exécution du Programme de maîtrise des pollutions d'origine agricole (PMPOA) pendant la période 1994-2000 par la France (JO L 32 du 6 février 2007, p. 1), pts. 56-57 ; à ce sujet, v. E. DE SABRAN-PONTEVÈS, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, *op. cit.*, p. 57.

[747] Communication 97/C 323/03 de la Commission conformément à l'article 6 paragraphe 5 de la décision 24/9696 CECA de la Commission du 18 décembre 1996, adressée aux autres États membres et parties intéressées concernant l'exemption des obligations en matière de protection de l'environnement accordée par le *Land* de Basse-Saxe à la société Georgsmarienhütte GmbH (JO C 323 du 24 octobre 1997, p. 4), p. 5 ; v. L GRARD, « Aides d'État – Notion », *op. cit.*, n°s 43-44 et 50, qui parle en ce sens d'une *« décharge de coûts légaux »*.

[748] Décision 2007/580/CE de la Commission du 24 avril 2007 — Aide d'État C 7/2005, préc., pt. 63 ; décision 2009/476/CE de la Commission du 28 janvier 2009, préc., pt. 60 ; v., également, au sujet des mesures de subventionnement de l'énergie SER, CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, préc., pt. 54 — bien que la mesure en cause n'emportait pas utilisation de ressources d'État — ; décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 504/2000, préc., p. 11 ; décision de la Commission du 4 juillet 2006, State aid NN 162/B/2003 and State aid N 317/B/2006, préc., pt. 27 ; décision de la Commission du 14 avril 2010, State aid N 94/2010, préc., pt. 70.

environnementale, où les avantages procèdent de réduction ou d'exonération d'impôts[749]. Cette particularité trouve certainement son origine dans le fait que les institutions se sont ici attachées à développer une analyse standardisée des avantages sélectif, la Cour considérant que *« dans le cas de mesures fiscales […] l'existence même d'un avantage ne peut être établie que par rapport à une imposition dite 'normale' »*[750] qui doit être trouvée dans le droit national. C'est à partir de ce régime 'normal' que sont effectuées les comparaisons entre les situations des contribuables. Les mesures de fiscalité environnementale sont alors appréciées en application de cette analyse standardisée[751].

408. Ainsi, pour apprécier le soutien étatique à un investissement environnemental accordé par le moyen une exonération *ad hoc* de l'impôt foncier, cet impôt sert de référence : la Commission a considéré que l'exonération, en réduisant le montant de l'impôt effectivement payé, constituait un avantage en soulageant son bénéficiaire d'une partie des coûts qu'il devrait normalement supporter[752]. De même, une exonération de la taxe sur l'énergie pour la consommation d'électricité produite à partir d'électricité SER est un avantage car elle libérait les entreprises bénéficiaires d'une charge qui pesait normalement sur leur budget, leur consommation relevant, normalement, du champ de cette imposition[753]. Les exemples de ce genre peuvent être multipliés[754]. Il arrive également que l'avantage soit apprécié à la suite d'une analyse plus raffinée qui fait intervenir, notamment, des considérations afférentes à la comparabilité des situations des contribuables, à l'accès de ces derniers aux mesures dérogatoires et à la nature et l'économie du régime de référence. En ce cas, l'appréciation dépasse celle du simple avantage fiscal, et intéresse également la sélectivité. À la suite d'une

---

[749] CJCE, 15 mars 1994, *Banco Exterior de España*, préc., pt. 14 ; CJCE, 19 mai 1999, *Italie/Commission*, préc., pt. 16 ; CJCE, 22 juin 2006, *Belgique/Commission*, préc., pt. 87 ; CJCE, 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, préc., pt. 132 ; CJCE, 15 juin 2006, *Air Liquide Industries Belgium*, préc., pt. 30 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Paint Graphos e.a.*, préc., pt. 46 ; TPICE, 9 septembre 2009, *Diputación Foral de Álava et Gobierno Vasco/Commission*, T-227/01 à T-229/01, T-265/01, T-266/01 et T-270/01, Rec. p. II-3029, pt. 125. V., également, concl. J. KOKOTT ss. CJCE, 11 septembre 2008, *Unión General de Trabajadores de la Rioja*, C-428/06 à C-434/06, pt. 42 ; A. MAITROT DE LA MOTTE, *Droit fiscal de l'Union européenne*, *op. cit.*, n°s 204-213.

[750] CJCE, 6 septembre 2006, *Portugal/Commission*, C-88/03, préc., pt. 56 ; en matière de fiscalité environnementale, v. Trib. UE, 13 septembre 2012, *Italie/Commission*, T-379/09, préc., pt. 39.

[751] S. WOSCHECH, *The State Aid Dimension of Environmental Aid*, *op. cit.*, p. 36.

[752] Décision 2005/164/CE de la Commission du 8 septembre 2004 concernant l'aide d'État que la Belgique envisage de mettre à exécution en faveur de Stora Enso Langerbrugge (JO L 53 du 26 février 2005, p. 66), pt. 40 ; v., également, le régime fiscal prévoyant des règles du calcul de l'impôt sur le revenu dérogatoires du droit commun pour les personnes réalisant des investissement dans des « fonds d'investissements verts » : décision de la Commission du 25 août 2006, NN 41/05, préc.

[753] Décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid NN 30/B/2000 and N 678/2001, préc., pp. 3-4.

[754] CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, préc., pts. 33-36 ; CJCE, 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, préc., pt. 53, qui renvoie au pt. 32 ; décision 2002/676/CE, CECA de la commission du 3 avril 2002, préc., pts. 37-38 ; décision 2005/565/CE de la Commission du 9 mars 2004, préc., pt. 55 ; décision 2005/468/CE de la Commission du 30 juin 2004, préc., pt. 38 ; décision de la Commission du 7 février 2007, State aid N 820/2006, préc., p. 5 ; décision 2010/402/UE de la Commission du 15 décembre 2009, préc., pt. 31.

appréciation globale de la sélectivité des avantages fiscaux, des avantages correspondant, en substance, à ceux décrits ci-dessus ont ainsi été identifiés par les institutions de l'Union[755]. À l'occasion d'une de ces appréciations globales, le juge a considéré qu'un avantage peut procéder aussi bien d'une exonération organisée par une taxe environnementale que de l'exclusion de certaines entreprises de son champ d'application[756].

409. Dans toutes ces décisions, l'avantage est identifié de façon constante en prenant pour base le droit national. Les charges normales sont celles qui sont imputées aux entreprises par la réglementation pertinente de l'État. L'avantage existe lorsque les entreprises n'ont pas à assumer les charges existant dans l'ordre interne. Il s'agit donc d'une méthode de qualification de type réaliste.

410. En revanche, d'autres décisions témoignent de la présence d'un mode de raisonnement opposé. Il arrive en effet que les institutions de l'Union substituent leurs présupposés au cadre national considéré. Cette méthode de qualification spéculative peut être tout d'abord implicite. Ainsi en était-il dans la décision de la Commission relative à un mécanisme d'échange de quotas d'émission prévoyant leur délivrance à titre onéreux[757]. En l'espèce, ce mécanisme comprenait un régime de redistribution du produit de la vente des quotas en fonction des performances individuelles des entreprises soumises au mécanisme. La Commission a estimé que les entreprises les plus performantes obtiendraient les sommes les plus importantes de cette redistribution et que, pour ces entreprises performantes, le coût global du mécanisme était moindre que s'il n'y avait pas eu de régime de redistribution, ce qui impliquait un avantage[758]. Cet avantage est donc apprécié en prenant pour référence le coût des quotas alloués aux enchères. En somme, et bien que la Commission ne mentionne pas explicitement de charges normales, il semble que celles-ci procédaient du fonctionnement, sans régime de remboursement, d'un mécanisme de quotas prévoyant leur délivrance à titre onéreux. Or, si l'on s'en tient aux choix effectués par l'État membre dans la conception de son instrument, les charges normalement imputées consistaient ici dans le coût de la délivrance des quotas diminuée des sommes perçues par le régime de remboursement.

---

[755] CJCE, 29 avril 2004, *Pays-Bas/Commission*, C-159/01, préc., pts. 42-48 ; Trib. UE, 13 septembre 2012, *Italie/Commission*, T-379/09, préc., pts. 39-51 ; décision 2009/972/CE de la Commission du 17 juin 2009, préc., pts. 38-41, spéc. pt. 40 ; décision de la Commission du 9 novembre 2007, State aid N 391/2006, préc., pts. 42-48.

[756] CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, préc., pt. 87 ; Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc.pts. 45-93 ; il a pu être soutenu que cette situation ne pouvait emporter l'application de l'article 107 TFUE : S. ROUSSEAUX, « La compatibilité des instruments économiques au regard des dispositions relatives aux aides d'État, l'exemple de la taxe CO_2/énergie et des échanges de droits d'émission dans le cadre de la lutte contre l'effet de serre », *op. cit*., p. 8.

[757] Décision de la Commission du 13 juillet 2009, State aid N 629/2008, préc.

[758] *Ibid.*, pt. 21.

411. L'hypothèse qui retient cependant particulièrement l'attention est celle dans laquelle les institutions de l'Union ne procèdent pas de façon implicite. Elles vont ainsi parfois jusqu'à apprécier la réglementation nationale pertinente en substituant ouvertement le présupposé qu'elles ont élaboré au sujet de l'imputation des coûts environnementaux. Ainsi, dans un arrêt *CETM/Commission* du Tribunal[759], était en cause un régime d'aides à la rénovation du parc automobile des entreprises pour des raisons notamment environnementales. Selon le juge, de telles aides visaient à libérer les entreprises bénéficiaires de tout ou partie des coûts qu'elles auraient dû normalement supporter dans le cadre de leur gestion courante ou de leurs activités normales[760]. Or, il n'est aucunement fait mention d'une réglementation nationale. La qualification repose sur le présupposé que l'achat d'un véhicule est une charge normale pour une entreprise. Les mêmes considérations ressortent de l'arrêt *GEMO*[761]. Il était ici question d'une réglementation organisant la collecte des cadavres d'animaux et prévoyant que ce service était fourni à titre gratuit aux éleveurs et aux abattoirs. La Cour a jugé qu'il y avait un avantage, puisque cette réglementation libérait ces derniers d'une charge financière qu'ils devaient normalement payer[762]. Ici encore, le cadre juridique national n'est pas considéré pour la définition des charges normales, puisqu'il était justement « normal » dans l'ordre interne que ces charges ne soient pas imputées aux éleveurs et aux abattoirs.

412. Ces considérations ressortent avec une acuité particulière dans l'affaire relative au mécanisme d'échange de quotas d'émission de NO_x. Ce dernier fonctionnait au moyen de la délivrance à titre gratuit de quotas, et la Cour avait considéré que la création par l'État d'un marché sur lequel lesdits quotas pouvaient être vendus faisait de ceux-ci des actifs incorporels[763]. La question était alors de savoir si la négociabilité des quotas emportait un avantage pour les entreprises soumises au mécanisme, ainsi que l'avait admis le Tribunal dans son arrêt en première instance[764]. Cette question a emporté des prises de position fort contrastées en doctrine. Certains auteurs considèrent que la délivrance gratuite ne confère aucun avantage aux entreprises soumises au mécanisme car la possibilité de vendre les quotas dépend de réductions préalables des émissions polluantes par les efforts propres des

---

[759] TPICE, 29 septembre 2000, *CETM/Commission*, T-55/99, Rec. p. II-3207.
[760] *Ibid.*, pt. 83.
[761] C. LAMBERT, « La Cour de justice se donnera-t-elle la compétence ou aura-t-elle l'envie de procéder à une véritable appréciation économique des aides d'État ? », *RLC*, 2006, n° 7, p., 167, selon qui la législation en cause ne constituait *« pas un mécanisme qui allégeait les charges d'une catégorie d'opérateurs parmi un ensemble plus vaste qui aurait été soumis aux mêmes obligations »*, et que, de ce point de vue, la qualification d'aide d'État n'était pas évidente.
[762] CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO*, préc., pt. 33.
[763] CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pt. 88.
[764] TPICE, 10 avril 2008, *Pays-Bas/Commission*, T-233/04, préc., pt. 74.

entreprises concernées[765]. Ce sont les entreprises non incluses dans le mécanisme qui sont avantagées[766]. En revanche, d'autres soutiennent que cette délivrance gratuite permet aux entreprises de dégager plus de profits que de pertes, notamment en raison d'éventuels effets d'aubaine leur permettant de reporter les coûts du mécanisme sur les consommateurs[767], ou encore qu'elle confère, en tout état de cause, aux entreprises un actif qu'elles pourront vendre[768], nonobstant les efforts qui leur sont demandés en termes de réduction des émissions[769]. C'est dans le sens des dernières de ces opinions que la Cour a tranché : présupposant que le coût des émissions de GES devaient peser sur les entreprises[770], elle a jugé que la négociabilité des quotas devait être considérée *« comme un avantage économique que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché »*[771].

413. En somme, les « conditions normales du marché » ne sont pas ici déterminées en fonction du droit national. En effet, dans l'arrêt *GEMO*, les règles internes prévoyaient que le coût du traitement des cadavres d'animaux ne pesait pas sur les entreprises qui les produisaient. De même, dans l'affaire des quotas de NO_X, le droit national était ainsi conçu que la diminution des émissions polluantes devait être obtenue par la délivrance de quotas gratuits. Ces conditions normales sont définies en fonction du présupposé élaboré par les institutions de l'Union selon lequel ces coûts doivent être imputés aux pollueurs. Il est anormal que les entreprises soient soulagées des charges liées à la protection de l'environnement car il est normal qu'elles assument les conséquences de leurs activités sur l'état de l'environnement.

414. On pourrait déplorer que la Cour s'engage sur une voie qui paraît périlleuse à bien des égards. Tout d'abord, dans l'absolu, il paraît difficile d'envisager de façon abstraite des conditions normales de marché. L'intervention de la puissance publique contribue directement à l'existence de ce dernier, par l'élaboration d'un cadre légal assurant la sécurité

---

[765] M. LORENZ, « Emission trading : the State Aid dimension », *op. cit.*, p. 400.
[766] S. ROUSSEAUX, « La compatibilité des instruments économiques au regard des dispositions relatives aux aides d'Etat, l'exemple de la taxe CO_2/énergie et des échanges de droits d'émission dans le cadre de la lutte contre l'effet de serre », *REDE*, 2001 n° 1, p. 3, spéc. p. 8.
[767] J. DE SÉPIBUS, « The European emission trading scheme put to the test of state aid rules », *op. cit.*, pp. 12-13 ; S. WOSCHECH, *The State Aid Dimension of Environmental Aid*, *op. cit.*, pp. 46-48.
[768] T. M. RUSCHE, « Emissions Trading », *op. cit.*, pp. 375-377.
[769] M. MEROLA, G. CRICHLOW, « An analysis of allowances granted under the CO2 emissions allowance trading scheme », *op. cit.*, pp. 34-35 ; un autre auteur, soulignant la nature ambivalente des quotas au regard du droit des aides d'État, fait dépendre la présence d'un avantage de la réalisation de la condition de l'utilisation de ressources d'État : B. LE BAUT-FERRARESE, « La nature des droits négociables à pollueur ou à produire plus « vert » au regard du droit communautaire des aides d'État », *op. cit.*, n°s 10-11.
[770] CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pt. 89.
[771] *Ibid.*, pt. 91.

des transactions économiques[772] et permettant l'accomplissement de divers objectifs politiques, notamment celui de la protection de l'environnement. De surcroît, ce présupposé a une portée normative, puisqu'il agit sur le champ de l'article 107 TFUE, donc de la règle d'incompatibilité qui y est attachée. Lorsqu'il est utilisé, il indique que certains coûts ne pourront pas être financés par l'État, du moins sans tomber sous le coup de l'interdiction de principe contenu à l'aricle 107 TFUE et le contrôle de la Commission qui en découle. Il existe ainsi un risque d'harmonisation détournée des règles d'imputations de coûts environnementaux.

415. En tout état de cause, il ressort de la pratique que l'appréciation de l'avantage est modulable. Grâce à l'indétermination du critère de la normalité, les institutions de l'Union apprécient cette condition constitutive de l'aide soit en fonction du cadre national existant, soit en fonction d'un présupposé qu'elles ont élaboré. Dans cette seconde hypothèse, la qualification a, dans une certaine mesure, une dimension contraignante. Si les États membres veulent échapper à l'article 107 TFUE, ils doivent, par exemple, faire peser les coûts des déchets sur leurs producteurs ou adopter un système de quotas prévoyant leur délivrance à titre onéreux.

416. Au-delà de ces considérations, il faut également noter que, dans les exemples susmentionnés, le recours à des présupposés permet en général un élargissement du champ de la notion d'aide. Toutefois, il n'en va pas systématiquement ainsi : les présupposés peuvent également servir, dans des hypothèses il est vrai exceptionnelles, à écarter la présence d'un avantage, notamment lorsque les institutions admettent une thèse de la compensation qui leur est suggérée par les États.

2) L'avantage écarté de façon exceptionnelle par l'acceptation de la thèse de la compensation

417. Les réglementations environnementales poursuivent l'intérêt général : elles ont pour objet d'assurer la conservation et la valorisation du milieu naturel au bénéfice de la collectivité. De ce point de vue, les charges qu'elles impliquent découlent donc de considérations liées à l'intérêt général. C'est sur ce terrain que les États membres ont essayé de justifier les avantages conférés par les mesures environnementales : ils soutiennent parfois que l'objet de la mesure en cause est d'obtenir des entreprises une contrepartie pour la protection de l'environnement, en retour de l'avantage dont ces dernières bénéficient[773]. Or,

[772] G. VLACHOS, *Droit public économique français et européen*, *op. cit.*, pp. 1-6.
[773] Cette thèse est donc distincte de celle, plus spécifique, de la compensation des charges d'un SIEG, bien qu'elle ait des effets assez similaires.

une telle argumentation est généralement rejetée par les institutions de l'Union[774]. Cette constatation rejoint certaines réflexions générales sur la notion de la contrepartie. L'aide est définie comme un avantage accordé sans contrepartie, c'est-à-dire un acte à titre gratuit de l'État. Or, sauf à priver l'acte gratuit de toute substance, celui-ci ne se comprend que comme un acte qui n'appelle pas de la part du bénéficiaire une contrepartie juridiquement sanctionnée[775].

418. Ainsi, dans l'arrêt *Fleuren Compost*[776], le Tribunal a jugé qu'il était indifférent que la mesure mise en œuvre, qui finançait des activités d'élimination du lisier aux Pays-Bas, ait pour but d'aider des entreprises à satisfaire leurs obligations légales en matière de protection de l'environnement, un meilleur respect de ce dernier ne suffisant pas à la faire échapper à la qualification d'aide[777]. Un raisonnement similaire peut être trouvé dans l'arrêt relatif aux quotas de NO_X. Une partie intervenante au pourvoi soutenait que les avantages financiers engendrés par le mécanisme de quotas dépendaient des efforts fournis par les entreprises pour réduire leurs émissions, ce qui *« représent[ait] une contrepartie d'une valeur adéquate pour les certificats négociables »*[778]. Il s'agissait là d'un argument déjà discuté en doctrine. Certains auteurs considèrent en effet que la délivrance gratuite ne confère aucun avantage car la possibilité de vendre les quotas dépend de réductions préalables des émissions polluantes par les efforts propres des entreprises concernées[779]. Selon d'autres, toutefois, les efforts qui leur sont demandés en termes de réduction des émissions doivent rester indifférents[780]. Or, c'est dans le sens de cette seconde position qu'a tranché la Cour[781].

419. La constance dans le rejet de la thèse de la contrepartie environnementale se retrouve également pour des mesures qui compensent des charges supplémentaires auxquelles les entreprises consentent volontairement pour améliorer la protection de l'environnement. Ainsi, une affaire devant la Commission concernait une aide couvrant en partie les coûts d'investissements d'une entreprise pour une nouvelle installation. Elle lui était accordée car elle avait retenu un site d'implantation préféré par les autorités nationales pour des motifs environnementaux, alors qu'elle n'avait aucune obligation en ce sens. Toutefois, selon la

---

[774] J.-P. KEPPENNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, *op. cit.*, n° 28.
[775] C. SIATERLI, *La notion d'aide d'État au sens de l'article 87 §1 CE*, *op. cit.*, n°s 133-135, étant toutefois entendu que nous n'entendons pas adhérer aux considérations liées à la rareté des actes désintéressés, notamment parce qu'elle est fondée sur des présupposés idéologiques.
[776] TPICE, 14 janvier 2004, *Fleuren Compost/Commission*, T-109/01, Rec. p. II-127.
[777] *Ibid.*, pt. 54.
[778] CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pt. 84.
[779] M. LORENZ, « Emission trading : the State Aid dimension », *op. cit.*, p. 400.
[780] M. MEROLA, G. CRICHLOW, « An analysis of allowances granted under the CO2 emissions allowance trading scheme », *op. cit.*, pp. 34-35.
[781] CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pt. 87.

Commission, indépendamment de cette contrepartie, la mesure avait pour effet de favoriser l'entreprise car elle réalisait un investissement sans en assumer les coûts. Or, la notion d'aide comprenait, justement, les mesures par lesquelles les entreprises consentent à des charges supplémentaires en acceptant d'adapter leurs installations pour des raisons environnementales[782].

420. Cette position est également valable pour les justifications selon lesquelles les qualités environnementales des produits pourraient se répercuter sur le prix de leur achat. Ainsi, dans le cadre d'une appréciation d'accords d'achat d'électricité, la Commission avait à répondre à l'argument selon lequel l'énergie produite par des procédés réduisant la pollution pouvait être acquise à des coûts plus élevés que l'énergie produite par de moyens plus conventionnels. Cette justification évoque les analyses des barrières à l'entrée : en substance, l'énergie verte souffrirait d'un désavantage concurrentiel sur le marché de l'énergie, car les coûts de sa production sont plus élevés, pour des raisons notamment technologiques, que ceux de l'énergie produite à partir de sources conventionnelles. De plus, cette dernière bénéficierait d'un déficit d'internalisation, en ce sens que les coûts des dommages environnementaux causés par l'énergie conventionnelle ne lui seraient pas totalement imputés[783]. Or, la Commission a refusé d'admettre un tel raisonnement pour qualifier la mesure en cause, au motif que *« rien ne justifi[ait] d'un point de vue économique que de l'électricité moins propre ait une valeur marchande moindre que de l'électricité produite en respectant l'environnement »*[784]. Ainsi, les moyens financiers utilisés pour compenser, dans un but d'intérêt général, le déficit de compétitivité dont souffre l'énergie verte constituaient des avantages.

421. Aussi, la thèse de la compensation est-elle généralement refusée par les institutions de l'Union. Il paraît logique d'y voire une déclinaison du présupposé des institutions : s'il est normal que les charges environnementales soient assumées par les entreprises, on ne voit pas comment les États pourraient arguer que ces coûts correspondent à une quelconque contrepartie.

422. Ceci étant, il est des cas où, exceptionnellement, la Commission a pu admettre cette thèse de la compensation de charges environnementales d'intérêt général en matière de

---

[782] Décision de la Commission 93/564 du 22 avril 1993, relative à l'aide que le gouvernement italien envisage de verser à Cartiere del garda (JO L 273 du 5 novembre 1993, p. 51), pp. 52-53, spéc. pt. IV.

[783] V. notamment, B. LE BAUT-FERRARESE (dir.), I. MICHALLET (collab.), *Traité de droit des énergies renouvelables*, 2ème éd., Paris, Éd. du Moniteur, 2012, pp. 72-75 ; J. KRZEMINSKA, « Are support Schemes for Renewable Energies Compatible with Competition Objectives ? An Assessment of National and Community Rules », *YEEL*, vol. 7, OUP, 2007, p. 125, spéc. pp. 131-133.

[784] Décision 2009/287/CE de la Commission du 25 septembre 2007, préc., pt. 195.

réhabilitation des sites pollués. À cet égard, il convient de préciser que des avantages peuvent en principe procéder de la prise en charge par l'État des coûts de la réhabilitation d'un site dont une entreprise serait propriétaire, car cela revient à valoriser gratuitement son patrimoine[785]. Toutefois, quelques affaires révèlent un traitement particulier de la réhabilitation de sites souillés par des entreprises dont l'exploitation relevait de la souveraineté de l'ancienne République démocratique d'Allemagne (ci-après, « ex RDA »). Ces mesures ont été adoptées à l'occasion de plans nationaux de restructuration en vue de privatisations alors que l'état de pollution de certains sites pouvait décourager les investisseurs potentiels. Or, la Commission a considéré que de telles mesures nationales, qui impliquaient des sommes très importantes, ne constituaient pas des avantages. En effet, les entreprises implantées dans les nouveaux Länder ne pouvaient être tenues responsables de la pollution survenue sous l'empire de la réglementation de l'ex RDA[786].

423. Ainsi, dans ces affaires, il paraît « normal » à la Commission que les entreprises n'aient pas à assumer les charges de remise en état de sites pollués sous un régime politique collectiviste. Un auteur a noté que les mesures environnementales étaient de celles qui faisaient l'objet d'un traitement particulièrement favorable de la Commission. Seules certaines catégories de mesures, dont les aides à l'environnement, n'ont pas été qualifiées d'aides, tranchant avec la pratique plus générale consistant à admettre la qualification puis la compatibilité[787]. Ainsi, pour des raisons politiques particulières, la Commission a modulé l'appréciation classique de l'avantage. Il ne s'agit là que d'une mansuétude passagère : le régime particulier réservé à l'ex RDA a été abandonné par la Commission en 1998[788].

424. La deuxième série d'exemples d'acceptation exceptionnelle de la contrepartie environnementale au stade de l'appréciaition d'un avantage se trouve, toujours en matière de

---

[785] Cette seconde hypothèse est mentionnée par l'encadrement de 2001 : v. encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement, 2001/C 37/03 (JO C 37 du 3 février 2001, p. 3), pt. 38, note 34 de bas de page.

[786] Pour les charges liées au traitement de la pollution ultérieure à cette même date, qui étaient difficiles à chiffrer précisément, la Commission s'est montrée compréhensive, soit en admettant qu'elles ne constituaient pas, non plus, des aides, soit en reconnaissant leur compatibilité avec le marché intérieur : décision 96/545/CE de la Commission du 29 mai 1996, concernant l'aide que l'Allemagne propose d'accorder aux entreprises Buna GmbH, Sächsische Olefinwerke GmbH, Leuna-Werke GmbH, Leuna-Polyolefine GmbH et BSL Polyolefinverbund GmbH (JO L 239 du 19 septembre 1996, p. 1), pt. III, paragraphe 3, et pt. IV, paragraphe 12 ; décision 1999/646/CE de la Commission du 25 novembre 1998, relative à des mesures d'aide accordées par l'Allemagne à la société InfraLeuna Infrastruktur und Service GmbH (JO L 260 du 6 octobre 1999, p.1), pt. IV, 2). V., également, dans une moindre mesure, décision 97/13/CE de la Commission du 26 juin 1996, concernant des aides d'État accordées par l'Allemagne pour soutenir les projets d'investissement de Mercedes Benz à Ludwigsfelde (Brandebourg) (JO L 5 du 9 janvier 1997, p. 30), pt. IV, 5) ; décision 97/765/CE de la Commission du 26 juin 1997, relative à des aides d'État en faveur de SKET Schwermaschinenbau Magdeburg GmbH (SKET SMM), Saxe-Anhalt (JO L 314 du 18 novembre 1997, p. 20), pt. V, p. 25

[787] J.-P. KEPPENNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, *op. cit.*, n°s 546-547.

[788] *Ibid.*, n° 548.

réhabilitation de sites pollués, dans des décisions rendues au sujet d'entreprises soumises au traité CECA. À cet égard, les mesures de protection de l'environnement étaient appréciées en application du code des aides CECA, qui a pu faire référence, dans certaines versions, aux encadrements communautaires des aides d'État pour la protection de l'environnement de 1994, et en particulier à son point 3.2.2[789]. Ce dernier disposait que *« [l]orsque le responsable de la pollution ne peut pas être identifié ou appelé à la cause, les aides en faveur de la réhabilitation de ces sites [pollués] peuvent ne pas tomber sous le coup de [l'actuel article 107, paragraphe 1 du traité FUE] dans la mesure où elles ne confèrent pas un avantage financier gratuit à certaines entreprises ou certaines productions »*, précisant toutefois que *« ces cas seront examinés individuellement »*. Dans une décision de la Commission relative à une entreprise CECA, il est possible de trouver une justification plus détaillée de ce traitement. La Commission a noté que les charges liées à la pollution correspondaient à la contamination infligée dans le passé au sol et aux installations et qu'il était à craindre que de nombreux sites industriels ne trouvent pas d'acquéreur, restant ainsi inutilisés. Partant, lorsque l'État assumait les charges liées à la pollution, il agissait *« dans le seul intérêt public, sans octroyer d'avantages économiques réels à l'acheteur qui refuserait d'acquérir les terrains sans une telle garantie »*[790]. Il semble donc bien s'agir d'une acceptation de la thèse de la contrepartie. La Commission, dans une décision ultérieure, a réitéré cette position, puis l'a appliquée en admettant qu'une mesure de financement d'une opération de réhabilitation d'un site pollué ne conférait aucun avantage à son bénéficiaire[791].

425. Est-ce à dire qu'un tel traitement privilégié fut réservé aux seules entreprises CECA ? Certaines opinions doctrinales vont dans ce sens[792]. Il apparaît, par ailleurs, que la Commission a précisé qu'elle répondait à des enjeux particulièrement prégnants *« notamment dans les secteurs de la sidérurgie et de la chimie »*[793], et que l'application du point 3.2.2 de l'encadrement de 1994 a pu être moins généreuse pour les entreprises relevant de l'ancien

[789] Encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (JO C 72 du 10 mars 1994, p. 3).

[790] Décision 95/422/CECA de la Commission du 4 avril 1995 relative à un projet d'octroi d'aides d'État par le Land de Bavière aux entreprises CECA Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH, Sulzbach-Rosenberg, et Lech-Stahlwerke GmbH, Meitingen-Herbertshofen (JO L 253 du 21 octobre 1995, p. 22), pt. IV, 9). Toutefois, en l'espèce, le gouvernement allemand n'avait pas cherché à justifier son aide directement sur la base des dispositions relatives aux aides à la protection de l'environnement du code des aides à la sidérurgie applicable (décision 3855/91/CECA de la Commission, du 27 novembre 1991, instituant des règles communautaires pour les aides à la sidérurgie (JO L 362 du 31 décembre 1991, p. 57)), et la Commission a refusé d'admettre la justification tirée de la protection de l'environnement.

[791] Décision 1999/658/CECA de la Commission du 8 juillet 1999, relative au projet envisagé par l'Allemagne en faveur de Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH i. K. (JO L 253 du 21 octobre 1995, p. 22), pts. 23-28.

[792] G. VAN CALSTER, « Greening the EC's State aid and Tax Regimes », *ECL Rev.*, 2000, 21(6), p. 294, spéc. p. 306.

[793] Décision 95/422/CECA de la Commission du 4 avril 1995, préc., pt. IV, 9).

traité CE[794]. En tout état de cause, il ne semble pas que cette acceptation exceptionnelle de la thèse de la compensation des charges environnementales d'intérêt public ait vocation à perdurer pour les mesures de réhabilitation des sites. L'encadrement de 2008 ne fait plus état de la possibilité que le financement public de la réhabilitation de sites pollués puisse ne pas être qualifié d'avantage, et la Commission semble s'y tenir[795]. Les pratiques ici mentionnées restent donc limitées dans le temps et à quelques hypothèses, où le pragmatisme semblait impliquer de la souplesse dans l'appréciation des mesures environnementales en raison d'un contexte particulier. Il s'agit plutôt d'incidents que de constructions durables. Néanmoins, elles démontrent bien la possibilité de moduler l'appréciation de l'avantage.

426. Au regard de l'ensemble de ces considérations, il ressort que, dans le contexte de l'appréciation de l'avantage, les institutions de l'Union ont pu développer certains présupposés utiles lors de la qualification des mesures environnementales. Il est par ailleurs intéressant de noter que ces présupposés sont généraux, en ce sens qu'ils concernent tous les types de mesures environnementales. De ce point de vue, les autres présupposés qui peuvent être mis en évidence à la lumière de la pratique ressortent d'une catégorie différente car ils sont spécifiques à certains instruments économiques de la protection de l'environnement.

Section II) Les présupposés relatifs à certains instruments économiques

427. L'étude de la jurisprudence et de la pratique fait ressortir des présupposés qui sont relatifs à certains instruments économiques de la protection de l'environnement uniquement. En particulier, il est possible d'identifier des présupposés relatifs aux taxes environnementales (I) et d'autres présupposés qui concernent les mécanismes d'échange de quotas d'émission (II).

[794] Décision 1999/272/CE de la Commission du 9 décembre 1998, concernant le projet d'aide de l'Autriche visant à assainir la décharge Kiener Deponie Bachmanning (JO L 109 du 27 avril 1999, p. 51) ; l'appréciation de la Commission peut ici avoir été influencée par certaines particularités du contexte de cette affaire : si elle a noté que les risques d'atteintes à la concurrence étaient faibles, en raison de la situation financière de la société repreneuse, il existait, par ailleurs, des liens étroits entre les associés de cette dernière et ceux de la société anciennement propriétaire des terrains contaminés. *Ibid.*, pp. 54-55.

[795] V., par exemple, décision de la Commission du 22 avril 2004, Aide d'État N 494/B/02 – France – Aides à la résorption des sites pollués dans le cas où le pollueur n'est pas identifié ou ne peut pas être appelé à la cause (C(2003) 1396).

I) Les présupposés relatifs aux taxes environnementales

428. Afin de qualifier les taxes environnementales, les institutions de l'Union ont développé tout particulièrement des présupposés au stade de l'appréciation de la justification de la sélectivité par la nature ou l'économie du système (A). La situation de cette catégorie de mesure est par ailleurs tout à fait particulière, car les institutions sont allées jusqu'à présupposer une définition de la taxe environnementale (B).

A) Les définitions de la taxe environnementale au stade de la qualification

429. Au stade de l'appréciation de la compatibilité des taxes environnementales, la Commission a retenu dans ses lignes directrices une définition de cette catégorie d'impôts, à savoir qu'est considérée comme telle la *« taxe dont la base imposable spécifique a manifestement un effet négatif sur l'environnement ou qui vise à taxer certaines activités, certains biens ou services de manière à ce que les prix de ces derniers incluent les coûts environnementaux et/ou que les fabricants et les consommateurs soient orientés vers des activités qui respectent davantage l'environnement »*[796]. Il est assez logique de retrouver une telle définition dans un acte qui vise, non pas à qualifier, mais à définir le régime juridique de catégories d'aides prédéterminées, au moyen de critères généraux : il faut bien définir pour cela les catégories en question.

430. Il est en revanche beaucoup plus surprenant de découvrir que de telles définitions sont parfois possibles au stade de la qualification de taxes environnementales et, plus précisément, à l'occasion de l'appréciation de la sélectivité des mesures contrôlées. Dans la pratique de la Commission, ce genre de définition est plutôt implicite. Ainsi dans une première décision, la Commission devait aborder les éléments constitutifs d'une taxe sur l'énergie, dont le taux était calculé sur la base du contenu énergétique de l'électricité. En l'espèce, la Commission a admis que les différenciations fiscales instaurées par cette taxe étaient justifiées par la nature ou l'économie du système, en précisant qu'il était acceptable pour des motifs techniques que l'État membre en cause se base sur le contenu énergétique, mais qu'une taxe environnementale était idéalement fondée sur le contenu carbone de l'énergie[797]. Dans une seconde décision, il était question de qualifier une taxe qui avait été adoptée, parmi d'autres

[796] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 70 14) ; la définition retenue antérieurement était plus large encore : v. encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pt. 6.
[797] Décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid NN 30/B/2000 and N 678/2001, préc., p. 4.

mesures, dans un acte se présentant comme une loi sur la fiscalité environnementale. La taxe en question frappait le départ des passagers des aéronefs en partance des aéroports du territoire d'un État membre, mais exonérait le transit et le transfert de passagers[798]. Aux fins de l'appréciation de la sélectivité des dérogations à cette taxe, la Commission a refusé d'admettre que les différenciations fiscales puissent être appréciées au regard d'un objectif environnemental qui ne ressortait pas avec évidence de la mesure en cause. En effet, puisque cette dernière ne frappait pas une source d'émission, comme la consommation de carburant, les émissions de GES ou encore le bruit, il ne s'agissait pas d'une taxe environnementale[799]. En somme, dans ces deux décisions, la Commission se réfère à un modèle abstrait de fait générateur ou d'assiette fiscale qui serait caractéristique d'une taxe environnementale. Un tel raisonnement ne paraît possible que si la Commission se fonde, au moins implicitement, sur une définition préconçue de ce qu'est une taxe environnementale.

431. Cette démarche est encore plus saillante dans la jurisprudence du Tribunal. En effet, dans l'arrêt *British Aggregates* en première instance, celui-ci n'a pas hésité à énoncer explicitement une définition de la taxe environnementale, en guise de prémisse à l'appréciation de la sélectivité de la taxe sur les granulats en cause. Ainsi, selon le Tribunal, *« une taxe peut être définie comme une taxe environnementale ou écotaxe 'lorsque sa base taxable a manifestement des effets négatifs sur l'environnement' »*. Précisant cette proposition, il a ajouté qu' *« [u]ne écotaxe est donc une mesure fiscale autonome caractérisée par sa finalité environnementale et son assiette spécifique. Elle prévoit la taxation de certains biens ou services afin d'inclure les coûts environnementaux dans leur prix et/ou de rendre les produits recyclés plus compétitifs et d'orienter les producteurs et les consommateurs vers des activités plus respectueuses de l'environnement »*[800]. C'est au regard de cette définition que le juge a par la suite envisagé la sélectivité des différenciations fiscales litigieuses.

432. La présence de ces éléments de définition au stade de la qualification est très discutable. Tout d'abord, la démarche est techniquement délicate. Bien que les institutions se soient fondées sur des éléments que l'on retrouve généralement dans les définitions théoriques de la taxe environnementale, le seul consensus entre les auteurs qui cherchent à proposer de telles définitions est que l'entreprise s'avère fort complexe. Il faut tenir compte de la très grande diversité des taxes désignées comme environnementales par les États, des stratégies de ces derniers qui tendent à désigner comme environnementaux certains prélèvements afin de

[798] Décision de la Commission du 13 juillet 2011, State aid SA.25254 (NN 18/2009), préc., pts. 7-9.
[799] *Ibid.*, pt. 27.
[800] TPICE, 3 septembre 2006, *British Aggregates/Commission*, préc., pt. 114.

favoriser leur acceptabilité par les contribuables, mais aussi de la diversité des concepts théoriques qui sous-tendent la conception des taxes environnementales. Ces derniers vont du principe économique du pollueur-payeur aux concepts juridiques traditionnels qui structurent la matière des impositions[801]. Il est également étonnant que pour concevoir sa définition des taxes environnementales, le Tribunal se soit appuyé sur une communication de la Commission[802] qui visait à préciser les règles du droit de l'Union pouvant s'imposer à des prélèvement de cette catégorie, mais qui faisait en même temps preuve de beaucoup de précautions : en l'absence d'une définition communautaire et du fait de la grande diversité des pratiques nationales, la Commission posait une définition nécessaire à sa communication mais dépourvue de toute portée prescriptive[803].

433. Il est regrettable que le Tribunal n'ait pas manifesté la même prudence. Il n'est en effet pas évident que de telles définitions générales des mesures de protection de l'environnement relèvent de l'office du juge du contrôle de la légalité des décisions de la Commission prises en application des articles 107 et 108 TFUE. Cette critique paraît fondée à plus forte raison au vu de la portée prescriptive de ces définitions : elles ont servi de base à la qualification des taxes concernées, donc à la détermination du champ de la règle de l'incompatibilité contenue à l'article 107 TFUE. Les présupposés utilisés par les institutions ont ainsi, dans une certaine mesure et de façon implicite une dimension normative.

434. Certes, il s'agit là d'exemples tout à fait incidents et limités[804]. On sait de surcroît que le raisonnement du Tribunal dans l'arrêt *British Aggregates* fût en définitive invalidé par la Cour suite à un pourvoi[805]. Il ne faut donc pas en exagérer la portée. Ces éléments de réflexion participent néanmoins au constat que les institutions de l'Union ont tendance se fonder sur un modèle abstrait des taxes environnementales qui sert de présupposé à leurs opérations de qualification. En matière de taxes environnementales, cette logique est plus visible encore lorsqu'il est question de la justification de leur sélectivité.

---

[801] X. CABANNES, « La protection fiscale du droit à l'environnement », *op. cit.* ; E. DE CROUY-CHANEL, « Esquisse d'une théorie fiscale de l'écotaxe », *op. cit.* ; R. HERTZOG, « Le droit fiscal de l'environnement : en croissance sur des fondements incertains », *op. cit.*

[802] TPICE, 3 septembre 2006, *British Aggregates/Commission*, préc., pt. 114.

[803] Communication de la Commission du 26 mars 1997, sur les impôts, taxes et redevances environnementaux dans le marché unique (COM(97) 9 final), pts. 10-11.

[804] Ces définitions n'ont d'ailleurs pas fait l'objet de développements particuliers dans les commentaires doctrinaux sur l'arrêt TPICE, 3 septembre 2006, *British Aggregates/Commission*, préc. : v. obs. A. ALEXIS, *Concurrences*, 2006, n° 4, p. 107 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2006, n° 11, comm. 325 ; obs. J. LOHRBERG, *EStAL*, 2007, n° 3, p. 538.

[805] Notons toutefois que l'arrêt sur pourvoi n'a pas fait directement référence à la définition de la taxe environnementale proposée : CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, préc. Il est plus surprenant de noter que si l'avocat général mentionne cette définition, il ne développe pas d'analyse particulière à son égard : v. concl. P. MENGOZZI, pt. 91.

B) Les présupposés relatifs à la justification de la sélectivité des taxes environnementales

435. En application de la jurisprudence, des différenciations fiscales à première vue sélectives pourront toujours échapper au droit des aides d'État si elles sont justifiées par la nature ou l'économie du système fiscal. Il s'agit alors de distinguer *« les objectifs assignés à un régime fiscal particulier et qui lui sont extérieurs et, d'autre part, les mécanismes inhérents au système fiscal lui-même qui sont nécessaires à la réalisation de tels objectifs »*[806]. Encore faut-il, pour cela, s'entendre sur ce qui doit être déterminé comme le système fiscal servant de point de départ à cette appréciation.

436. À première vue, au regard de la jurisprudence susmentionnée, la réponse à cette question paraît évidente : le système dont il est question est celui existant dans l'ordre interne de l'État membre concerné. Dans le domaine des taxes environnementales, on trouve ainsi des décisions dans lesquelles la justification est appréciée uniquement en fonction du droit interne[807]. Cette solution paraît logique, tout particulièrement lorsqu'elle est appliquée dans le contexte d'un domaine non harmonisé, où il n'existe tout simplement pas de système de droit de l'Union pertinent. Or, il n'est pas certain qu'il s'agisse là d'une position systématiquement retenue par les institutions.

437. Certaines études en matière de fiscalité directe ont ainsi mis en évidence le fait que la pratique de la Commission n'était pas tout à fait claire à cet égard : elle oscillerait entre une « approche positive », consistant à se fonder sur le système national considéré, et une « approche normative », fondée sur une sorte de système fiscal commun hypothétique, issu de principes traditionnellement présents dans les ordres internes des États membres[808].

438. À notre sens, cette analyse peut être prolongée en expliquant que le raisonnement des institutions de l'Union se fonde sur un présupposé : l'approche « normative » correspondrait ainsi à la méthode de qualification spéculative. Elle existe lorsque les institutions de l'Union basent leurs opérations de qualification sur un système fiscal abstrait dont elles postulent l'existence. Les affaires dans le domaine environnemental le démontrent de façon particulièrement significative.

---

[806] CJCE, 6 septembre 2006, *Portugal/Commission,* C-88/03, préc. pt. 81 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Paint Graphos e.a.*, préc., pt. 69.

[807] Décision 2005/468/CE de la Commission du 30 juin 2004, préc., pt. 40 ; décision 2011/528/UE de la Commission du 8 mars 2011, préc., pts. 105-109.

[808] A. C. DOS SANTOS, *L'Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale*, *op. cit.*, pp. 524-527 et 541.

439. La Commission s'engage en effet parfois dans une démarche spéculative, par exemple lorsqu'elle soutient, de façon abstraite, qu'une *« taxe sur l'énergie poursuit un double objectif »* : premièrement, elle *« doit inciter les entreprises à prendre des mesures d'économie d'énergie »* et, deuxièmement, elle *« est perçue afin de procurer des ressources à l'État »*[809]. Elle semble en effet définir ici une sorte de système préconçu de la taxe sur l'énergie. Elle peut également se fonder, dans d'autres hypothèses, sur sa doctrine administrative. Au sujet de dérogations fiscales au bénéfice d'entreprises soumises au SEEQE, elle s'est ainsi référée à sa communication sur les aides en matière de fiscalité directe pour en déduire que seules les mesures de technique fiscale peuvent être prises en compte pour déterminer la nature ou l'économie du système, ce que le SEEQE n'était pas[810].

440. Dans d'autres décisions enfin, la démarche spéculative se fonde sur le droit dérivé. Il s'agit là d'une différence notable avec ce qui peut exister en matière de fiscalité directe, laquelle n'est harmonisée qu'à la marge : dans le domaine des prélèvements incitatifs environnementaux la Commission peut s'appuyer sur la façon dont sont conçues les différenciations fiscales dans la directive 2003/96/CE qui harmonise les taxes indirectes sur les produits énergétiques[811]. Elle dispose de la sorte d'un système commun de référence qu'elle peut mobiliser pour qualifier des mesures prises dans des champs de compétence retenue. Une série de décisions relatives aux exonérations pour « double usage » de taxes sur les produits énergétiques s'inscrit parfaitement dans cette logique.

441. À cet égard, il convient de préciser que les États membres ont tendance à aménager des exonérations de taxes sur les produits énergétiques au bénéfice des entreprises dont le processus de production utilisent des produits énergétiques, mais partiellement, ou pas du tout, comme carburant ou combustible. L'exonération de ce double usage total ou partiel emporte une différence de traitement fiscal qui ne pourra échapper au droit des aides que si elle peut être justifiée par la nature ou l'économie du système fiscal. Or, pour apprécier cette justification, la Commission s'est inspirée très tôt des actes de droit dérivé. Avant même que la directive 2003/96/CE ne soit adoptée, elle s'est référée à la proposition d'acte législatif qu'elle avait faite au motif que cet acte préparatoire *« peut fournir certaines indications pour savoir si l'exonération pour double usage s'inscrit dans la logique et la nature générales du régime »*[812].

---

[809] Décision 2005/565/CE de la Commission du 9 mars 2004, préc., pt. 53.
[810] Décision 2009/972/CE de la Commission du 17 juin 2009, préc., pts. 37-39.
[811] Directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003, restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité (JO L 283 du 31 octobre 2003, p. 51).
[812] Décision 2002/676/CE, CECA de la Commission du 3 avril 2002, préc., pt. 45.

442. Par la suite, l'appréciation s'est fondée sur des éléments contenus dans la directive elle-même pour apprécier la justification des exonérations pour double usage. Dans cet acte de droit dérivé, le législateur a considéré qu'*« il est inhérent à la nature et à la logique de la fiscalité »*[813] que les produits énergétiques ne soient pas taxés lorsqu'ils ne sont pas utilisés comme carburant ou comme combustible. Il n'a toutefois pas concrétisé cette considération en créant une exonération appropriée dans la directive, mais en excluant de son champ les utilisations pour double usage[814]. Les États membres sont ainsi libres de taxer ou non ces utilisations. La Commission en déduit que *« la sélectivité […] et donc aussi la présence d'une aide d'État doivent s'apprécier à la lumière de la législation nationale régissant la taxation de l'énergie »*[815].

443. Pourtant, de façon assez paradoxale, elle s'est fondée directement sur la nature et l'économie du système telle qu'il était définie par le législateur de l'Union pour apprécier les exonérations. En se référant à la directive, la Commission admet que l'exonération pour double usage puisse être justifiée, à la condition que les procédés exonérés correspondent bien à cet usage alternatif des produits énergétiques et que toutes les entreprises privilégiées bénéficient du même traitement fiscal[816]. De la sorte, elle transpose dans un champ de compétence nationale les choix du législateur afférents à l'économie d'un système de taxes sur l'énergie, et ce alors qu'ils ne sont pas justifiés d'un point de vue environnemental[817].

444. Ici encore, une institution de l'Union mobilise des présupposés consistant en des modèles abstraits d'instrument économique, puis les substitue au cadre national aux fins de la qualification. À juste titre semble-t-il, la doctrine a pu être critique à l'égard de raisonnements de ce genre au motif qu'ils conduiraient à une forme de *« pseudo harmonisation »*[818]. De ce point de vue, il est particulièrement remarquable que la Commission aille jusqu'à se fonder sur le droit dérivé dans le domaine environnemental. Ce mode de raisonnement pourrait conduire au final à une certaine standardisation de la fiscalité environnementale.

---

[813] Directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003, préc., considérant 22.
[814] *Ibid.*, deuxième tiret du b) du paragraphe 4 de l'article 2.
[815] Décision 2010/402/UE de la Commission du 15 décembre 2009, préc., pt. 34.
[816] Décision de la Commission du 7 février 2007, State aid N 820/2006, préc., pp. 5-6 ; décision 2007/375/CE de la Commission du 7 février 2007, concernant l'exonération du droit d'accise sur les huiles minérales utilisées comme combustible pour la production d'alumine dans la région de Gardanne, dans la région du Shannon et en Sardaigne, appliquée respectivement par la France, l'Irlande et l'Italie [C 78/2001 (ex NN 22/01), C 79/200 (ex NN 23/01), C 80/2001 (ex NN 26/01)] (JO L 147 du 8 juin 2007, p. 29), pts. 33-40 ; décision 2010/402/UE de la Commission du 15 décembre 2009, préc., pts. 38-40.
[817] Les « doubles usages » seraient aussi dommageables pour l'environnement que l'utilisation des produits énergétiques comme combustibles. Sur ces questions, v. A. KLIEMANN, « Aid for Environmental Protection », *op. cit.*, p. 323.
[818] A. C. DOS SANTOS, *op. cit.*, p. 541. V., également, C. PANAYI, « State Aid and Tax : the Third Way ? », *op. cit.*, pp. 304-305 ; W. SCHÖN, « Taxation and State Aid Law in the European Union », *op. cit.*, p. 923.

445. Ainsi, il existe bien des présupposés relatifs à certains instruments de la protection de l'environnement qui sont mobilisés par les institutions aux fins de la qualification. Les taxes environnementales ne constituent cependant pas la seule catégorie d'instrument économique à être concernée par des présupposés spécifiques. Les institutions de l'Union recourent également à une méthode spéculative de qualification pour apprécier les mécanismes d'échange de quotas.

II) Les présupposés relatifs aux mécanismes d'échange de quotas d'émission

446. Pour ce qui concerne les mécanismes d'échange de quotas d'émission, les institutions se fondent sur un présupposé relatif au régime de délivrance du quota, dont il convient de préciser la nature (A), ce qui permettra de souligner qu'il n'est pas présent dans la jurisprudence antérieure (B).

A) Le régime de délivrance du quota apprécié au moyen d'un présupposé

447. Tant la Cour que la Commission semblent qualifier les mécanismes nationaux d'échange de quotas d'émission sur la base d'un présupposé. D'emblée, il faut préciser que ce présupposé se retrouve dans le raisonnement qu'elles ont construit pour apprécier la réalisation de la condition de l'utilisation de ressources d'État et qu'il concerne le régime de délivrance. Aussi, pour l'identifier, faut-il au préalable rappeler très schématiquement ce raisonnement tel qu'il a été exposé dans des développements qui précédent[819].

448. Dans une série de décisions, la Commission a considéré de façon constante que la négociabilité des quotas d'émission était un avantage pour les entreprises qui étaient soumises aux différents mécanismes. Elle a ensuite décidé que les quotas conféraient un droit à polluer aux entreprises et que, pour cette raison, l'État aurait pu les vendre. Lorsqu'il refusait de recourir à cette option et qu'il choisissait de les délivrer à titre gratuit, il abandonnait donc des ressources d'État[820]. Inversement, le recours à un régime de délivrance à titre onéreux faisait échapper l'instrument considéré au droit des aides d'État[821].

---

[819] V. *supra*, n°s 93 et s. et 145 et s.

[820] Décision de la Commission du 12 avril 2000, State aid N 653/99, préc., pt. 4.1, p. 6 ; décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 416/2001, préc., p. 9 ; décision de la Commission du 24 juin 2003, NOx emission trading scheme, State Aid N 35/2003, préc., p. 9.

[821] Décision de la Commission du 13 juillet 2009, State aid N 629/2008, p. 5.

449. La Cour, dans son arrêt relatif au mécanisme de quotas d'émission de NO_x, s'est alignée sur le raisonnement de la Commission. Elle a en effet jugé que l'État membre en cause disposait d'un choix dans la détermination du régime de la délivrance des quotas. De la sorte, il *« aurait pu vendre de tels droits, le cas échéant aux enchères, s'il avait structuré ce régime autrement »*[822]. C'est également sur ce terrain que la Cour a justifié son refus de toute analogie entre la situation en cause et celle de l'arrêt *PreussenElektra*[823], dans lequel elle avait conclu qu'une réglementation organisant des paiements effectués directement entre des personnes privées n'utilise pas de ressources d'État. Dans ce dernier arrêt, elle avait notamment jugé que l'éventuelle perte de recettes fiscales due aux conséquences de la réglementation concernée sur les recettes des entreprises lui était inhérente[824]. Or, dans l'arrêt relatif aux quotas de NO_x, il en était autrement : dans le cas d'un mécanisme de quotas, l'État membre disposait d'une alternative entre la délivrance gratuite ou la délivrance onéreuse, de sorte que la perte de ressources ne lui était pas inhérente[825].

450. En majorité, la doctrine a été peu convaincue par cette qualification des mécanismes d'échange de quotas[826]. Tout d'abord, certaines analyses se sont attachées à la cohérence économique du raisonnement. À ce titre, certains auteurs ont désapprouvé, en particulier, la qualification du mécanisme de NO_x car ses spécificités justifiaient une analyse différente tenant compte de l'importante incertitude générée par une norme d'émission relative[827]. D'autres ont cherché à justifier l'appréciation des mécanismes de quotas faite par la Commission, en se fondant principalement sur le constat que d'importants avantages pouvaient bénéficier aux entreprises qui y sont soumises, notamment grâce à un effet d'aubaine permettant le report des coûts de fonctionnement du mécanisme sur les consommateurs[828]. Il semble, cependant, que les premières de ces analyses mobilisent un argument économique qui paraît peu opératoire : il y a toujours une part d'incertitude quant

---

[822] CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc

[823] CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, préc.,

[824] *Ibid.*, pt. 62.

[825] *Ibid.*, pts. 109-111 ; v., également, concl. P. MENGOZZI, sous cet arrêt, pts. 84-93.

[826] Nous n'avons toutefois pas connaissance d'études doctrinales relatives au mécanisme national le plus récent, contrôlé dans la décision de la Commission du 13 juillet 2009, State aid N 629/2008, et qui est le seul à prévoir la vente des quotas, aux enchères. Par ailleurs, parmi les études mentionnées dans les développements qui suivent, celles qui sont principalement relatives au SCEQE sont citées dans la mesure où elles discutent soit de la pratique de la Commission ici évoquée, soit de façon générale des mécanismes de quotas.

[827] S. WEISHAAR, « The European emissions trading system and state aid : an assessment of the grandfathering allocation method and the performance standard rate system », *ECL Rev.*, 2007, 28(6), p. 371, v. p. 374-375 ; obs. W. SAUTER, H. VEDDER, sous CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., *EL Rev.*, 2012, 37(3), p. 327, v. pp. 338-339.

[828] A. JOHNSTON, « Free allocation of allowances under the EU emissions trading scheme : legal issues », *Climate Policy*, 2006, n° 6, p. 115, v. pp. 118-119 ; E. WOERDMAN, « Developing a European Carbon Trading Market : Will Permit Allocation Distort Competition and Lead to State Aid ? », *Fondazione Eni Enrico Mattei, nota di lavoro 51.2001*, 2001, disponible sur www.feem.it/web/activ/_activ.html, v. pp. 7-9.

aux effets réels de ce genre de législation environnementale nouvelle et il n'est pas certain que cela puisse caractériser le mécanisme ici en cause[829]. Les secondes, quant à elles, permettent surtout de démontrer l'existence de l'avantage[830] et non l'utilisation de ressources d'État. De ce point de vue, elles ne vont pas sans rappeler une certaine conception « économique » de l'aide à laquelle l'arrêt *PreussenElektra* avait refusé d'adhérer. En tout état de cause, ces analyses doctrinales n'abordent pas directement l'appréciation des choix offerts à l'État qui était fondamentale dans le raisonnement des institutions de l'Union.

451. En revanche, les critiques s'attachant à la cohérence — ou plus souvent l'incohérence — juridique du raisonnement des institutions de l'Union paraissent fournir des critiques plus décisives[831]. La plupart des opinions, qu'elles abondent ou non dans le sens des institutions de l'Union, s'entendent sur l'importance d'une prise en compte du cadre juridique national existant. Ainsi, un auteur qui défendait le raisonnement de la Commission a justifié le raisonnement fondé sur la nature des actes concernés et des choix de l'État membre dans la détermination du mode l'allocation des quotas. Il arguait toutefois par ailleurs que l'utilisation de ressources d'État ne serait réalisée que s'il existe des traitements dérogeant au régime de délivrance applicable dans l'État membre[832]. D'autres auteurs, qui critiquent la position de la Commission, soutiennent que l'argument selon lequel l'État aurait pu vendre les quotas serait infondé, aucun principe général ni aucune pratique en droit de l'Union n'imposant la délivrance des quotas à titre onéreux[833]. Au final, l'ensemble de ces analyses rejoint l'idée d'une prise en compte du cadre national. Celles qui critiquent la Commission dénoncent la remise en cause, sur la base de l'article 107 TFUE, des choix des États membres dans la

[829] Pour le reste, la critique fondée sur les caractéristiques du mécanisme semble peu pertinente puisque le fait qu'il ne fixe pas un plafond absolu, mais un plafond relatif pour les émissions, n'a pas de conséquences sur le principe même de l'allocation des quotas à titre gratuit et leur commerce sur le marché. Sur les mécanismes avec plafond relatif, v. J. LEFEVRE, « Emission Allowance Trading in the EU », *YEEL*, vol 3, OUP, 2003, p. 149, spéc. p. 160.

[830] Ce qui ressort tout particulièrement quand elles en viennent à admettre que les effets d'aubaine dont bénéficient les entreprises, payés directement par les consommateurs, utilisent des ressources d'État.

[831] *Comp*. J. DE SEPIBUS, « The European emission trading scheme put to the test of state aid rules », *NCCR Trade Regulation Working Paper n° 2007/32*, 2007, disponible sur www.nccr-trade.org-ip-1, p. 10, selon qui la doctrine n'aurait pas trouvé d'explications claires à l'extension du champ du droit des aides d'État aux mécanismes d'échange de quotas d'émission.

[832] A. ALEXIS, « Droits exclusifs ou spéciaux et aides d'État », *op. cit.*, pp. 106 et s.

[833] C. ARHOLD, « The 2007/2008 Case Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aid », *op. cit.*, pp. 447-448 ; M. LORENZ, « Emission trading : the State Aid dimension », *op. cit.*, p. 401. V., également, C.-S. SCHWEER, B. LUDWIG, « Emissionshandel und EG-Beihilfenrecht », *Recht der Energiewirtschaft*, 2004, vol. 7, p. 153, mentionné par J. DE SEPIBUS, *op. cit.*, p . 10.

conception de leurs mécanismes nationaux, et ce alors que dans toutes ces espèces, ils disposaient d'une très importante marge de manœuvre au regard du droit de l'Union[834].

452. Si cette dernière critique paraît essentielle, il semble possible de la préciser à la lumière de la grille de lecture de la qualification proposée. La partie du raisonnement selon laquelle il y a abandon de recettes car l'État *aurait pu* opter pour un régime de délivrance onéreuse correspond à une méthode spéculative de qualification. Elle s'explique avant tout par le fait que les institutions de l'Union se fondent sur un présupposé.

453. En effet, et ainsi qu'une partie intervenante l'avait d'ailleurs relevé devant le juge, aucune règle du droit de l'Union n'imposait aux États membres de recourir à la délivrance onéreuse[835]. Par ailleurs, le cadre juridique national considéré n'imposait pas d'obligation pour les États de délivrer les quotas à titre onéreux. C'est pourquoi les institutions ont dû recourir au mode conditionnel et fonder leur appréciation de la condition de l'utilisation de ressources d'État sur l'argument selon lequel l'État *aurait pu* vendre les quotas aux enchères. Le raisonnement des institutions ne correspond donc pas à une méthode réaliste de qualification qui aurait consisté à s'en tenir au cadre juridique à l'origine du litige. Il correspond plutôt à la méthode spéculative : les institutions construisent en quelque sorte un modèle abstrait du mécanisme d'échange de quotas d'émission dans lequel ces quotas seraient délivrés à titre payant et s'en servent de point de départ pour apprécier l'abandon de recettes publiques. Ce modèle ne trouve sa source dans aucun élément tangible du cadre juridique national et ne correspond pas aux choix effectués par l'État membre lorsqu'il a organisé son mécanisme de quotas. Le seul fondement que l'on pourrait trouver est externe au système juridique : certains économistes soutiennent en effet que la délivrance à titre onéreux des quotas, bien qu'il ne s'agisse pas d'une condition nécessaire à leur fonctionnement, est une option préférable, car elle garantit une meilleure effectivité des mécanismes de quotas[836].

---

[834] M. MEROLA, G. CRICHLOW, « An analysis of allowances granted under the CO2 emissions allowance trading scheme », *W.Comp.*, 2004, 27(1), p. 25, v. pp. 37-39 ; S. WEISHAAR, *op. cit.*, pp. 374-375 ; obs. W. SAUTER, H. VEDDER, *op. cit.* pp. 338-339.

[835] TPICE, 10 avril 2008, *Pays-Bas/Commission*, T-233/04, préc., pt. 56 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pt. 98 ; c'est d'ailleurs cet argument qui est discuté en particulier par l'avocat général : concl. P. MENGOZZI, pt. 84. Rappelons que les mécanismes nationaux de quotas contrôlés pas la Commission ne s'inscrivaient pas dans le cadre de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003, établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil (JO L 275 du 13 octobre 2003, p. 32). Les actes de droit dérivés applicables n'étaient ici pas déterminants.

[836] Dans le cas des quotas payants, il y a un transfert de ressources des pollueurs vers la collectivité : M. BACACHE-BEAUVALLET, « Marché et droit : la logique économique du droit de l'environnement », *op. cit.*, pp. 44-46 ; D. BUREAU, « Économie des instruments de protection de l'environnement », *op. cit.*, pp. 102-104 ; A VALLÉE, *Économie de l'environnement*, pp. 122 et s ; L. RAGOT, K. SCHUBERT, « Réchauffement climatique : concilier efficacité et équité », 22 janvier 2010, disponible sur http://www.laviedesidees.fr/Rechauffement-climatique-concilier.html, pp. 6-7.

454. En dernière analyse, les choix effectués par les États lors de l'élaboration de leurs réglementations nationales sont ainsi appréciés non pas pour ce qu'ils *sont*, mais pour ce qu'ils *pourraient être*.

455. Cette méthode de qualification n'est guère convaincante[837]. Tout d'abord, si l'on tire pleinement les conséquences de ce raisonnement, il faudrait admettre, indépendamment des règles nationales pertinentes sur la vénalité des actes administratifs, que toute délivrance gratuite par un État membre d'un acte de ce genre, conférant un droit quelconque à son titulaire et valorisable en argent, est constitutive d'une utilisation de ressources d'État parce que ce dernier aurait pu le vendre. L'arrêt sur les quotas NO_x pourrait alors avoir des conséquences considérables sur le droit interne des autorisations administratives. De surcroît, dès lors que l'on entre dans l'univers de ce qui est possible, on pourrait tout aussi bien soutenir que l'État membre aurait pu adopter un régime de subvention, une taxe environnementale ou même un instrument de première génération pour parvenir aux mêmes objectifs. De ce point de vue, rien ne justifie que l'utilisation de ressources soit appréciée uniquement à la lumière de l'option d'un mécanisme de quotas onéreux.

456. La démarche des institutions est donc sujette à critique, notamment au vu de ses conséquences déterminantes au stade de la qualification. Elle le paraît d'autant plus s'il est précisé que d'autres arrêts avaient à trancher des questions comparables et que la Cour y a utilisé un raisonnement fort différent.

B) Un présupposé absent dans la jurisprudence antérieure

457. Les arrêts de la Cour de justice de l'Union dans l'affaire des quotas NO_x[838] ne sont pas les premiers dans lesquels le juge a recherché des éléments d'aide d'État dans des régimes de délivrance d'actes administratifs conférant des droits à des opérateurs économiques. À titre de comparaison, il est instructif de faire un rapprochement[839] avec certaines affaires dans lesquelles était en cause la délivrance d'actes conférant à leurs titulaires des droits d'occupation du domaine public et dans lesquelles le juge s'est prononcé sur la condition de l'utilisation de ressources d'État.

---

[837] D'ailleurs, les auteurs qui ont essayé de défendre cette position tombent dans les généralités ou la tautologie : v. T. M. RUSCHE, « Emissions Trading », *op. cit.*, pp. 379-380, qui ne trouve de justification à la position de la Commission que dans le constat que le transfert de ressources est entendu largement par la Cour.

[838] TPICE, 10 avril 2008, *Pays-Bas/Commission*, T-233/04, préc. ; CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc.

[839] Il s'agit d'un rapprochement suggéré par A. ALEXIS, « Droits exclusifs ou spéciaux et aides d'État », *RDUE*, 2004, n° 2, p. 185, v. pp. 192-195 ; v., également, W. MEDERER, N. PESARESI, M. VAN HOOF (dir.), *EU Competition Law – Volume IV – State Aid – Book one*, Leuven, Claeys & Casteels, 2008, n°s 2.73-2.82.

458. Ainsi, dans l'arrêt *Banks* de la Cour, il était question de savoir si des éléments d'aide, au sens de l'article 4 sous c) CECA, étaient contenus dans la délivrance de licences et de concessions d'exploitation des mines de charbon[840]. En particulier, il s'agissait de savoir si la délivrance, sans aucune contrepartie, des licences et concessions à une entreprise publique et aux entreprises lui ayant succédé était constitutive d'une aide, alors que tous les autres exploitants n'avaient obtenu ces actes que moyennant le versement de redevances. À cet égard, la Cour est partie d'une analyse de la réglementation nationale en cause. Elle en a déduit que *« la situation normale découlant de la nature et de l'économie du système [de délivrance] correspond[ait] au versement par les exploitants d'une contrepartie aux licences et aux concessions qui leur sont accordées »*[841]. C'est uniquement sur la base de cette considération qu'elle a conclu à la présence d'une aide au bénéfice de l'entreprise publique et des entreprises lui ayant succédé. Le montant de cette aide correspondait alors au prix des redevances que l'État aurait dû leur demander en application du régime normal, au lieu de délivrer les licences et concessions à titre gratuit[842]. En somme, la délivrance à titre gratuit des actes administratifs ouvrant droit à l'exploitation des mines n'est pas, en soi, une aide. Elle ne le devient que lorsqu'elle apparaît comme une exception au régime de délivrance choisi par l'État.

459. Outre cette première affaire, des éléments de réflexion du même ordre peuvent être trouvés dans certaines affaires relatives aux licences dites 'Universal Mobile Telecommunications System' (UMTS) qui accordent des droits sur le domaine public aux entreprises de téléphonie mobile. Dans une première affaire, des licences avaient été délivrées à titre onéreux, mais à un prix différent de celui du marché. la Commission avait considéré qu'un régime de délivrance de licences de ce genre ne contenait pas d'avantages car les États membres étaient libre de définir la méthode de définition du prix des redevances et, ce faisant, qu'ils étaient libre de choisir la méthode appropriée, tant qu'ils respectaient l'égalité de traitement entre les titulaires[843].

460. Une position similaire peut être trouvée dans un arrêt *Bouygues* du Tribunal, où il était également question de la délivrance de licences UMTS qui relève, selon le juge, de la *« gestion patrimoniale d'une ressource publique rare »* n'excluant pas la prise en compte de

[840] CJCE, 20 septembre 2001, *Banks*, C-390/98, Rec. p. I-6117.
[841] *Ibid.*, pt. 43.
[842] *Ibid.*, pt. 44.
[843] Décision de la Commission du 20 décembre 2006, State aid NN 76/2006 – Czech Republic Award of the third UMTS licence (C(2006) 6680), pt. 29.

données économiques[844]. En l'espèce, la législation de l'Union pertinente[845] laissait les États membres libres de choisir la procédure d'octroi des licences, dès lors qu'étaient respectés les principes de libre concurrence et d'égalité de traitement. L'État en cause avait choisi de délivrer deux premières licences, puis il avait révisé les conditions auxquelles elles avaient été octroyées et, en particulier, le montant des redevances, pour les aligner sur celles, plus favorables, d'une troisième licence qui avait ultérieurement trouvé preneur. Alors que la Commission avait conclu à l'absence d'aide d'État[846], le Tribunal était saisi d'un recours en annulation contre cette décision.

461. Il avait admis, eu égard à la valeur monétaire des licences, que la réduction des redevances emportait, potentiellement au moins, une perte de ressources d'État à laquelle les autorités nationales avaient consenti[847]. Toutefois, il ajouta que cette conclusion devait être « nuancée », notamment car la perte de ressources n'était pas nécessairement constitutive d'une aide d'État *« en raison de la nature et de l'économie du système »*[848]. Dans cette configuration, *« si les autorités nationales décident, de manière générale, que les licences seront accordées gratuitement, qu'elles le seront au terme d'enchères publiques ou encore sur la base d'un tarif uniforme, il n'y a pas d'élément d'aide dès lors que ces modalités sont appliquées à l'identique à tous les opérateurs concernés »*[849]. Ainsi, pour être caractéristique d'une aide d'État, un renoncement putatif à des ressources d'État doit s'apprécier à la lumière de l'économie du système. La Cour, sur pourvoi, a confirmé cette solution en jugeant que, dans les conditions prévues par l'État pour la délivrance des licences, l'abandon de créance présentait un caractère inévitable[850].

462. À la lumière de ces considérations, la jurisprudence paraît se contredire[851]. *Mutatis mutandis*, dans l'ensemble de ces arrêts, qu'ils concernent les quotas ou les autorisations

---

[844] TPICE, 4 juillet 2007, *Bouygues et Bouygues Télécom/Commission*, T-475/04, Rec. p. II-2097, pts. 101-104 ; obs. C. GIOLITO, *Concurrences*, 2007, n° 4, p. 106.

[845] À savoir, la directive 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997, relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications (JO L 117 du 7 mai 1997, p. 15), et la décision n° 128/1999/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 1998, relative à l'introduction coordonnée dans la Communauté d'un système de communications mobiles et sans fil (UMTS) de troisième génération (JO L 17 du 22 janvier 1999, p. 1). Cette considération ne semble pas emporter une différence fondamentale dans l'analyse. D'ailleurs, le Tribunal vérifie, dans un premier temps, l'absence de discrimination,

[846] Décision de la Commission du 20 juin 2004, Aide d'État NN 42/2004 – France – Modification rétroactive des redevances dues par Orange et SFR au titre des licences UMTS (C(2004) 2647 final), spéc. pt. 35.

[847] TPICE, 4 juillet 2007, *Bouygues et Bouygues Télécom/Commission*, préc., pt. 99.

[848] *Ibid.*, pt. 106.

[849] *Ibid.*, pt. 110.

[850] CJCE, 2 avril 2009, *Bouygues et Bouygues Télécom/Commission*, C-431/07 P, Rec. p. I-2665, pt. 96 ; obs. J. DERENNE, *Concurrences*, 2009, n° 2, p. 163.

[851] En ce sens, W. MEDERER, N. PESARESI, M. VAN HOOF (dir.), *EU Competition Law – Volume IV – State Aid – Book one*, *op. cit.*, n°s 2.76-2.77, selon qui il existe, dans la pratique de la Commission et dans la jurisprudence,

d'occupation du domaine public, il était bien question des choix effectués par les États membres dans la définition des régimes de délivrance d'actes conférant des droits à des entreprises. Or, l'analyse de la condition de l'utilisation de ressources d'État est effectuée de deux façons fort différentes, ce qui tient au point de départ du raisonnement du juge. Dans la jurisprudence sur les quotas de NO_x, la Cour postule que les quotas étaient délivrés par ce dernier sans contrepartie concrète, alors qu'ils *auraient pu* être vendus, le cas échéant, aux enchères, si le régime avait été structuré autrement[852]. Elle ne se réfère, à aucun moment, au régime en vigueur le droit national, donc au fait que la délivrance normale se faisait à titre gratuit[853]. Elle lui substitue le présupposé abstrait du modèle préconçu de mécanisme d'échange de quotas. En revanche, dans les affaires sur les autorisations d'occupation du domaine public, le juge apprécie l'utilisation de ressources d'État à la lumière 'de la nature et de l'économie du système', c'est-à-dire de la réglementation applicable dans l'État membre, qui sert de base à ses qualifications[854]. Ce raisonnement qui tient compte des choix d'opportunité politique de l'État paraît plus mesuré : ces choix sont considérés pour ce qu'ils *sont*, et non pas pour ce qu'ils *pourraient être*.

463. Cette logique étant tout à fait transposable à la qualification des mécanismes de quotas, il paraît justifié de proposer une appréciation des mécanismes de quotas alternative à celle retenue par les institutions de l'Union, dans laquelle la délivrance onéreuse ne sert pas nécessairement de départ à la qualification. Il est ainsi possible de traiter la question de la manière suivante. Dans le contexte juridique dans lequel les mécanismes nationaux ont été adoptés, il n'existait en droit de l'Union aucun « système » dont la « nature ou l'économie » justifiait que les quotas soient accordés à titre onéreux[855]. Il était alors loisible aux États membres d'organiser librement, en droit national, un régime de délivrance à titre onéreux des quotas. Si l'État choisit de délivrer les quotas à titre gratuit, il conviendrait de partir du constat qu'il ne *doit* pas les vendre[856]. Dans l'hypothèse où un traitement dérogatoire est accordé à

---

deux positions contradictoires au sujet de la délivrance des actes donnant accès aux *« ressources contrôlées par l'État ou à certaines activités ou marchés »*, étant toutefois entendu qu'il n'est pas fait état de l'arrêt CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc.

[852] CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc.., pts. 106-112.

[853] W. MEDERER, N. PESARESI, M. VAN HOOF (dir.), *op. cit.*, n° 2.80.

[854] A. ALEXIS, « Droits exclusifs ou spéciaux et aides d'État », *op. cit.*, pp. 106 et s ; v., également, obs. L. IDOT sur CJCE, 2 avril 2009, *Bouygues et Bouygues Télécom/Commission*, préc., *Europe*, 2009, n° 6, comm. 241.

[855] On rejoint ici, dans une certaine mesure, l'argument selon lequel aucun principe général ni aucune pratique n'imposent la délivrance des quotas à titre onéreux : C. ARHOLD, « The 2007/2008 Case Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aid », *op. cit.*, pp. 447-448 ; M. LORENZ, « Emission trading : the State Aid dimension », *op. cit.*, p. 401.

[856] Il peut même en cela être soumis à des obligations de droit constitutionnel ou administratif national imposant une délivrance à titre gratuit (v. T. M. RUSCHE, « Emissions Trading », *op. cit.*, p. 379). Dans cette hypothèse, cette règle nationale peut servir de depart à la qualification.

l'occasion d'une délivrance de quotas — comme par exemple l'octroi d'un nombre de quotas plus important pour certaines entreprises par rapport à d'autres dans une situation comparable —, il n'y a pas d'abandon de ressources d'État car, en application du droit national, l'État ne s'est aucunement obligé à délivrer les quotas à titre onéreux. Le cas échéant, le principe d'égalité de traitement de droit national[857] ou du droit de l'Union[858] pourrait s'appliquer, mais pas le droit des aides d'État. En revanche, si l'État décide de vendre tout ou partie des quotas, un traitement sélectif des entreprises lors de la délivrance — notamment lorsque le prix des quotas et les conditions dans lesquelles ils sont délivrés ne sont pas les mêmes pour des entreprises dans une situation comparable — pourra donner lieu à des avantages susceptibles de relever du droit des aides d'État. En effet, dans cette configuration, il est possible d'admettre que ces avantages utiliseront des ressources d'État. L'État renonce à des recettes en exigeant un prix ou l'application de conditions qui ne sont pas ceux qu'il *doit* normalement appliquer en droit national. En somme, le conditionnel — il *aurait pu* — est alors abandonné. Le renoncement à percevoir des recettes sur certaines entreprises n'est plus, ici, purement spéculatif : il devient réel au regard de la réglementation nationale.

464. Au final, indépendamment de ces réflexions *de lege ferenda*, il ressort de la pratique de la Commission et de la jurisprudence que les institutions de l'Union se fondent sur un présupposé pour procéder à la qualification des mécanismes de quotas et que ce raisonnement fait tomber ces derniers dans le champ du droit des aides d'État lorsqu'ils sont fondés sur un régime de délivrance gratuite.

[857] Dans l'hypothèse où, en droit national le principe d'égalité existe sous la forme d'une norme opposable à une réglementation nationale instaurant un mécanisme de quotas.

[858] À la condition que les actes nationaux soient adoptés dans le champ du droit de l'Union, ce qui est admis pour l'application aussi bien des principes généraux du droit, dont le principe d'égalité fait partie (v. CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf/Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, 5/88, Rec. p. 2609, pt. 19 ; CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, C-299/95, Rec. p. I-2629, pt. 15 ; CJCE, 18 décembre 2008, *Sopropé*, C-349/07, Rec. p. I-10369, pt. 34) que pour les dispositions de la Charte, dont son article 20 (v. l'article 5, paragraphe 1, de la Charte).

Conclusion du Chapitre II

465. Il existe une pratique des institutions de l'Union qui consiste à qualifier des mesures nationales de la protection de l'environnement en s'écartant des seuls éléments du contexte juridique et factuel existant dans les ordres internes des États membres. L'identification de ces présupposés permet de compléter la présentation des éléments subjectifs de la qualification.

466. Cette pratique s'explique principalement par l'indétermination des critères délimitant le champ du droit des aides d'État. Les institutions chargées d'interpréter la catégorie d'aide utilisent des notions comme la « nature » des activités ou la « normalité » des charges environnementales, présentées comme des arguments d'autorité et donnant lieu à des appréciations en général faiblement motivées. Il n'en reste pas moins que ces notions leur permettent de déterminer quelles activités peuvent être prises en charge par l'État ou quels coûts environnementaux peuvent être imputés aux entreprises sans relever du champ du droit des aides.

467. Il est remarquable qu'il existe des présupposés spécifiques à certains de ces instruments seulement. Ainsi, les institutions peuvent partir de définitions préconçues des taxes environnementales et de la logique des exonérations fiscales au moment de contrôler des impôts. Elles utilisent également un présupposé relatif aux choix des États dans la définition du régime de délivrance des actes administratifs pour admettre par principe qu'un mécanisme d'échange de quotas gratuits constitue une aide d'État et ce, même si cette solution apparaît contraire à la jurisprudence antérieure.

468. À l'examen, ces éléments de justification se révèlent être les vecteurs des choix des institutions à l'occasion du contrôle des mesures de la protection du milieu naturel parmi les plus complexes. Bien que la logique interne de ces choix semble parfois liée à des considérations environnementales, elle est néanmoins difficile à appréhender et le droit positif laisse entrevoir des solutions qui peuvent paraître paradoxales. Ainsi, une exonération de taxe environnementale au profit des seuls producteurs d'énergie SER échappe à l'article 107 TFUE alors qu'un mécanisme d'échange de quotas visant à limiter des émissions polluantes constitue une aide pour les entreprises qui y sont soumises.

Conclusion du Titre II

469. La qualification des mesures environnementales au regard de la catégorie juridique d'aide d'État ne repose pas uniquement sur des constatations d'éléments juridiques et factuels existant réellement dans un ordre national. À ces opérations objectives de qualification s'ajoutent des éléments subjectifs, qui ne les remplacent pas, mais qui constituent autant de vecteurs de choix effectués par les institutions de l'Union.

470. La présence de ces opérations subjectives de qualification s'explique par le contenu des critères constitutifs de l'aide retenus par les institutions lors de l'interprétation de l'article 107 TFUE. Ces dernières se ménagent ainsi une marge d'appréciation au stade de la qualification, en particulier pour les instruments les plus complexes à qualifier. Leur présence s'explique pour partie par la difficulté de l'exercice imposé aux organes chargés de l'interprétation de la notion d'aide. On conviendra que l'application d'une notion à ce point générale à des mesures nationales diverses et complexes constitue une tâche ardue. Les éléments subjectifs permettent de la sorte des ajustements à la marge du champ du droit des aides sans hypothéquer l'avenir par des éléments plus contraignants de définition. Toutefois, ces ajustements nuisent à la connaissance précise de la notion d'aide dans le domaine environnemental, même s'ils ne sont pas systématiques. Cette orientation compromet la prétention à l'objectivité et par conséquent la sécurité juridique.

471. L'identification de ces éléments subjectifs permet de contribuer au débat doctrinal relatif à la catégorie juridique d'aide d'État. L'indétermination de cette dernière peut s'expliquer par les imperfections, mais aussi par les qualités intrinsèques de certains des critères de définition retenus par les institutions. L'analyse montre également qu'il pourrait exister des arbitrages entre les exigences de la protection de l'environnement et celles de la libre concurrence dès le stade de la qualification. En outre, les qualifications, lorsqu'elles sont itératives, sont susceptibles de constituer une contrainte externe sur les politiques environnementales dans la mesure où les États membres chercheraient à échapper à l'article 107 TFUE, en conformant à l'avance leurs mesures à la jurisprudence et à la pratique de la Commission. La qualification pourrait alors produire indirectement un effet de standardisation.

472. Néanmoins, ces arbitrages ne s'effectuent qu'à la marge lors de la qualification des mesures environnementales. Pour l'essentiel, la contrainte résultant du droit des aides découle

du régime juridique de l'aide d'État. L'étude de la portée de l'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement permet de le préciser.

PARTIE II) LA PORTÉE DE L'APPLICATION DU DROIT DES AIDES D'ÉTAT AUX MESURES DE PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

473. Les articles 107 et 108 TFUE, dont l'objet est d'organiser le contrôle des aides, contiennent des règles matérielles et de procédure dont les destinataires sont les États. Ainsi, dès lors que ces dispositions sont applicables à des mesures environnementales, leur légalité en droit de l'Union est conditionnée au respect d'un cadre juridique spécifique. L'étude des divers rapports juridiques entre les États membres et l'Union qui en découlent permet de préciser la portée de l'application des articles susmentionnés dans le domaine de la protection de l'environnement.

474. Si le droit des aides constitue le principal de cette étude, il faut toutefois indiquer qu'il sera fait référence à titre accessoire à la législation environnementale de l'Union et aux obligations qui en procèdent. On peut expliquer ce choix au regard de la position initiale de la Commission sur les moyens de la conciliation entre la protection de l'environnement et la garantie de la concurrence dans le marché intérieur, énoncée à l'époque où il apparaissait que l'émergence des politiques environnementales nationales et l'absence de leur coordination risquait d'engendrer des distorsions de concurrence.

475. Dans la communication annexée à une recommandation du Conseil de 1975[859], la Commission exposait la stratégie qu'elle comptait employer pour assurer cette conciliation. Si cette communication servait principalement à poser, faute de mieux, des principes non contraignants pour que les États s'efforcent d'imputer sur les mêmes bases les charges environnementales à leurs entreprises, elle indiquait par ailleurs une action sur deux plans. D'une part, la Commission signalait qu'elle appliquerait l'actuel article 107 TFUE aux aides publiques que les États seraient susceptibles de verser aux entreprises pour préserver leur compétitivité potentiellement affaiblie par les charges environnementales nouvelles[860]. D'autre part, elle précisait qu'il était indiqué de parvenir à *« une harmonisation de plus en plus poussée »* des normes environnementales car *« tant que ce ne sera pas chose faite, la question de l'imputation des coûts de la lutte contre la pollution ne sera pas complètement résolue sur le plan communautaire »*[861]. Cette position exprime une conception purement

[859] Communication de la Commission au Conseil relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement – Principes et modalités d'application, annexée à la recommandation du Conseil du 3 mars 1975 relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement, 75/436/Euratom, CECA, CEE, préc.
[860] *Ibid*., pt. 6 b).
[861] *Ibid*., pt. 4 c).

économique de la portée de la politique environnementale supranationale : si cette politique, on en conviendra, a pour objet la protection du milieu naturel, les normes communes qu'elle définit ont pour effet d'égaliser les conditions de concurrence dans le contexte de l'intégration économique, du moins lorsqu'elles ont pour destinataires les entreprises[862]. Elle est donc susceptible de favoriser l'intégration économique[863]. Aux fins de l'étude du droit des aides d'État, c'est sous cet angle que l'on entend envisager la politique environnementale de l'Union.

476. Au regard de ces considérations, si l'on suit la position d'origine de la Commission, il apparaît que le droit des aides et la politique environnementale de l'Union produisent un résultat commun : ils permettent d'égaliser les conditions de concurrence dans l'Union. Par ailleurs, il semblerait que la Commission entendait à l'époque qu'une harmonisation poussée des règles environnementales était concevable et qu'elle serait le moyen principal pour parvenir à concilier un niveau élevé de protection de l'environnement avec la libre concurrence dans le marché intérieur[864]. Le droit des aides, quant à lui, paraissait devoir être cantonné à la lutte contre les avantages artificiels que pourraient constituer les mesures compensatoires et les réductions de redevances accordées aux entreprises.

477. À cet égard, il paraît remarquable de relever, presque quarante ans plus tard, que l'étude du droit positif invite à infirmer cette façon de concevoir les effets respectifs de l'harmonisation environnementale et du droit des aides. Mieux, la perspective paraît devoir être inversée. D'un côté, l'harmonisation environnementale, du moins telle qu'elle existe en pratique, ne résout pas les problèmes de concurrence dans l'Union. Bien au contraire, elle pourrait les aggraver. Les obligations qui en procèdent peuvent conduire les États à adopter des aides publiques, nécessitant l'intervention du droit des aides dans le domaine harmonisé, ce qui engendre des relations à la fois originales et parfois fort complexes entre ces deux sources d'obligations du droit de l'Union. De l'autre côté, la Commission se révèle être très

---

[862] En ce sens, A. MATTERA, *Le marché unique européen – ses règles, son fonctionnement*, *op. cit.*, pp. 15 et s., spéc. pp. 19-20 ; V., également, et plus généralement, E. DE SABRAN-PONTEVÈS, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, *op. cit.*, spéc. p. 163.

[863] Les relations entre la protection de l'environnement et le marché intérieur peuvent être à cet égard complexes. Il est parfois soutenu qu'un des objets de l'harmonisation est d'éviter que les États ne favorisent la compétitivité du territoire national en abaissant le niveau de protection de l'environnement, ce qui aboutirait au « moins disant » environnemental : en ce sens, v. Y. JÉGOUZO, « L'impact du droit communautaire sur le droit français de l'environnement », *op. cit.*, pp. 669-670.

[864] Il s'agit d'une logique répandue qui ne concerne pas que la matière environnementale et que l'on retrouve généralement lorsqu'il est question de discuter de la concurrence entre les réglementations nationales : v., par exemple, P. DIBOUT, « Harmonisation ou concurrence fiscale ? », *in L'entreprise dans le marché unique européen*, Paris, La Documentation française, 1995, p. 327 ; certains auteurs précisent bien que seule une harmonisation poussée fait disparaître l'intérêt de la sanction des règles prescriptives du traité relatives au marché intérieur, dont les libertés de circulation : A. MAITROT DE LA MOTTE, *Droit fiscal de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 45.

active dans sa fonction de sanction de l'article 107 TFUE. Elle élabore sur cette base des règles spécifiques encadrant les mesures de protection de l'environnement ce qui pourrait, sous certains rapports, être apparenté à une forme d'harmonisation.

478. Pour vérifier ces propositions, il est nécessaire d'étudier les rapports juridiques entre les États et l'Union induits par l'application des articles 107 à 108 TFUE tout en tenant compte de ceux engendrés par la législation environnementale, ces derniers étant envisagés dans la mesure où ils sont utiles pour éclairer les premiers. À cette fin, il convient, dans un premier temps, de préciser les relations entre ces deux sources d'obligations découlant du droit de l'Union. On peut ainsi les distinguer, mais aussi apprécier comment les acteurs du droit ont cherché à résoudre les cas où la législation environnementale et le droit des aides s'appliquent cumulativement aux mêmes mesures environnementales. En somme, il est question de présenter les données principales de la coexistence du pouvoir de sanction de l'article 107 TFUE, envisagé ici comme un pouvoir d'encadrement dont la teneur est précisée, et du pouvoir d'harmonisation du législateur dans le domaine environnemental (Titre I). Dans un second temps, la législation environnementale est envisagée principalement au titre d'une comparaison : il s'agit d'expliquer à quelles conditions concrètes le droit des aides peut être à l'origine d'une forme de réglementation commune de la protection de l'environnement qui s'en approche. Sur ce point, on peut soutenir que c'est l'exercice extensif par la Commission de son pouvoir d'encadrement qui est la source d'une quasi-harmonisation du domaine environnemental (Titre II).

Titre I) La coexistence d'un pouvoir d'encadrement et d'un pouvoir d'harmonisation dans le domaine environnemental

479. Le droit des aides d'État et les actes adoptés sur la base de la compétence environnementale du législateur de l'Union coexistent dans l'ordre juridique supranational. Ils ont des effets similaires car ils contribuent tous deux à la disparition des distorsions de concurrence dans le marché intérieur, certes par des modalités différentes : le droit des aides interdit les avantages artificiels, tandis que la législation environnementale est susceptible d'égaliser les charges pesant sur les entreprises. Par ailleurs, ces deux sources d'obligations ne sont pas étanches et séparées, de sorte qu'elles peuvent entrer en relation. En particulier, leurs champs peuvent coïncider lorsqu'elles régissent cumulativement une même mesure environnementale nationale, de sorte qu'elles interagissent et, parfois même, peuvent entrer en conflit. Leur existence concomitante place alors les politiques environnementales nationales dans un cadre juridique caractérisé par la superposition de deux strates normatives qu'il convient d'envisager.

480. Il est proposé d'expliquer cette situation en envisageant la coexistence d'un pouvoir dit d'encadrement découlant du droit des aides et d'un pouvoir dit d'harmonisation découlant de la législation environnementale. Pour comprendre comment les relations entre ces pouvoirs s'organisent, il faut, tout d'abord, partir du fait qu'ils ne procèdent pas des mêmes sources, qu'ils ne donnent pas lieu aux mêmes actes et qu'ils ne produisent pas les mêmes effets contraignants. Il convient ainsi de débuter l'analyse en les distinguant (Chapitre I). Ensuite, et sur la base de cette distinction, il est possible d'envisager plus en détail les problèmes juridiques soulevés par la coexistence de ces deux pouvoirs et, en particulier, par leur application cumulative à une même mesure environnementale nationale. Afin d'envisager les effets de cette situation sur la portée du droit des aides, il s'agit d'étudier l'exercice du pouvoir d'encadrement dans le domaine harmonisé (Chapitre II).

Chapitre I) La distinction du pouvoir d'encadrement et du pouvoir d'harmonisation

481. En termes d'intégration économique, l'article 107 TFUE et la politique environnementale de l'Union se rejoignent dans la mesure où ils sont tous deux susceptibles d'assurer l'égalité des chances entre les entreprises dans le marché intérieur. Cette vision doit toutefois être à la fois précisée et nuancée. Tout d'abord, il faut bien admettre que les modalités par lesquelles ces deux sources de règles du droit de l'Union produisent leurs effets sont forts différents. En droit des aides d'État, le pouvoir de la Commission consiste à assurer l'effectivité de la règle de l'incompatibilité de l'article 107 TFUE et à interpréter ses dérogations en vue d'autoriser certaines mesures, en l'occurrence environnementales. La politique environnementale de l'Union, quant à elle, permet au législateur de définir des règles de la protection de l'environnement. L'égalisation des conditions de concurrence qu'elle induit n'est qu'un des effets des règles communes, du moins lorsque leur objet est d'imposer des normes aux entreprises. Par ailleurs, les relations entre ces deux pouvoirs s'avèrent assez complexes. D'un côté, le droit des aides pourrait influencer la façon dont est conçue la législation environnementale. De l'autre côté, la législation de l'Union ne résout pas tous les problèmes de concurrence dans le domaine environnemental. Bien au contraire, elle peut parfois créer les situations qui appellent l'application du droit des aides d'État.

482. Pour préciser ces divers aspects de l'étude, on peut proposer une distinction théorique de ces deux sources d'obligations élaborée en fonction du résultat concret qu'elles produisent sur les politiques environnementales des États membres : le droit des aides d'État encadre les mesures nationales, là où les compétences du législateur de l'Union les harmonisent. Plus précisément, le droit des aides d'État aménage un pouvoir de sanction qui appartient à la Commission et qui lui permet d'autoriser certaines mesures environnementales (Section I). Le pouvoir du législateur environnemental de l'Union procède différemment : il permet la définition de mesures environnementales communes (Section II).

Section I) L'encadrement, un pouvoir d'autoriser certaines mesures environnementales

483. Aux fins de la présente étude, le pouvoir de contrôle attribué à la Commission en vertu de l'article 108 TFUE est désigné comme un pouvoir d'encadrement, en ce sens qu'il produit avant tout des interdictions ou des autorisations. Cette terminologie peut être justifiée à la lumière des déterminants de ce pouvoir (I). Le fait qu'il soit cantonné à cette fonction d'interdiction et d'autorisation induit qu'il n'aboutit pas à obliger les États membres à adopter des mesures environnementales communes (II).

I) Les déterminants du pouvoir d'encadrement au regard des articles 107 et 108 TFUE

484. La définition du pouvoir dont dispose la Commission sur le fondement des articles 107 et 108 TFUE est ici défini en fonction de son résultat concret, c'est-à-dire des obligations qu'il fait peser sur les États membres. S'il est ici recouru aux termes de pouvoir d'encadrement, c'est en considération de ce qui constitue la base de ce pouvoir : en dernière analyse, la Commission est chargée du contrôle de l'application des exceptions à une règle prescriptive (A). De la sorte, l'effet contraignant qu'il produit paraît devoir être résumé à sa plus simple expression : le pouvoir d'encadrement soumet les États membres à des obligations de ne pas faire (B).

A) La base du pouvoir d'encadrement : le contrôle de l'application des exceptions à une règle prescriptive

485. Afin de définir ce que l'on entend par un pouvoir d'encadrement, il convient de partir du fait que le droit des aides d'État est tout entier organisé autour de la sanction de l'article 107 TFUE. Le raisonnement que celle-ci implique doit alors s'apprécier en fonction du contenu de cette disposition et, plus particulièrement, de la nature de la règle qu'elle contient. À cet égard l'article 107 TFUE contient, en son paragraphe premier, la règle de l'incompatibilité de principe des aides avec le marché intérieur. Il s'agit ainsi d'une obligation de ne pas faire ou, en d'autres termes, une règle prescriptive.

486. Cette remarque renseigne alors sur le raisonnement juridique qui structure l'application du droit des aides d'État par la Commission. Plus précisément, à partir de la

nature de règle prescriptive de l'incompatibilité, il est possible de présenter ce raisonnement comme s'organisant, de façon tout à fait classique, autour de deux opérations. En premier lieu, l'application du droit des aides d'État implique une qualification, c'est-à-dire la détermination de la nature juridique d'un fait à travers une opération de subsomption utilisant les critères de définition de la catégorie juridique pertinente. En d'autres termes, il s'agit de savoir si une mesure nationale donnée constitue une aide d'État en application des critères définis, ce qui a été largement décrit dans les développements qui précèdent. Cette première opération a pour conséquence, le cas échéant, de déclencher, en deuxième lieu, l'application d'un régime juridique, c'est-à-dire d'un complexe de règles qui est attaché à la catégorie concernée et qui régit la situation factuelle en cause[865]. À cet égard, en application de l'article 107 TFUE, toute mesure qualifiée d'aide est soumise, par principe, à la règle de l'incompatibilité.

487. De ce point de vue, la structure du droit des aides d'État ne se distingue guère, en dernière analyse, du raisonnement impliqué par la sanction des libertés de circulation : pour ces dernières, il est bien question de qualifier la mesure concernée pour savoir si elle constitue une entrave, ce qui déclenche, le cas échéant, l'application d'un régime juridique, également fondé sur une interdiction[866]. Cette présentation doit être complétée en précisant qu'il existe un autre point commun entre le droit des aides d'État et les dispositions relatives aux libertés de circulation : les interdictions qu'ils contiennent connaissent des exceptions. De même qu'une entrave peut être justifiée, une aide peut être déclarée compatible, notamment[867] sur la base du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE[868], en vertu duquel *« l'incompatibilité des aides étatiques avec le marché commun n'est ni absolue ni inconditionnelle »*[869]. Le régime juridique de l'aide, comme celui de l'entrave, n'est donc pas composé uniquement d'une obligation de ne pas faire, mais aussi de principes relatifs aux dérogations à cette obligation.

488. La différence principale entre les libertés de circulation et le droit des aides d'État ne se situe donc pas sur le terrain de la nature des règles qu'il s'agit d'appliquer et du

---

[865] Sur l'opération de qualification et ses conséquences, v. J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *op. cit.*, p. 263 ; C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, *op. cit.*, spéc. n° 31 ; *V°* « Qualification », *in* D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*

[866] *Comp.* B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*, 2012, n° 1, étude 1, selon qui les exigences impératives interviennent au stade de la qualification.

[867] L'alinéa 3 du paragraphe 2 de l'article 108 TFUE habilite le Conseil à adopter des décisions sur la compatibilité des aides.

[868] La compatibilité de plein droit des aides résultant du paragraphe 2 de l'article 107 TFUE n'appelle pas ici de commentaires particuliers car elle ne concerne pas la protection de l'environnement.

[869] CJCE, 16 décembre 1992, *Lornoy e.a./État belge*, C-17/91, Rec. p. I-6523, pt. 29 ; CJCE, 27 octobre 1993, *Scharbatke/Allemagne*, C-72/92, Rec. p. I-5509, pt. 19.

raisonnement qu'elles induisent. Elle doit plutôt être recherchée dans l'identification des organes chargés de leur sanction et les modalités de celle-ci. La sanction des libertés de circulation à l'encontre des États membres fait appel aux procédures générales du contrôle de leurs actes. Elle est ainsi assurée par la Cour saisie sur manquement dans les conditions des articles 258 et 260 TFUE. En raison de l'effet direct des libertés de circulation, elle est également garantie par le juge national dans les ordres juridiques internes, le cas échéant suite à une question préjudicielle en interprétation dans les formes définies à l'article 267 TFUE[870]. En revanche, si l'on s'attache uniquement à l'application de l'article 107 TFUE[871], l'interdiction des aides d'État, *« bien que bâtie elle aussi sur le schéma d'une règle générale prohibitive complétée par une série d'exceptions, n'est susceptible d'être appliquée qu'après une procédure communautaire décrite à l'article [108 TFUE] »*[872].

489. La sanction du droit des aides d'État relève en effet de modalités spécifiques[873]. En vertu du b) du paragraphe premier de l'article 3 TFUE, l'Union dispose, en matière de contrôle des aides, d'une compétence exclusive au sens du paragraphe premier de l'article 2 TFUE, dont *« [l']étendue et les modalités d'exercice »* sont déterminées, en vertu du paragraphe 6 de l'article 2 TFUE[874], par les articles 107 à 109 TFUE. Si l'on veut s'en tenir à l'essentiel de ce dispositif, il faut souligner qu'il est tout entier construit aux fins de la centralisation du contrôle de l'application des exceptions à la règle de l'incompatibilité des aides d'État, ce contrôle déterminant, *in fine*, la portée de cette règle[875]. Cette expression de « centralisation du contrôle de l'application des exceptions à la règle de l'incompatibilité des aides d'État » permet de respecter la structure du droit des aides qui repose sur une

---

[870] Sur ces procédures de contrôle des obligations des États membres, v. K. LENAERTS, « La systémique des voies de recours dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *in Mélanges en hommage à Georges Vandersanden*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 257, n°s 37 et s.

[871] La règle de l'incompatibilité contenue à l'article 107 TFUE n'est pas la seule règle prescriptive du droit des aides à destination des États puisque l'article 108 TFUE oblige ces derniers à notifier à la Commission tous les projets d'aides préalablement à leur mise en œuvre, sous peine d'illégalité de l'aide. Il s'agit là toutefois d'une obligation attachée à une modalité procédurale qui s'ajoute à l'article 107 TFUE et ne le remplace pas.

[872] J. MERTENS DE WILMARS, *op. cit.*, p. 24. Certains voient d'ailleurs, dans le pouvoir de contrôle des aides, une déclinaison spéciale de la mission générale de gardienne des traités de la Commission : C. BLUMANN, « De l'existence d'une politique communautaire des aides nationales », *op. cit.*, pp. 104-105 ; J.-P. KEPPENNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, *op. cit.*, n° 193.

[873] Sur ce cadre, v., notamment, K. LENAERTS, M. PITTIE, « Problématique générale de la procédure de contrôle des aides d'État », *in Les aides d'État en droit communautaire et en droit national*, *op. cit.*, p. 217.

[874] En vertu du paragraphe 6 de l'article 2 TFUE, *« [l]'étendue et les modalités d'exercice des compétences de l'Union sont déterminées par les dispositions des traités relatives à chaque domaine »*.

[875] On se contente donc de mentionner ici les dispositions du paragraphe 2 de l'article 108 TFUE, posant une obligation de notification préalable des projets d'aide, et qui permet à la Commission d'être dûment informée sur les agissements des États membres, ce qui sert avant tout à garantir l'efficacité de son pouvoir d'encadrement. De même, l'article 109 habilite le Conseil à adopter *« tous règlements utiles en vue de l'application des articles 107 et 108 »* TFUE. Ces règlements permettent de définir les règles procédurales appliquables à l'exercice du pouvoir d'encadrement et habilitent la Commission à adopter les règlements prévus au paragraphe 4 de l'article 108 TFUE qui déterminent les mesures échappant de plein droit au pouvoir d'encadrement.

interdiction de principe associée à un régime dérogatoire d'autorisation, mais aussi à la réalité assez variée de ce contrôle, qui va des cas où la Commission intervient de son propre chef en vue d'interdire à un État de verser une aide à ceux où les autorités nationales notifient une mesure à la Commission en vue de négocier une autorisation[876].

490. Au cœur de ce dispositif, la Commission dispose en effet des attributions essentielles. En vertu du paragraphe 4 de l'article 108 TFUE, elle peut, tout d'abord, sur habilitation du Conseil, adopter des règlements qui déterminent les conditions générales de la compatiblité de certaines catégories d'aides. Surtout, le paragraphe 2 de l'article 108 TFUE attribue à la Commission le pouvoir de se prononcer directement sur la compatibilité des aides d'État par voie de décision individuelle. C'est pourquoi la Cour juge, de manière constante, que *« l'appréciation de la compatibilité de mesures d'aides ou d'un régime d'aides avec le marché commun relève de la compétence exclusive de la Commission »*[877]. Elle en tire par ailleurs toutes les conséquences. Dans le contexte d'un recours en annulation dirigé contre une décision de la Commission, la Cour fait la distinction entre le contrôle de la qualification de la mesure, qui est entier[878], et le contrôle de l'appréciation de la compatibilité de l'aide, limité à l'erreur manifeste d'appréciation au motif que le juge ne saurait se substituer à la Commission dans l'exercice du pouvoir que lui confère le traité : au titre du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE, cette dernière institution jouit d'*« un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice implique des appréciations d'ordre économique et social qui doivent être effectuées dans un contexte communautaire »*[879]. En outre, c'est en considération de ce pouvoir et de la procédure qui y est attachée que la Cour a refusé de reconnaître un effet direct à l'article 107 TFUE[880], puisque cela reviendrait à amener le juge national à se prononcer sur la compatibilité de l'aide. L'office de ce dernier est ainsi cantonné au contentieux de la

---

[876] Sur la négociation permise par la procédure de l'article 108 TFUE, v. M. BAZEX, « Les traits généraux de la 'discipline communautaire des aides d'État' », *in* J.-M. THOUVENIN (dir.), *Droit international et communautaire des subventions – Le cas de l'aéronautique civile*, Paris PUF, 2001, n°s 22 et s.

[877] CJCE, 21 novembre 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e.a./France*, C-354/90, Rec. p. I-5505, pt. 14 ; CJCE, 11 juillet 1996, *SFEI e.a.*, préc., pt. 42 ; CJCE, 17 juin 1999, *Piaggio*, préc., pt. 31 ; CJCE, 23 mars 2006, *Enirisorse*, préc., pt. 52 ; CJCE, 18 juillet 2007, *Lucchini*, C-119/05, Rec. p. I-6199, pt. 52.

[878] CJCE, 16 mai 2000, *France/Ladbroke Racing et Commission*, préc., pt. 25 ; CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, préc., pt. 111 ; CJUE, 21 juin 2012, *BNP Paribas et BNL/Commission*, C-452/10 P, non encore publié au Recueil, pt. 100.

[879] CJCE, 17 septembre 1980, *Philip Morris/Commission*, préc., pt. 24 ; CJCE, 24 février 1987, *Deufil/Commission*, préc., pt. 18 ; CJCE, 21 mars 1991, *Italie/Commission*, C-303/88, préc., pt. 34 ; CJCE, 12 décembre 2002, *France/Commission*, C-456/00, préc., pt. 41 ; CJCE, 15 décembre 2005, *Unicredito Italiano*, préc., pt. 71.

[880] CJCE, 22 mars 1977, *Ianelli/Meroni*, 74/76, Rec. p. 557, pt. 12 ; CJCE, 22 mars 1977, *Steinike & Weinlig*, préc., pts. 9-10 ; CJCE, 16 décembre 1992, *Lornoy e.a./État belge*, préc., pt. 29 ; CJCE, 2 août 1993, *CELBI/Fazenda Pública*, C-266/91, Rec. p. I-4337, pt. 22 ; v., auparavant, CJCE, 15 juillet 1964, *Costa/E.N.E.L.*, 6/64, Rec. p. 1149, p. 1162.

récupération des aides et à la sanction de l'obligation de notification préalable contenue au paragraphe 3 de l'article 108 TFUE[881], laquelle garantit la centralisation du contrôle de l'application des exceptions à la règle de l'incompatibilité des aides d'État. Même dans l'hypothèse où l'application de cette dernière disposition impliquerait de poser, en cas de difficultés, une question préjudicielle en interprétation à la Cour, cette question ne peut avoir pour objet qu'un éclairage relatif à la notion d'aide et ne saurait porter sur la compatibilité avec le marché commun d'une aide d'État[882]. Enfin, si l'article 107 TFUE n'est, en lui-même, pas d'effet direct, il en va différemment des décisions de la Commission qui le concrétisent, lesquelles peuvent être invoquées devant le juge national[883].

491. En bref, le droit des aides d'État est construit, à titre principal, autour d'un pouvoir de contrôle de la Commission *« à la fois préalable […] exclusif [et] discrétionnaire »*[884], dont l'intégrité est préservée par la jurisprudence et dont l'objet est d'assurer l'application des exceptions à la règle de l'incompatibilité des aides d'État.

492. Au regard de l'ensemble de ces considérations, il est possible de soutenir que les traités ont institué un pouvoir[885] d'encadrement des aides qui appartient à la Commission. Il consiste, dans un cadre procédural particulier, à assurer, au moyen d'actes individuels, la sanction de la règle prescriptive de l'incompatibilité de l'aide et de ses exceptions. C'est sur la base de ces éléments qu'il est loisible d'aborder ce pouvoir sous un angle différent, en proposant une explication de la nature de la contrainte qu'il fait peser sur les politiques des États membres et, notamment, leurs politiques environnementales.

---

[881] CJCE, 21 novembre 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e.a./France*, pts. 8-14. V., dernièrement, CJCE, 12 février 2008, *CELF et ministre de la Culture et de la Communication*, C-199/06, Rec. p. I-469 ; CJCE, 11 mars 2010, *CELF et ministre de la Culture et de la Communication*, C-1/09, Rec. p. I-2099, pts. 24-30. V., généralement, sur l'office du juge national, Communication de la Commission relative à l'application des règles en matière d'aides d'État par les juridictions nationales (2009/C 85/01) (JO C 85 du 9 avril 2009, p. 1).

[882] CJCE, ordonnance du 24 juillet 2003, *Sicilcassa e.a.*, C-297/01, Rec. p. I-7849, pt. 47 ; CJCE, 23 mars 2006, *Enirisorse*, préc., pt. 52.

[883] CJCE, 19 juin 1973, *Capolongo/Azienda Agricola Maya*, 77/72, Rec. p. 611, pt. 6 ; CJCE, 22 mars 1977, *Steinike & Weinlig*, préc., pt. 10 ; J.-P. KEPPENNE, K. GROSS, « Quelques considérations sur le rôle du juge national dans le contrôle des aides d'État », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, *op. cit.*, p. 391, spéc. pp. 395-396. Il semble que cet effet direct soit uniquement « vertical ascendant », la Cour ayant tendance à aligner les règles de l'invocabilité des décisions sur celles des directives : CJCE, 7 juin 2007, *Carp*, C-80/06, Rec. p. I-4473, pts. 19-21 ; G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 10ème éd., Paris, Sirey, 2012, spéc. pp. 389-390.

[884] J.-P. KEPPENNE, K. GROSS, *op. cit.*, pp. 393-394.

[885] Est ici reprise la distinction classique entre compétence et pouvoir dans la doctrine selon laquelle, très schématiquement, la première expression désigne la présence d'une habilitation à agir de l'Union dans un domaine donné, tandis que la seconde vise les organes de l'Union et les actes qu'ils peuvent adopter dans l'exercice de cette habilitation : V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes – Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 68-85.

B) L'effet du pouvoir d'encadrement : la soumission des États à des obligations de ne pas faire

493. L'objet des présents développements est de préciser la portée du droit des aides d'État sur les politiques environnementales nationales par l'étude des obligations qui en découlent afin de les distinguer de celles issues de la politique environnementale de l'Union. En anticipant sur des développements à venir, on peut avancer que dans le contexte de cette politique, le législateur environnemental de l'Union peut se substituer aux États dans la définition de règles communes. De ce point de vue, les rapports juridiques nés de la sanction du droit des aides sont très différents de ceux issus de l'exercice par le législateur environnemental de l'Union de son pouvoir d'harmonisation : on en conviendra, ce droit repose principalement sur la règle de l'incompatibilité prévue à l'article 107 TFUE et la Commission dispose uniquement du pouvoir de contrôler l'application de ses exceptions. Elle n'est pas habilitée à poser des normes de la protection du milieu naturel mais seulement à interdire certaines mesures environnementales.

494. Il convient toutefois de noter une réelle difficulté dès lors que l'on cherche à dépasser cette première remarque pour approfondir l'analyse des rapports juridiques créés par l'application du droit des aides d'État dans le domaine environnemental. Il faut en effet tenir compte sur ce point des nombreuses propositions doctrinales relatives à la portée du droit des aides qui sont loin d'être univoques.

495. En premier lieu, on trouve dans certaines études de droit institutionnel des propositions évoquant au sujet du droit des aides d'État une « tutelle communautaire »[886] ou encore un « pouvoir d'autorisation » qui serait une déclinaison d'une « compétence de contrôle »[887]. Toutefois, elles n'en tirent pas des conséquences abouties en termes de rapports juridiques.

496. En deuxième lieu, de nombreuses études présentent cette question sous l'angle de la distinction entre l'intégration négative et l'intégration positive. Cette grille de lecture, issue de travaux de science économique[888], est en effet fréquemment utilisée dans la doctrine. Schématiquement, l'intégration positive réside dans l'attribution de compétences aux

---

[886] D. TRIANTAFYLLOU, *Des compétences d'attribution au domaine de la loi – Étude sur les fondements juridiques de l'activité administrative communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 46.

[887] G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 10ème éd., Paris, Sirey, 2012, p. 58.

[888] Sur cette origine, v. E. VON BARDELEBEN, *Le choix de loi au sein du marché intérieur - Libertés économiques de circulation et pluralité juridique étatique*, thèse, Paris Ouest Nanterre La Défense, 2009, nos 37-40 ; J. PINDER, « Positive Integration and Negative Integration : Some Problems of Economic Union in the EEC » (1968), reprod. *in* M. HODGES, *European Integration – Selected Readings*, Harmondsworth, Penguin Books, 1972, p. 124, spéc. pp. 125-127 ; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3ème éd., Paris, PUF, 2001, nos 18-23.

institutions de l'Union qui permet l'élaboration d'actions et de normes communes. En revanche, l'intégration négative procède de la sanction de certaines règles du traité, au premier chef desquelles les libertés de circulation consacrées au TFUE, qui permettent l'interdiction des entraves aux échanges économiques entre les États membres[889]. Cette classification présente donc un intérêt particulier aux fins de cette étude car elle se fonde sur la distinction entre l'application d'une interdiction contenue dans le traité, telle que celle contenue à l'article 107 TFUE, et le développement de règles communes, telles que celles issues de la législation environnementale de l'Union.

497. Toutefois, cette distinction pose elle-même certaines difficultés. En général, sont classées dans la catégorie de l'intégration négative des règles ayant valeur de droit primaire et consistant en des obligations de ne pas faire[890]. Cela peut expliquer que certains auteurs, qui semblent mettre l'accent sur la présence de la règle de l'incompatibilité de l'article 107 TFUE, rangent le droit des aides parmi les moyens de l'intégration négative[891]. Cependant, d'autres ont exprimé des doutes sur ce point, au motif que cette règle prescriptive s'accompagne de l'habilitation de la Commission, prévue à l'article 108 TFUE, à adopter des actes pour la sanctionner, ce qui permettrait le développement d'une politique. En conséquence, le droit des aides se trouverait plutôt au croisement de l'intégration négative et de l'intégration positive[892]. En outre, force est de constater que l'utilité de cette classification est parfois discutée. Dans certains travaux, son usage est limité à la description des

[889] L'analyse est souvent fondée sur la dialectique entre ces deux méthodes de l'intégration économique, en ce sens notamment que l'intégration négative précède souvent l'intégration positive et qu'elle l'oriente fonctionnellement : R. BIEBER ET AL., « Back to the Future : Policy, Strategy, Tactics of the White Paper on the Creation of a Single European Market », *in* R. BIEBER ET AL. (dir.), *1992 : One European Market ?*, Baden-Baden, Nomos, 1988, p. 13 ; P. CRAIG, « The Evolution of the Single Market », *in* C. BARNARD, J. SCOTT (dir.), *The Law of the Single European Market*, Oxford, Portland Or., Hart Publishing, 2002, p. 1, spéc. p. 2 ; P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law - Text, Cases and Materials*, 4ème éd., OUP, 2011, notamment pp. 581 et s. et pp. 687-689 ; A. MAITROT DE LA MOTTE, *Droit fiscal de l'Union européenne*, *op. cit.*, nos 40-43 et 45 ; J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur l'ordre juridico-économique de la Communauté européenne », *in* J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. VANDAMME (dir.), *Interventions publiques et droit communautaire*, Paris, Pedone, 1988, p. 15, spéc. pp. 35-36 ; S. WEATHERILL, « Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market », *in* C. BARNARD, J. SCOTT (dir.), *The Law of the Single European Market*, *op. cit.*, p. 41, spéc. p. 51.

[890] A. MAITROT DE LA MOTTE, *op. cit.*, spéc. n° 41 ; J. MERTENS DE WILMARS, *op. cit.*, p. 35 ; G. M. ROBERTI, « Le contrôle de la Commission des Communautés européennes sur les aides nationales », *AJDA*, 1993. 397, note 6 de bas de page 398.

[891] V., dans le domaine environnemental : P. WENNERÅS, « Towards an Ever Greener Union ? Competence in the Field of the Environment and Beyond », *CML Rev.*, 2008 (45), p. 1645, spéc. pp. 1655-1659 ; v., par ailleurs, A. MAITROT DE LA MOTTE, *op. cit.*, spéc. n° 46 ; C. U. SCHMID, « Diagonal Competence Conflicts between European Competition Law and National Regulation : A Conflict of Laws Reconstruction of the Dispute on Book Price-fixing », *European Review of Private Law*, 2000 n° 8, p. 155.

[892] G. M. ROBERTI, « Le contrôle de la Commission des Communautés européennes sur les aides nationales », *op. cit.*, p. 398 ; dans un ses proche, M. HEIDENHAIN(dir.), *European State Aid Law*, *op. cit.*, pp. 4-5. Il faut noter que d'autres auteurs distinguent l'intégration positive, l'intégration négative et les règles garantissant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur : K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, 3ème éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2011, nos 9–003-9–005.

dynamiques économiques à l'œuvre dans l'Union[893]. La classification elle-même à pu être mise en cause, au motif qu'elle ne *« paraît pas toujours d'une lumineuse clarté »*[894].

498. En troisième lieu, il existe d'autres propositions qui évoquent un « encadrement » lorsqu'il est question de désigner l'application des règles prescriptives du traité, en particulier dans les domaines non harmonisés par le droit dérivé de l'Union[895]. Cette expression peut même être substituée explicitement à celle d'intégration négative. Elle vise ainsi à décrire tant le processus que le résultat de la sanction des obligations de ne pas faire contenues dans le traité FUE à l'encontre des États membres[896]. Les auteurs qui utilisent cette notion en tirent parfois des explications en termes de compétences des rapports juridiques nés de la sanction des règles prescriptives. Il s'inspirent sur ce point de la jurisprudence de la Cour qui juge, en substance, avec une constance certaine, que *« quand bien même [certaines matières] relèvent de la compétence des États membres, ces derniers doivent, néanmoins, dans l'exercice [desdites compétences], respecter le droit de l'Union »*[897]. Il découlerait alors de cette jurisprudence une distinction fondamentale entre l'existence d'un titre de compétence et l'exercice d'une compétence[898]. Ainsi, l'attribution de compétences à l'Union entamerait le titre de compétence national dans le domaine considéré. La sanction des obligations de ne pas faire contenues dans le traité, quant à elle, ne remettrait pas en cause un titre de compétence

---

[893] V., par exemple, D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, n°s 18-23.

[894] C. BLUMANN, « De l'existence d'une politique communautaires des aides nationales », *in* C. BLUMANN (dir.), *Les aides nationales dans la Communauté européenne*, Publications de l'Université de Tours, 1987, p. 85, v. p. 86.

[895] En droit des aides d'État, v. D. TRIANTAFYLLOU, « La fiscalité façonnée par la discipline des aides d'État », *op. cit.*, spéc. p. 410 ; v., plus généralement ; K. LENAERTS, « L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences des États membres », *in Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 421 ; V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, 2003, L'Harmattan, n°s 343 à 368 ; J.-D. MOUTON, « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottmann », *RGDIP*, 2010, n° 2, p. 257, spéc. pp. 264 à 270 ; S. VAN RAEPENBUSCH, « L'avenir de la sécurité sociale face à la libre circulation des soins », *in Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, ÉUB, 2003, p. 579, v. p. 579. Le terme d'encadrement a été traduit, dans la langue anglaise, par des déclinaisons du verbe *to frame* : K. LENAERTS, « Federalism and the Rule of Law – Perspectives from the European Court of Justice », *Fordham Int'l L.J.*, 2010 (5), p. 1338, spéc. les intitulés des I) et II).

[896] K. LENAERTS et L. BERNARDEAU, « L'encadrement communautaire de la fiscalité directe », *CDE*, 2007, n° 1-2, p. 19, n°s 15-17.

[897] Une formule de cet ordre peut être trouvée dans certaines affaires faisant application du droit des aides d'État dans le domaine fiscal : CJCE, 15 juillet 2004, *Espagne/Commission*, C-501/00, Rec. p. I-6717, pt. 123 ; TPICE, 27 janvier 1998, *Ladbroke Racing/Commission*, T-67/94, Rec. p. II-1, pt. 54. Elle se retrouve toutefois principalement lors de l'application des libertés de circulation : v., par exemple, dans les domaines les plus divers : CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti e.a.*, C-369/90, Rec. p. I-4239, pt. 10 ; CJCE, 14 février 1995, *Schumacker*, C-279/93, Rec. p. I-225, pt. 21 ; CJCE, 28 avril 1998, *Decker*, C-120/95, Rec. p. I-1831, pt. 23 ; CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, Rec. p. I-11613, pt. 25 ; CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne/Royaume-Uni*, C-145/04, Rec. p. I-7917, pt. 78 ; CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, C-135/08, Rec. p. I-1449, pts. 41 et 45.

[898] Étant entendu que cette explication en termes de compétences se retrouve aussi chez des auteurs évoquant l'intégration négative : P. CARO DE SOUSA, « Negative and Positive Integration in EU Economic Law: Between Strategic Denial and Cognitive Dissonance ? » *German Law Journal,* 2012, n° 8, p. 979, v. p. 984.

dans un domaine considéré, mais limiterait uniquement l'exercice de la compétence nationale[899]. Des auteurs vont parfois plus loin dans cette présentation en termes de compétences, par exemple en soutenant que l'application des libertés de circulation aboutirait, au même titre que l'harmonisation, à une forme de préemption de la compétence nationale concernée[900].

499. Au regard de l'importante diversité des propositions doctrinales, il convient d'opérer un choix. Celui-ci étant d'ordre purement théorique puisqu'il est question de choisir une notion utile pour la description du droit positif[901], il s'agit avant tout de préférer l'expression qui conviendrait le mieux aux fins des présents développements.

500. Tout d'abord, sur le plan terminologique, et notamment en raison de la critique susmentionnée relative à la clarté de la distinction entre intégration négative et intégration positive, il est ici préféré d'évoquer un « encadrement » des mesures de la protection de l'environnement par le droit des aides d'État. Au même titre que les auteurs qui l'utilisent, on entend par là tant le processus que le résultat de la sanction des règles prescriptives contenues dans le traité FUE à l'encontre des États membres dans un domaine déterminé.

501. En revanche, il ne sera pas recouru à des explications de ces rapports juridiques utilisant la notion de compétence. Ce choix paraît justifié au regard des travaux relatifs à la notion de compétence dans le discours théorique sur le droit : cette notion permet de rendre compte de l'existence de normes dont la particularité est de poser les critères de la modification de l'ordonnancement juridique[902]. De ce point de vue, il n'est pas certain que les

---

[899] L. AZOULAI, « The 'Retained Powers' Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as Total Law ? », *European Journal of Legal Studies*, 2011, n° 2, p. 192, spéc. pp. 194-195 ; L. BOUCON, « Deconstructing Federalism through Retained Powers of States: The European Court of Justice Middle Ground Approach Analyzed in the Light of the American Federal Experience », *in* L. AZOULAI, L. BOUCON, F.-X. MILLET, *Deconstructing EU Federalism through competences*, EUI Working Paper LAW 2012/06, disponible sur http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/21298/LAW_2012_06_Rev2.pdf, p. 23, spéc. p. 29 ; J.-S. BERGÉ, S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen*, 2ème éd., Paris, PUF, 2011, n° 662, en relation avec les nos 129-130. K. BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, Athènes/Bruxelles, Sakkoulas/Bruylant, 1999, spéc. pp. 219-221 ; V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », *Rép. communautaire Dalloz*, n° 168 ; K. LENAERTS, « L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences des États membres », *op. cit.,* nos 7-8 ; V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, Paris, L'Harmattan, 2003, spéc. n° 343 ; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, nos 89-93.

[900] T. KONSTADINIDES, *Division of Powers in European Union Law - The Delimitation of Internal Competence between the EU and the Member States*, Austin/Alphen-sur-le-Rhin, Wolkers Kluwer Law & Business/Kluwer Law International, 2009, pp. 169-179. Sur la doctrine de la préemption, v., notamment, R. SCHÜTZE, « Supremacy without Pre-emption ? The very slowly emergent Doctrine of Community Pre-emption », *CML Rev.*, 2006 (43), p. 1023, spéc. pp. 1023-1024, de sorte que l'on voit mal en quoi elle pourrait expliquer l'application des règles prescriptives.

[901] Y. LAURANS, *Recherches sur la catégorie juridique de constitution et son adaptation aux mutations du droit contemporain*, *op. cit.*, pp. 86-90.

[902] *Ibid*., pp. 78-79. On pense notamment à la distinction entre normes primaires et secondaires suggérée par H. L. A. HART, *Le concept de droit*, 1961, trad. M. VAN DE KERCHOVE ET AL., Bruxelles, Publications des

rapports juridiques issus de l'application du droit des aides dans le domaine environnemental gagnent à être expliqués en termes de compétence.

502. En effet, le recours au vocabulaire de la prescription semble suffire à rendre compte de la réalité des rapports juridiques issus du droit des aides. Tout d'abord, qu'il s'agisse de la notification préalable de l'article 108 TFUE ou de l'incompatibilité prévue à l'article 107 TFUE, les règles s'adressant aux États sont des obligations de ne pas faire. En outre, le résultat de l'exercice du pouvoir d'encadrement est l'adoption d'une décision de la Commission qui concrétise la règle de l'incompatibilité et apprécie ses exceptions pour en définir la portée dans des cas individuels. Les règles obligatoires pour les États sont donc aussi celles qui sont contenues dans le dispositif de ces décisions[903]. Or, dans toutes les hypothèses envisageables[904], le contenu de ce dispositif peut être résumé en termes de règles prescriptives. Si le dispositif de la décision de la Commission contient un article admettant l'absence d'aide, la mesure échappe au champ de l'interdiction. Si cet article reconnaît qu'une aide environnementale est compatible, le cas échéant suivant certaines condition, la mesure concernée relève d'une des exceptions à l'interdiction des aides. Si la Commission considère que la mesure nationale en cause est une aide environnementale incompatible, elle ne fait que confirmer l'interdiction faite à l'État, en vertu de l'article 107 TFUE, de la mettre en œuvre. Dans l'hypothèse où l'aide a déjà été versée, l'État devra récupérer l'aide afin d'assurer l'effectivité de l'interdiction. En tout état de cause, aucune de ces hypothèses ne paraît pouvoir être comprise en termes d'habilitation à modifier l'ordonnancement juridique.

503. Il est vrai que le pouvoir d'encadrement est basé sur une compétence exclusive de l'Union, ce qui pourrait fonder une explication de ses effets en termes de perte corrélative de compétence nationale. Toutefois, l'hypothèse d'une violation de la compétence exclusive en matière d'aides paraît devoir être réservée à un cas très particulier. Au regard du paragraphe 2

---

facultés universitaires Saint-Louis, 1976, pp. 103 et s. ; *comp*. N. BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », *in* N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit – recueil de textes*, trad. M. GUÉRET, C. AGOSTINI (collab.), Louvain/Paris, Bruylant/LGDJ, 1998, p. 159 ; v., sur les normes primaires et secondaires et, plus généralement, sur l'intérêt du concept théorique de norme de compétence ou « d'habilitation » : G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, 2006, Paris, Dalloz, n°s 116 et s., notamment 184 et s., 369 et s. et 563 et s.

[903] En effet, si, dans le contexte du recours en annulation, le dispositif d'un acte est indissociable de sa motivation (CJCE, 15 mai 1997, *TWD/Commission*, C-355/95 P, Rec. p. I-2549, pt. 21), seul le dispositif d'une décision de la Commission est susceptible de produire des effets juridiques obligatoires : TPICE, 20 novembre 2002, *Lagardère et Canal+/Commission*, T-251/00, Rec. p. II-4825, pt. 67 ; TPICE, 4 mars 2009, *Tirrenia di Navigazione/Commission*, T-265/04, T-292/04 et T-504/04, Rec. p. II-21*, Pub.somm. pt. 64 ; Trib. UE, 24 mars 2011, *Freistaat Sachsen e.a./Commission*, T-443/08 et T-455/08, Rec. p. II-1311, pt. 223.

[904] Sur les catégories de décisions individuelles en matière d'aides, v. règlement (CE) nº 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JO L 83 du 27 mars 1999, p. 1), tel que modifié par le règlement (UE) n° 734/2013 du Conseil du 22 juillet 2013, modifiant le règlement (CE) n° 659/1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE (JO L 204 du 31 juillet 2013, p. 15), article 7, paragraphes 2-5.

de l'article 108 TFUE, l'habilitation exclusive en matière de droit des aides confère à la Commission le pouvoir de *« constat[er] qu'une aide accordée par un État ou au moyen de ressources d'État n'est pas compatible avec le marché intérieur aux termes de l'article 107 »*. Aussi, la violation de la compétence exclusive de la Commission devrait-elle être constituée dans la seule hypothèse où un organe d'un État membre constaterait qu'une mesure nationale de la protection de l'environnement est compatible avec le marché intérieur, en prétendant interpréter l'article 107 TFUE[905]. Dans ce cas uniquement, on pourrait admettre que cette autorité nationale se soit substituée à la Commission dans sa compétence de contrôle de l'application des exceptions à la règle prescriptive de l'incompatibilité des aides, violant ainsi la règle du paragraphe premier de l'article 2, lue en combinaison avec celle du b) du paragraphe premier de l'article 3 TUE, selon laquelle l'Union dispose d'une compétence exclusive en matière de concurrence.

504. On peut ainsi se ranger à la position des auteurs qui soutiennent que l'analyse de la sanction des règles prescriptives du droit primaire *« gagne certainement à être faite d'avantage en termes d'obligation qu'en termes de compétence »*[906] et présentent la contrainte issue du droit des aides en termes d'interdictions ou d'obligations de ne pas faire[907]. Au regard de l'ensemble de ces considérations, il paraît justifié de qualifier le pouvoir de la Commission de « pouvoir d'encadrement ». Son objet est de contrôler l'application des exceptions d'une obligation de ne pas faire, c'est-à-dire de déterminer la portée d'une règle prescriptive. À partir de ces éléments, il convient à présent de souligner que ce pouvoir ne permet en aucun cas d'obliger les États à adopter des normes environnementales communes.

---

[905] De ce point de vue, on peut s'interroger sur la motivation de la Cour dans l'arrêt *Lucchini* : elle a considéré qu'une juridiction nationale avait violé la compétence exclusive de la Commission, alors que cette juridiction avait jugé — certes au mépris d'une décision de la Commission — que l'entreprise bénéficiaire avait le droit à une somme d'argent *sur le fondement d'une loi nationale*, sans mentionner les dispositions pertinentes de droit primaire : CJCE, 18 juillet 2007, *Lucchini*, préc., pts. 26 et 62 ; obs. D. SIMON, *Europe*, 2007, n° 10, comm. 235 ; obs. F. DONNAT, « Chronique annuelle 2007 de jurisprudence communautaire », *RJEP*, 2008, n° 655, v. n° 14.

[906] V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes – Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, *op. cit.*, p. 105 ; v., dans le même sens, p. 120.

[907] A. MAITROT DE LA MOTTE, *Souveraineté fiscale et construction communautaire – Recherche sur les impôts directs*, *op. cit.*, n° 65 ; *Droit fiscal de l'Union européenne*, *op. cit.*, spéc. n° 41. Il arrive parfois également que le considérant de principe de la Cour susmentionné soit traduit comme l'expression d'une obligation de ne pas faire : M. WATHELET, « Direct Taxation and EU Law : integration or disintegration ? », *EC Tax Rev.*, 2004, n° 1, p. 2. Certains auteurs paraissent hésitants : A. MATTERA, *Le marché unique européen – ses règles, son fonctionnement*, 2ème éd., Paris, Jupiter, 1990, pp. 254-256 et p. 402 : lequel, en matière de libre circulation des marchandises, évoque *« la théorie des 'compétences résiduelles' »*, en même temps que la *« liberté surveillée »*.

II) L'impossibilité d'imposer des mesures environnementales communes par le pouvoir d'encadrement

505. Présenter le pouvoir d'encadrement comme produisant uniquement des obligations de ne pas faire pourrait amener à croire que, par nature, celui-ci ne puisse jamais aboutir à la définition de règles environnementales communes aux États membres. Néanmoins, il convient de nuancer cette analyse. En effet, certains aspects du contrôle des aides auraient pu aboutir à ce que la Commission définisse un niveau commun de protection de l'environnement. Si, en l'état du droit positif, cette possibilité est exclue, c'est avant tout parce que les institutions de l'Union se sont interdites de procéder à des comparaisons entre les États membres (A). Sur la base de cette limite, il est possible de préciser l'articulation fonctionnelle entre le pouvoir d'encadrement des mesures environnementales et le pouvoir d'harmonisation de ces mêmes mesures (B).

A) L'exclusion des comparaisons entre les États membres

506. Le droit des aides d'État a pour objet d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur en interdisant aux États membres d'accorder des avantages qui favorisent certaines entreprises établies sur leur territoire. Or, l'appréhension des avantages qui peuvent être contenus dans les mesures environnementales est susceptible d'analyses divergentes.

507. À cet égard, il est possible de se référer à certaines études de science économique qui développent généralement une conception de l'avantage bien plus large que celle résultant de l'interprétation de l'article 107 TFUE[908]. En particulier, on peut s'en remettre aux travaux l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) relatifs au principe du pollueur-payeur. Ils paraissent particulièrement pertinents car ce principe, dans une perspective économique, est conçu comme un principe du commerce international permettant de concilier le développement de politiques de protection de l'environnement et le libre échange entre les États[909].

508. Certaines des recommandations adressées par l'OCDE aux pays membres ont ainsi traité des problèmes que posent les disparités des politiques environnementales sur le commerce et la concurrence internationale. Selon ces recommandations, l'avantage pour les

[908] L. RUBINI, *The Definition of Subsidy and State Aid : WTO and EC Law in Comparative Perspective*, *op. cit.*, pp. 4 et 92.

[909] Dans l'esprit de l'OCDE, le principe du polleur-payeur est avant tout et *« un principe de politique économique plus qu'un principe juridique »* OCDE, GD(95)124, *Principes et concepts environnementaux*, 1995, pt. 33 ;

entreprises découlant de ces disparités peut être analysé à deux niveaux. Tout d'abord, l'OCDE invite les pays membres à ne pas soulager les entreprises du coût du respect de la protection de l'environnement. Ces pays devraient ainsi s'abstenir de verser des subventions aux entreprises pour qu'elles s'adaptent aux normes environnementales qu'ils adoptent. Il s'agit là d'une première acception de l'avantage qui correspond en somme à celle d'aide publique[910]. Par ailleurs, l'OCDE indique que la protection de l'environnement doit amener les pays membres à mettre à la charge des entreprises le coût de la pollution[911]. Elle les invite pour cela à appliquer le principe du pollueur-payeur qui devrait constituer une référence pour développer les politiques environnementales sur une base commune. Le principe contient ainsi des règles visant à définir l'imputation des coûts environnementaux, mais aussi une définition abstraite de ces coûts[912]. Si l'OCDE cherche à définir un tel principe commun, c'est parce que les différences entre les politiques environnementales nationales peuvent engendrer des perturbations dans les échanges internationaux, du moins lorsqu'elles ne sont pas justifiées par des différences de l'état du milieu naturel au niveau local[913].

509. Cette analyse indique ainsi que les disparités entre les législations nationales pourraient constituer des avantages, en particulier si elles aboutissent à ce que certains États n'imputent pas aux opérateurs économiques les charges environnementales liées à leurs activités[914].

510. Ces quelques éléments relatifs à la définition économique de l'avantage sont importants car des analyses de cet ordre ont été avancées par des acteurs du droit des aides

---

[910] OCDE C(74)223, préc., II. pts. 1 à 4 et III. pts 1 et 2 ; v., également, OCDE, GD(95)124, préc., pt. 35.

[911] OCDE C(72)128, préc., pts. 2-3 ; les travaux de l'OCDE comprennent d'ailleurs généralement des avis sur le choix des instruments de la protection de l'environnement et le recours aux instruments économiques : OCDE, « Note sur la mise en œuvre du Principe pollueur-payeur », *in* OCDE, *Le principe pollueur-payeur, définition, analyse, mise en œuvre*, *op. cit*., pp. 13 ; « Le Principe pollueur-payeur et les instruments d'allocation des coûts d'environnement », *in ibid.*, p. 20 ; recommandation du Conseil 31 janvier 1991 sur l'utilisation des instruments économiques dans les politiques de l'environnement, C(90)177(Final).

[912] Au fil du temps, cette organisation internationale invite les États a procéder à une internalisation non plus seulement partielle, mais totale des coûts environnementaux. N'étaient mentionnés au départ que *« les coûts des mesures de prévention et de lutte contre la pollution »* (OCDE C(72)128, préc., pt. 4). Par la suite, l'OCDE à indiqué qu'il conviendrait d'imputer également les coûts administratifs connexes, puis ceux des pollutions accidentelles (recommandation du Conseil sur l'application du principe pollueur-payeur aux pollutions accidentelles, 7 juillet 1989, OCDE C(89)88 Final) et, enfin, le coût des dommages résiduels, c'est-à-dire ceux causés par la pollution d'un agent alors même qu'il a respecté l'ensemble des règles environnementales qui lui sont applicables, notamment par le renforcement des règles de la responsabilité civile (OCDE C(90)177 Final, préc., v. premier considérant). À ce sujet, v. E. DE SABRAN-PONTEVÈS, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, *op. cit.*, pp. 195 à 210 ; X. THUNIS, N. DE SADELEER, « Le principe pollueur-payeur : idéal régulateur ou règle de droit positif ? », *Aménagement-Environnement*, 1995, n° spécial, p. 3, spéc. v. pp. 3 et 4 ; H. SMETS, « Examen critique du principe pollueur-payeur », *in Études en hommage à Alexandre Kiss*, Paris, éd. Frison-Roche, 1998, p. 79, spéc. pp. 82 à 86.

[913] V. l'annexe à la recommandation du Conseil sur les principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international, OCDE C(72)128, pts. 6-10.

[914] E. DE SABRAN-PONTEVÈS, *op. cit.*, p. 163.

d'État. Dans le contexte du raisonnement formalisé qui structure l'exercice du pouvoir d'encadrement, ces analyses interviennent au stade de la qualification des mesures en cause et, plus précisément, de l'appréciation de la sélectivité de l'avantage. À cet égard, il faut rappeler que l'application de cette condition appelle une comparaison : un traitement réservé à certains opérateurs n'apparaît avantageux que par rapport à celui réservé à d'autres entreprises[915]. Or, certains États membres ont tenté de faire échapper leurs législations nationales au champ de l'article 107 TFUE en se fondant sur les disparités des législations environnementales nationales dans l'Union. Plus précisément, ils ont proposé de comparer la situation des entreprises nationales avec celle des entreprises établies en dehors de leur territoire. De cette façon, ils ont essayé de présenter des mesures litigieuses comme des sortes de compensation des distorsions de concurrence par rapport aux pratiques supposément laxistes d'autres États membres[916].

511. Ainsi, dans deux affaires dont avait à connaître la Commission, étaient en cause des réductions de taxes environnementales sur l'énergie accordées à certains secteurs industriels. Elles étaient motivées par la préservation de la compétitivité d'entreprises dont la consommation d'énergie particulièrement élevée emportait une charge fiscale importante. Il était soutenu par les États que les entreprises des secteurs exonérés ne tiraient aucun avantage de ce traitement dérogatoire : malgré la réduction d'impôt consentie, les charges fiscales sur l'énergie des entreprises bénéficiaires de la réduction d'impôt restaient plus importantes que celles subies par les entreprises concurrentes des autres États membres[917]. Or, dans ces deux décisions, la Commission a refusé de tenir compte des différences de législations entre les États membres. En droit des aides d'État, la situation des entreprises nationales n'a pas vocation a être comparée à celle des entreprises établies sur le territoire d'autres États

[915] L'appréciation de la sélectivité consiste en effet, rappelons-le, à vérifier « *si, dans le cadre d'un régime juridique donné, une mesure nationale est de nature à favoriser 'certaines entreprises ou certaines productions' au sens de l'article [107], paragraphe 1, du traité [FUE]* par rapport à d'autres entreprises *se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable au regard de l'objectif poursuivi par la mesure concernée* » : CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline*, préc., pt. 41, souligné par nous.

[916] Ces propositions semblent trouver des relais dans la doctrine, certains auteurs pouvant douter que des mesures compensatoires de ce genre devraient constituer des aides : v. J. JANS, « State Aid and Articles 92 and 93 of the EC Treaty: Does the Polluter Really Pay ? », *EELR*, 1995, n° 4, p. 108, spéc. p. 109. Pour une position proche, selon laquelle de telles mesures réinstaurent un équilibre concurrentiel, v. G. BRANTON, « Environmental Aid : a Case for Fundamental Reform (1) », *EStAL*, 2006, n° 4, p. 729, spéc. p. 730.

[917] Décision 2005/468/CE de la Commission du 30 juin 2004, relative au régime d'aides mis en œuvre par la Suède pour l'exonération de la taxe sur l'énergie du 1er janvier 2002 au 30 juin 2004 (JO L 165 du 25 juin 2005, p. 21), pts. 21-22.

membres aux fins de l'appréciation d'un avantage[918], car un tel alignement des charges ne fait pas échapper une mesure à l'article 107 TFUE[919].

512. Le Tribunal a répondu en des termes similaires dans l'arrêt *CETM/Commission* au sujet d'un régime d'aides environnementales pour la rénovation du parc automobile. L'État membre en cause contestait la présence d'un avantage au motif que les entreprises des autres États membres, qui étaient exclues *de facto* du bénéfice de cette aide, avaient accès à des conditions de crédit plus favorables dans leurs États d'origine[920]. Or, le juge a répondu que cette considération ne saurait justifier un allègement des charges découlant normalement du marché, car *« une intervention publique ne saurait échapper à la qualification d'aide au sens de l'article [107, paragraphe 1], du traité au motif que, nonobstant l'avantage qu'elle a procuré à ses bénéficiaires, ceux-ci n'auraient, malgré tout, pas été placés dans une position aussi favorable que celle de leurs concurrents des autres États membres »*[921].

513. Ces décisions renseignent sur un aspect précis du contrôle des aides : la délimitation du cadre géographique de référence pertinent pour apprécier l'existence d'avantages sélectifs est uniquement celui de l'État membre concerné. S'il ne s'agit pas d'une spécificité du domaine environnemental, puisqu'il ressort d'une jurisprudence constante que l'avantage *« se détermine par comparaison avec d'autres entreprises du même État membre et non avec des entreprises d'autres États membres »*[922], elle induit une limitation très importante du pouvoir d'encadrement des politiques environnementales nationales. Ce pouvoir ne peut servir à contrôler directement les distorsions de concurrence qui procèdent des variations de standards de protection de l'environnement entre les États membres[923].

---

[918] *Ibid.*, pt. 38.

[919] Décision 2010/402/UE de la Commission du 15 décembre 2009, concernant le régime d'aide « exonération des taxes environnementales accordée aux fabricants de céramique » que les Pays-Bas envisagent de mettre à exécution – C 5/09 (ex N 210/08) (JO L 186 du 20 juillet 2010, p. 32), pt. 40. V., également, décision 2008/715/CE de la Commission du 11 mars 2008, relative à une aide d'État allemande sous la forme d'une exonération de la taxe sur les huiles minérales pour les entreprises pratiquant la serriculture (JO L 238 du 5 septembre 2008, p. 10), pt. 35.

[920] TPICE, 29 septembre 2000, *CETM/Commission*, pt. 66.

[921] *Ibid.*, pt. 85.

[922] CJCE, 11 novembre 2004, *Espagne/Commission*, C-73/03, non publié au Recueil, pt. 28 ; v., également, CJCE, 10 décembre 1969, *Commission/France*, 6/69 et 11/69, Rec. p. 523, pt. 21 ; CJCE, 2 juillet 1974, *Italie/Commission*, 173/73, préc., pts. 36-39 ; CJCE, 19 mai 1999, *Italie/Commission*, préc., pt. 21 ; CJCE, 3 mars 2005, *Heiser*, C-172/03, Rec. p. I-1627, pt. 54 ; CJCE, 29 avril 2004, *Italie/Commission*, C-298/00 P, Rec. p. I-4087 ; CJUE, 9 juin 2011, *Comitato "Venezia vuole vivere" e.a./Commission*, préc., pt. 95.

[923] V., par analogie, TPICE, 1er juillet 2004, *Salzgitter/Commission*, T-308/00, Rec. p. II-1933, pt. 81 : le juge a refusé de procéder à des comparaisons entre les États car *« en l'absence d'harmonisation au niveau communautaire des dispositions fiscales des États membres, cet examen reviendrait à comparer des situations factuelles et juridiques différentes qui résultent de disparités législatives ou réglementaires entre les États membres »* ; le pourvoi à l'encontre de cet arrêt n'a pas remis en cause cette constatation : CJCE, 22 avril 2008, *Commission/Salzgitter*, C-408/04 P, Rec. p. I-2767. Il ne faut pas en conclure pour autant que la qualification d'une mesure au regard de l'article 107 TFUE exclut tout élément transnational. Les institutions de l'Union

514. Pour bien comprendre les enjeux du refus des comparaisons entre les États membres, il est possible de présenter les conséquences qu'aurait eu la solution inverse. Celle-ci doit être considérée en ayant à l'esprit que l'appréciation de la sélectivité des avantages repose sur une opération intellectuelle consistant à comparer les traitements juridiques des catégories d'entreprises considérées. Or, toute comparaison nécessite le choix d'un référent. Si les institutions de l'Union avaient choisi de réaliser des comparaisons entre des collectivités publiques disposant de compétences normatives autonomes, il leur aurait donc fallu disposer d'un référent commun à plusieurs collectivités[924]. Une telle option pourrait déboucher sur l'érection des standards de protection de l'environnement d'un État comme référent à l'appréciation d'avantages sélectifs : tout standard moins exigeant pour les entreprises deviendrait ainsi une aide d'État. Il pourrait en résulter une incitation, pour les États membres, à adopter un niveau commun de protection de l'environnement.

515. En droit des aides d'État, le cas particulier de la sélectivité dite régionale des aides de nature fiscale peut éclairer cette analyse. Elle concerne la situation des État membres dont les collectivités infra-étatiques disposent d'une autonomie pour définir certains impôts. Ces dernières peuvent alors pratiquer, à l'échelle de leur territoire, un niveau de charges fiscales différent de celui prévu par d'autres collectivités ou par l'État central. En principe, puisque le droit des aides d'État s'impose aux collectivités locales des États membres[925], et qu'un avantage fiscal valable pour une partie seulement du territoire national peut être considéré comme un avantage sélectif au bénéfice des entreprises qui y sont établies[926], une telle situation pourrait relever de l'article 107 TFUE. Toutefois, à l'occasion du contrôle de ces mesures locales, la Cour a précisé qu'il convenait d'ajuster le cadre géographique d'appréciation de la sélectivité au niveau du territoire de la collectivité concernée[927].

---

vérifient toujours, au moins formellement, l'effet de la mesure en cause sur le commerce et la concurrence dans l'Union.

[924] V. obs. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE sur CJUE, 15 novembre 2011, *Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, C-106/09 P et C-107/09 P, *DF*, 2012, n° 5, comm. 126, n°s 18-19.

[925] CJCE, 14 octobre 1987, *Allemagne/Commission*, 248/84, Rec. p. 4013, pt. 17 ; CJCE, 6 septembre 2006, *Portugal/Commission*, 88/03, préc., pt. 55.

[926] CJCE, 19 septembre 2000, *Allemagne/Commission*, C-156/98, Rec. p. I-6857, pt. 23.

[927] V. CJCE, 6 septembre 2006, *Portugal/Commission*, 88/03, préc., pts. 53 et 57 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2006 n° 11, comm. 325 ; CJCE, 11 septembre 2008, *Unión General de Trabajadores de la Rioja*, préc., pts. 47 et 48 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2008, n° 11, comm. 378 ; obs. C. VAUTROT-SCHWARZ, *DF*, 2008, n° 48, comm. 599 ; v., à ce sujet, D. ARMESTO, « The ECJ's Judgment regarding the Tax Autonomy of the Basque Country », *Euro. Tax.*, janvier 2009, p. 11 ; S. M. GONZALES, « Regional Fiscal Autonomy from a State Aid Perspective : The ECJ's Judgment in *Portugal v. Commission* », *Euro. Tax.*, juillet 2007, p. 328 ; J. L. DA CRUZ VILAÇA, « Material and Geographic Selectivity in State Aid – Recent Developments », *EStAL*, 2004, n°3, p. 448.

516. Le premier cas de figure est celui des États pratiquant une forme de décentralisation asymétrique[928]. La Cour contrôle ici la réunion de critères attestant d'un degré certain d'autonomie fiscale de la collectivité à l'origine de la mesure litigieuse. Le cas échéant, elle admet de limiter le cadre géographique de son appréciation à l'échelle du territoire de la collectivité, ce qui revient à renoncer à la comparaison avec l'État central[929]. Le deuxième cas de figure est celui de la décentralisation symétrique. Dans cette hypothèse, *« une mesure prise par une autorité locale […] n'est pas sélective, car il n'est pas possible de déterminer un niveau d'imposition normal, susceptible de constituer le paramètre de référence »*[930].

517. En somme, lorsque la Cour est confrontée à des divergences de législations entre des collectivités publiques autonomes, elle refuse de procéder à des comparaisons entre ces législations aux fins d'apprécier la présence d'un avantage sélectif. Cette jurisprudence a été interprétée comme une garantie de l'autonomie fiscale des collectivités infra-étatiques. Une solution inverse aurait conduit à apprécier systématiquement le traitement fiscal qu'elles accordent aux entreprises sur leur territoire avec celui pratiqué par l'État central ou par une autre collectivité, afin de disposer d'un référent. Or, la moindre variation de charges fiscales par rapport à ce référent aurait constitué une aide d'État, par principe incompatible. Une telle orientation aurait ainsi annihilé l'autonomie fiscale des collectivités infra-étatiques autonomes[931].

518. Il semble possible d'utiliser par analogie cette jurisprudence sur la sélectivité régionale pour évoquer l'application du droit des aides dans le domaine environnemental. Dès lors qu'il est question d'avantages résultant de différences de standards environnementaux *entre* les États, le droit des aides ne peut intervenir comme instrument d'égalisation des conditions de concurrence. Son intervention est limitée à l'interdiction ou à l'éventuelle autorisation de différences de traitement entre les entreprises au sein d'un même État.

519. Pour expliquer la solution retenue en droit positif, certains auteurs ont soutenu que le droit des aides d'État, qui a pour objet de limiter les versements de subsides publics dans

---

[928] La décentralisation asymétrique vise la situation où certaines collectivités infra-étatiques disposent d'une autonomie accrue par rapport aux collectivités du même niveau, tandis que la décentralisation symétrique vise l'hypothèse où toutes les collectivités du même niveau disposent de la même autonomie : C. URRACA CAVIEDES, « La sélectivité régionale », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, *op. cit.*, p. 125, spéc. pp. 128-129.

[929] CJCE, 6 septembre 2006, *Portugal/Commission*, 88/03, préc., pts. 65-79.

[930] *Ibid*., pt. 64 ; v., également, concl. L. A. GEELHOED sous cet arrêt, pt. 53.

[931] E. TRAVERSA, « Intégration européenne et fédéralisme fiscal interne : deux processus incompatibles ? *Une analyse juridique* », *Annales de Droit de Louvain*, 2007, n° 2, p. 187, spéc. pp. 200-202 ; du même auteur, « Is There Still Room Left in EU Law for Tax Autonomy of Member States' Regional and Local Authorities ? », *EC Tax Rev.*, 2011, n° 1, p. 4, spéc. p. 11 ; étant toutefois précisé qu'on a pu soutenir que la définition stricte des critères de l'autonomie par le juge venait tout de même contrarier l'autonomie des collectivités locales dans certains États régionalisés : O. RABAEY, « L''interventionnisme libéral', paradoxe de la constitution économique européenne », *op. cit.*, pp. 157 et s.

l'Union, ne pourrait autoriser un État membre à compenser un avantage existant dans un autre État en instituant lui-même un avantage, sauf à inciter à la surenchère dans les subventions[932]. Cette position est également interprétée comme l'expression du rejet de la réciprocité dans l'application des traités constitutifs[933].

520. On pourrait sur ce point ajouter que cette solution pourrait également découler d'un choix politique lié à la perception de la portée des comparaisons entre États. Dans la lettre même de l'article 107 TFUE, rien n'interdit de procéder à des comparaisons entre les situations des entreprises établies dans des États membres différents. Il est vrai qu'une telle comparaison poserait une difficulté technique car il conviendrait de choisir comme référent pour la comparaison une norme existante dans le droit d'un État. Toutefois, le fait que les institutions aient refusé de s'engager dans cette voie pourrait également s'expliquer par un refus de faire du droit des aides d'État un moyen d'imposer une contrainte indirecte sur le développement des politiques nationales de l'environnement. Pour aller plus loin, on pourrait même soutenir qu'il s'agit d'un refus de procéder à une harmonisation indirecte dans le domaine environnemental par le droit des aides d'État[934].

521. Sur la base de ces considérations, il semble que l'effet d'égalisation des conditions de concurrence produit par le droit des aides ne peut aboutir qu'à des résultats modérés. Le pouvoir d'encadrement ne peut en aucun cas résoudre directement les distorsions dans le marché intérieur produites par les divergences de législations nationales. Cette dernière remarque invite à présenter les fonctions respectives du pouvoir d'encadrement et du pouvoir d'harmonisation et à leur articulation aux fins de la réalisation du marché intérieur.

B) L'articulation entre le pouvoir d'encadrement et l'harmonisation pour la réalisation du marché intérieur

522. Les développements qui précèdent ont souligné que les disparités entre les législations environnementales des États membres pouvaient donner lieu, dans certaines conditions, à des avantages produisant des distorsions de concurrence. Ils ont également permis de déterminer les limites du pouvoir d'encadrement : celui-ci ne produit que des obligations de ne pas faire,

---

[932] M. DONY-BARTHOLME, « La notion d'aide d'État », *op. cit.*, p. 400-401.

[933] J. BIANCARELLI, « Le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'aides publiques », *AJDA*, 1993. 412, spéc. p. 416 ; M. WATHELET, P.-E. PARTSCH, « Délimitation des contours de la notion d'aide d'État en droit communautaire », *op. cit.*, p. 15, note 27 de bas de page.

[934] V., par analogie, en matière fiscale, A. C. DOS SANTOS, *L'Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale*, *op. cit.*, pp. 492-493 ; D. TRIANTAFYLLOU, « La fiscalité façonnée par la discipline des aides d'État », *op. cit.*, pp. 423-424 ; plus généralement, J.-P. KEPPENNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, *op. cit.*, n° 31, qui justifie l'absence de comparaisons entre les État par l'existence de la compétence d'harmonisation.

et n'interdit les avantages sélectifs qu'à l'échelle des États membres. Il n'est donc pas possible, pour la Commission, d'imposer certaines normes environnementales communes par ce moyen. Si l'on tient compte de ces éléments, le pouvoir d'encadrement ne semble pas être l'instrument approprié pour lutter directement contre les distorsions résultant des disparités des législations nationales.

523. On ne saurait pour autant soutenir que l'Union reste dépourvue face aux effets distorsifs de ces disparités sur le marché intérieur. Les compétences dont elle dispose, notamment en matière de politique environnementale et de rapprochement des législations en vertu, respectivement, des articles 191 à 193 TFUE et 114 à 116 TFUE, pourraient être les instruments appropriés pour les résoudre. Du point de vue du bon fonctionnement du marché intérieur, et bien que cela ne soit pas l'objet premier de la politique environnementale de l'Union qui est de protéger l'environnement, l'élaboration de normes communes s'imposant aux entreprises pourrait avoir pour effet l'égalisation des charges environnementales. Il y aurait donc une articulation fonctionnelle entre le droit des aides d'État et l'harmonisation des législations en vue de la réalisation et du bon fonctionnement du marché intérieur.

524. C'est ce qui paraît ressortir de la communication annexée à la recommandation du Conseil de 1975 relative à l'imputation des coûts environnementaux : la Commission invitait les États à ne pas accorder de subventions destinées à limiter la charge des normes environnementales nationales pour les entreprises, tout en indiquant qu'il ne s'agissait là que d'une première garantie de l'intégrité du marché intérieur, car elle devrait être suivie d'une harmonisation des législations environnementales permettant de résoudre les problèmes causées par la diversité des normes environnementales nationales[935]. Le droit des aides d'État et l'harmonisation des législations semblent ainsi s'articuler suivant un schéma assez évident qui permet de concilier les nécessités de la protection de l'environnement avec celles de l'intégration économique[936].

525. Il n'en demeure pas moins que l'étude en détail de cette articulation reste un sujet assez complexe. En atteste le fait qu'elle a donné lieu, en doctrine, à des conclusions à première vue assez contrastées. Certains auteurs partent du constat que le droit des aides d'État et l'harmonisation des législations poursuivent le même objectif, celui de la réalisation

---

[935] Communication de la Commission au Conseil relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement – Principes et modalités d'application, annexée à la recommandation du Conseil du 3 mars 1975 relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement, 75/436/Euratom, CECA, CEE, (JO L 194 du 25 juillet 1975, p. 1), v. le c) du pt. 4.

[936] V., par analogie, en matière de libertés de circulation : C. VIAL, *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, pp. 293 et s.

du marché intérieur. Il seraient néanmoins distincts et leurs champs respectifs pourraient être définis en fonction de la condition de sélectivité qui définit l'aide d'État. Des présentations de cet ordre se retrouvent généralement dans les propositions doctrinales qui sont favorables à une définition « économique » de l'aide. Elles invitent à revenir sur la jurisprudence relative à la condition de l'utilisation de ressources d'État en élargissant le champ de l'article 107 TFUE aux mesures imputables à l'État mais qui n'ont aucune charge sur son budget[937]. Un des arguments soulevés en faveur de cette position est qu'il conviendrait de faire de la sélectivité le critère cardinal de définition de l'aide d'État, en ce sens que toute mesure sélective aurait vocation à relever de l'article 107 TFUE[938]. Cette critique se fonde sur l'importance que la doctrine attache traditionnellement à la condition de la sélectivité, qu'elle soit ou non critique à l'encontre de la jurisprudence : il conviendrait de discerner les mesures sélectives, qui relèvent du droit des aides d'État, des mesures générales dont les effets négatifs sur le commerce et la concurrence dans l'Union devraient être résolus par la compétence d'harmonisation des législations[939]. Cette interprétation, qui ne va pas sans rappeler les études afférentes aux libertés de circulation[940], est reprise par certains avocats généraux[941] mais aussi par la Commission[942]. De ce point de vue, le droit des aides d'État et l'harmonisation seraient

---

[937] V., supra, n°s 247 et s.

[938] V., M. M. SLOTBOOM, « State Aid in Community Law : A Broad or Narrow Definition », *op. cit.* ; M. MEROLA, « Le critère de l'utilisation des ressources publiques », *op. cit.* ; v., également, D. TAYAR, A. GIRAUD, « L'interprétation du critère de l'emploi de ressources d'État par la Cour de justice : le révélateur d'une lecture formaliste de l'article 87 du Traité CE ? », *op. cit.*, n°s 18-20. V., enfin, en matière environnementale, E. DE SABRAN-PONTEVÈS, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, *op. cit.*, spéc. pp. 113 et s., selon qui l'inscription du principe du pollueur-payeur dans le traité aurait pu donner lieu à une définition de l'aide environnementale qui intègre les différences de standards de protection entre les États membres, ce qui est toutefois impossible en droit positif en raison de la jurisprudence de la Cour relative à la condition de l'utilisation de ressources d'État.

[939] Il s'agit là d'une présentation qui perdure en doctrine depuis l'origine des traités : v., par exemple, à des époques très différentes : P. REUTER, *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, *op. cit.*, p. 194-195, n° 197 ; G. M. ROBERTI, « Le contrôle de la Commission des Communautés européennes sur les aides nationales », *op. cit.*, p. 404 ; H. LÓPEZ LÓPEZ, « General Thoughts on Selectivity and Consequences of a Broad Concept of State Aid in Tax Matters », *op. cit.*, pp. 817-819.

[940] Il est en effet généralement soutenu que les mesures échappant à l'interdiction des entraves pourraient relever de l'harmonisation : v., en matière environnementale, D. GERADIN, « EC Competition Law and Environmental Protection : Conflict or Compatibility ? », *op. cit.*, p. 145 ; v., plus généralement, V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, « Compétences communautaires », *Rép. communautaire Dalloz*, n°s 86-87 ; P. CRAIG, « The Evolution of the Single Market », *op. cit.*, spéc. pp. 7 et s. et 23 et s. ; L. DEFALQUE, J. PERTEK, P. STEINFIELD, P. VIGNERON, *Libre circulation des personnes, des services et des capitaux – Rapprochement des législations*, Commentaire J. Mégret, 3ème éd., ÉUB, 2006, n°s 457 et s. ; V. MICHEL, « Le législateur européen et l'entrave », *in* L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 283 ; C. KESSEDJIAN, « Entrave et disparités des législations », *in ibid.*, p. 25 ; A. MATTERA, « L'harmonisation des législations nationales : un instrument d'intégration et de reconnaissance mutuelle », *op. cit.*, p. 683.

[941] On la retrouve en particulier dans les conclusions favorables à la définition « économique » de l'aide : concl. G. DARMON sous CJCE, 17 mars 1993, *Sloman Neptun*, préc., pts. 62 et s ; concl. M. P. MADURO sous CJCE, 23 mars 2006, *Enirisorse*, C-237/04, pts. 46-51.

[942] Communication 98/C 384/03 de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, préc., pts. 13-16.

deux modalités différentes, dont l'articulation est définie en fonction de la condition de sélectivité.

526. D'autres propositions semblent néanmoins relativiser ces analyses : le droit des aides d'État et l'harmonisation seraient non pas distincts mais substituables, car ils pourraient jouer des rôles semblables en vue de l'intégration économique. Ainsi, il a été soutenu que, dans l'hypothèse fictive où le traité n'aurait pas contenu de dispositions interdisant les aides, le recours à l'harmonisation aurait pu permettre un contrôle des politiques nationales d'aides[943], mais aussi que la très importante indétermination qui caractérisait la notion d'aide à la fin des années 1990 faisait que le droit des aides d'État tendait à se substituer, fonctionnellement, aux dispositions relatives au rapprochement des législations[944]. Dans le même ordre d'idées, certaines études de fiscalité directe interprètent le recours au droit des aides d'État comme un moyen de réaliser une harmonisation déguisée des législations nationales, là où l'intervention du législateur européen aurait échoué à les rapprocher[945]. Des interprétations de ce genre ont été également faites dans le domaine environnemental[946].

527. Ainsi, à première vue, il semblerait que la doctrine relative à l'articulation entre le droit des aides d'État et l'harmonisation aboutisse à des conclusions contrastées : certains auteurs semblent indiquer qu'il s'agit de sources de règles distinctes. D'autres soulignent qu'ils présentent certaines similarités et pourraient être confondus. Toutefois, cette impression doit être nuancée. La contradiction pourrait n'être qu'apparente, car ces analyses ne se situent pas tout à fait sur le même plan. Les premières d'entre elles partent d'une interprétation historique, systémique et téléologique du traité qui indique ce que *devrait être* le contrôle des aides d'État afin de proposer des définitions de la notion d'aide. Elles s'inspirent parfois des travaux préparatoires aux traités constitutifs qui indiquent que le droit des aides d'État ne sert qu'à lutter contre les avantages artificiels crées par les États membres, qui sont les plus distorsifs, ce qui justifie leur interdiction. Les avantages qui procèdent des disparités de législations nationales pourraient, quant à eux, être résolus progressivement en ayant recours à la compétence d'harmonisation[947]. Elles accordent à la condition de sélectivité une

---

[943] J.-Y. CHÉROT, *Les aides d'État dans les Communautés européennes*, *op. cit.*, n° 11.

[944] C. SIATERLI, *La notion d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE*, *op. cit.*, n°s 246-249.

[945] A. MAITROT DE LA MOTTE, *Souveraineté fiscale et construction communautaire – Recherche sur les impôts directs*, Paris, LGDJ, 2005, spéc. n° 162 ; F. NANETTI, G. MAMELI, « The creeping normative role of the EC Commission in the two-track struggle against State aids and the harmful tax competition », *EC Tax Rev.*, 2000, n° 3, p. 185 ; C. PANAYI, « State Aid and Tax : the Third Way ? », *Intertax*, 2007, n° 6-7, p. 283, spéc. pp. 304-306 ; C. QUIGLEY, « General Taxation and State Aid », *op. cit.*, p. 207.

[946] U. SOLTÉSZ, F. SCHATZ, « State Aid for Environmental Protection – The Commission's new Guidelines and the new General Block Exemption Regulation », *JEEPL*, 2009, n° 2, p. 141, spéc. pp. 169-170.

[947] Il s'agit là des éléments qui ressortent directement du Rapport Spaak : v. Comité intergouvernemental créé par la conférence de Messine, *Rapport des chefs de délégation aux ministres des Affaires étrangères*, Bruxelles,

importance fondamentale dans la distinction entre le champ du droit des aides et celui de l'harmonisation. Les secondes s'attachent plutôt à décrire ce qu'*est* dans la réalité le droit des aides d'État, à savoir l'outil d'une harmonisation déguisée. Elles s'entendent à voir dans cette possible orientation une dérive car cela reviendrait à conférer à l'article 107 TFUE une fonction qu'il n'a pas, ce qui ne va pas sans évoquer, précisément, les conceptions historiques du droit des aides d'État.

528. En ayant à l'esprit ces précisions, il semble pertinent de reconsidérer l'analyse de l'articulation fonctionnelle entre les pouvoirs d'encadrement et d'harmonisation, et ce aux fins d'en suggérer une présentation originale. Cette démarche semble justifiée car les propositions faites à ce jour en doctrine souffrent de certaines limites, lesquelles peuvent être identifiées sur la base des éléments de droit positif qui ont servi, dans les développements précédents, à la définition théorique du pouvoir d'encadrement.

529. Tout d'abord, il est possible de relativiser les propositions doctrinales qui font de la sélectivité et de la notion de mesure générale qui en découle un élément cardinal de l'articulation dont il est ici question. Le fait de retenir la sélectivité comme critère de distinction peut être discuté : le recours à la notion de mesure générale qui en découle pourrait être porteuse d'imprécisions[948], *a fortiori* si l'on tient compte des interrogations précédemment soulevés au sujet des problèmes conceptuels qui l'affectent[949]. Surtout, cette distinction paraît réserver le champ de l'harmonisation aux mesures générales. Or, le champ de l'harmonisation n'est en aucun cas limité à ces mesures. Il arrive en effet que le législateur harmonise, par exemple, des régimes de soutien aux entreprises de production de l'énergie SER, ce qui constitue à l'évidence une mesure sélective car elle n'avantage que *« certaines productions »*[950].

530. Au final, la possible faiblesse de ces proposition pourrait intervenir en amont du raisonnement : l'articulation fonctionnelle des pouvoirs s'explique en distinguant leurs

---

Secrétariat, 21 avril 1956, pp. 16-17 et 57 ; v., en ce sens, V. DI BUCCI, « Quelques aspects institutionnels du droit des aides d'État *op. cit.*, pp. 44-45.

[948] En ce sens, L. HANCHER, « Towards a New Definition of a State Aid under European Law : Is There a New Concept of State Aid Emerging », *EStAL*, 2003, n° 3, p. 365, v. p. 366-368 ; concl. M. F. JACOBS sous CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, préc., pt. 157.

[949] V., *supra*, n°s 306-307.

[950] Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE (JO L 140 du 5.6.2009, p. 16). Cette directive a précisément pour objet d'harmoniser des régimes d'aides nationaux et elle se réfère explicitement au droit des aides d'État : v. considérant 25, article 3, paragraphe 3, et note 1 de bas de page 46 en annexe I.

champs respectifs sur la base d'un critère de définition de la catégorie d'aide[951]. Elle sous-entend que ces pouvoirs relèvent des champs distincts qui se définissent, *juridiquement*, l'un en fonction de l'autre. Toutefois, aucune disposition du traité ne prévoit que la compétence du législateur doive être définie en fonction du droit des aides d'État. Les champs respectifs de ces deux pouvoirs sont construits de façon autonome. Celui du pouvoir d'encadrement dépend de la notion d'aide contenue à l'article 107 TFUE. Celui du pouvoir d'harmonisation dépend des bases juridiques pertinentes consacrées par les traités. Ces champs ne se confondent pas, mais ils peuvent se chevaucher.

531. Ensuite, il convient de revenir sur les propositions doctrinales selon lesquelles le droit des aides d'État peut se substituer à l'harmonisation. Il ne s'agit pas de remettre en cause cette proposition, mais de la préciser : en aucun cas, le pouvoir d'encadrement ne peut parvenir à un résultat tout à fait équivalent au pouvoir d'harmonisation. Le premier de ces pouvoirs ne procède que par des interdictions adressées à un État membre et l'absence de comparaison entre les États empêche qu'il engendre des obligations d'adopter des normes environnementales. Or, on admettra que dans l'exercice du second, le législateur peut créer toutes sortes d'obligations, de faire ou de ne pas faire, ce qui lui donne la possibilité d'obliger tous les États membres à adopter des règles communes. Si le droit des aides peut aboutir à une forme d'harmonisation, ce n'est qu'en raison de facteurs particuliers qui seront précisés dans des développements à venir[952].

532. Sur la base de l'ensemble de ces considérations, l'articulation fonctionnelle entre ces deux pouvoirs peut être présentée de la manière suivante, somme toute assez simplement. Le pouvoir d'encadrement intervient dans un champ limité par la notion d'aide et par une forme de contrainte unique : il ne peut qu'interdire, à l'échelle d'un État membre, les avantages sélectifs contenus dans certains instruments économiques de la protection de l'environnement. Cela laisse donc subsister les disparités entre les législations environnementales nationales. Si les institutions de l'Union considèrent qu'il est opportun de résoudre des disparités de législations, elles pourront alors prendre des mesures sur la base des compétences pertinentes, en définissant un cadre commun comprenant des obligations de faire et de ne pas faire s'imposant à l'échelle de l'Union. En tout état de cause, le champ de cette harmonisation n'est d'aucune manière limité en fonction de l'article 107 TFUE. Elle peut concerner toute mesure

[951] On retrouve des propositions de cet ordre chez les auteurs qui considérer que l'existence d'une compétence d'harmonisation est un facteur explicatif de l'absence de comparaison entre les États membres : J.-P. KEPPENNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, *op. cit.*, n° 31.
[952] V., *infra*, n°s 743 et s.

environnementale, qu'elle consiste en un instrument économique ou un instrument réglementaire de la protection de l'environnement.

533. En somme, sur un plan fonctionnel, ces deux pouvoirs poursuivent, certes, un objectif commun. Toutefois, ils sont juridiquement autonomes et procèdent de manière distincte. Leurs champs, de même que leurs effets, sont différents. Il coexistent et se chevauchent parfois. Cela donne lieu à des situations particulières qu'il convient de préciser à la lumière d'une étude du pouvoir d'harmonisation.

Section II) L'harmonisation, un pouvoir de définir des mesures environnementales communes

534. Dans les années 1970, la Commission indiquait que l'élaboration d'une législation environnementale commune pourrait avoir pour effet d'égaliser les charges environnementales dans l'Union[953]. Elle laissait ainsi entendre que l'harmonisation des instruments de la protection de l'environnement serait apte à résoudre les distorsions de concurrence causées par les disparités réglementaires entre les États membres. Or, en l'état du droit positif, ces conceptions semblent dépassées et même infirmées. L'harmonisation telle qu'elle existe laisse en réalité subsister de telles distorsions et peut même les engendrer, ce qui implique l'intervention du pouvoir d'encadrement. Pour le comprendre, il faut étudier le pouvoir d'harmonisation environnemental. Cette étude n'est donc pas une fin en soi, mais doit se contenter de restituer utilement les règles fondamentales du système de compétence de l'Union en vue de comprendre les rapports entre les pouvoirs d'encadrement et d'harmonisation[954]. Il convient ainsi, en premier lieu, de préciser les déterminants du pouvoir d'harmonisation (I). Cela permet de préciser les diverses situations dans lesquelles l'encadrement peut s'appliquer en soulignant que, dans la pratique, il subsiste toujours des aides d'État malgré l'harmonisation (II).

I) Les déterminants du pouvoir d'harmonisation

535. Le pouvoir de définir des normes environnementales communes appartient au législateur de l'Union. En vertu du principe des compétences d'attribution[955], ce pouvoir

[953] V. *supra*, n°s 475-476.
[954] Étant précisé que nous n'envisageons ici la notion de compétence que dans un sens étroit, excluant, en ce sens, la question des pouvoirs des organes.
[955] V. article 5, paragraphes 1 et 2, TUE, lu en combinaison avec l'article 4, paragraphe 1, TUE.

trouve son origine dans l'existence de bases juridique dans le traité FUE qui lui confèrent la compétence d'adopter des actes relatifs à la protection de l'environnement. L'étude de la compétence du législateur peut être abordée suivant une distinction fondamentale reconnue par la Cour[956] : l'existence d'une compétence attribuée doit être entendue comme une question distincte de celle des effets qu'elle produit sur la compétence des États membres. Alors que l'évolution de l'ordre juridique de l'Union va dans le sens de l'accroissement de l'étendue matérielle des compétences de l'Union, elle s'accompagne également d'une érosion générale de l'exclusivité de ces compétences[957]. Cette distinction est fondamentale aux fins de cette étude car elle permet de préciser les facteurs de la subsistance des distorsions de concurrence et, partant, de l'application du droit des aides d'État dans le domaine environnemental malgré l'harmonisation. Elle permet d'indiquer que si l'étendue de l'harmonisation est très importante, de sorte qu'il est possible de régir toute la matière (A), ses effets en termes de dessaisissement des États membres sont restreints car, en pratique, l'éviction des mesures environnementales nationales est limitée (B).

A) L'étendue du pouvoir d'harmonisation : la possibilité de régir toute la matière environnementale

536. Les réflexions précédentes relatives à la définition du pouvoir d'encadrement ont fait référence à la distinction entre deux méthodes de l'intégration économique, à savoir l'intégration négative et l'intégration positive, tout en précisant que l'idée d'intégration négative pouvait être exprimée par le recours à la notion d'encadrement[958]. C'est dans le même esprit que l'on recourt ici à la notion de pouvoir d'harmonisation en lieu et place de celle d'intégration positive, afin de désigner le processus de définition de règles environnementales communes par le législateur de l'Union.

537. Plus précisément, par la notion de pouvoir d'harmonisation, est visé ici un pouvoir de l'Union qui consiste à modifier l'ordonnancement juridique par l'adoption d'actes généraux ayant pour objet d'imposer à tous les États membres l'adoption de mesures environnementales et aboutit à l'émergence d'un cadre juridique commun de la protection de l'environnement.

---

[956] V. CJCE, 30 mai 2006, *Commission/Irlande*, C-459/03, Rec. p. I-4635, pt. 93, où la Cour relève que la question de l'existence de la compétence est distincte de celle de la catégorie, exclusive ou partagée, en l'espèce, dont elle relève.

[957] R. SCHÜTZE, *From Dual to Cooperative Federalism – The Changing Structure of European Law*, OUP, 2009, pp. 129-240.

[958] V., *supra*, n°s 496 et s.

538. Ces premiers éléments de définition appellent d'emblée une précision relative à la notion d'« harmonisation », en raison de la diversité des usages qui en est fait[959]. Dans le traité, elle est utilisée lorsqu'il est question de désigner les mesures permettant le rapprochement des législations[960], mais elle sert également, dans de nombreux domaines, à limiter la production normative de l'Union en prévoyant que certaines compétences ne peuvent aboutir à une harmonisation des législations nationales[961]. Par ailleurs, dans la pratique des institutions de l'Union, la notion peut désigner les principes dirigeant l'élaboration des directives, notamment dans le contexte de la « nouvelle approche » relative aux normes techniques. Elle est alors adjectivée — on parle ainsi d'« harmonisation totale » ou d'« harmonisation limitée aux exigences essentielles »[962] — ou donne lieu à des expressions spécifiques — comme celle de « législation communautaire d'harmonisation »[963]. Dans la jurisprudence de la Cour, les expressions « harmonisation exhaustive », « harmonisation complète » ou encore « harmonisation totale » sont utilisées pour évaluer le degré de complétude de la législation de l'Union, afin d'en tirer certaines conséquences en termes de marge de manœuvre des États membres[964] ou d'application des dispositions prescriptives du traité[965] et ce, indépendamment du domaine de compétence considéré. Ainsi, il paraît difficile d'inférer du droit positif une signification univoque et précise du concept d'harmonisation.

539. Les usages du terme dans la doctrine reflètent ces nuances. Ainsi, « harmonisation » est parfois utilisé comme synonyme de « rapprochement des législations »[966].

---

[959] F. DINTILHAC, « Rapprochement des législations », *Rép. communautaire Dalloz*, spéc. n°s 3-4.

[960] Articles 113 et 114 TFUE.

[961] V., en particulier, l'alinéa 2 du paragraphe 5 de article 2 TFUE, relatif aux compétences d'appui et de coordination ; v., également, par exemple, le paragraphe 2 de l'article 19 TFUE sur les mesures en vue de combattre les discriminations, le paragraphe 4 de l'article 79 TFUE relatif à la politique de l'immigration, ou encore l'alinéa 2 de l'article 149 TFUE en matière d'emploi.

[962] Résolution du Conseil du 7 mai 1985, concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation (JO C 136 du 4 juin 1985, p. 1) ; v. R. H. LAUWAARS, « The 'Model Directive' on Technical Harmonisation », *in* R. BIEBER ET AL. (dir.), *1992 : One European Market ?*, *op. cit.*, p. 151

[963] Décision n° 768/2008/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008, relative à un cadre commun pour la commercialisation des produits et abrogeant la décision 93/465/CEE du Conseil (JO L 218 du 13 août 2008, p. 82), article 2.

[964] Pour des exemples récents dans des matières diverses, v. CJUE, 25 novembre 2010, *Commission/Italie*, C-47/09, Rec. p. I-12083, pt. 39 ; CJUE , 22 septembre 2011, *Mesopotamia Broadcast et Roj TV*, C-244/10 et C-245/10, Rec. p. I-8777, pt. 34 ; CJUE, 6 mai 2011, *Stark*, C-293/10, Rec. p. I-4711, pt. 31 ; CJUE, 12 juillet 2012, *SC Volksbank România*, C-602/10, non encore publié au Recueil, pt. 38.

[965] Pour des exemples récents dans des matières diverses, v. CJUE, 6 octobre 2011, *Bonnarde*, C-443/10, Rec. p. I-9327, pt. 22 ; CJUE, 14 mars 2013, *Commission/France*, C-216/11, non encore publié au Recueil, pt. 27 ; CJUE, 25 avril 2013, *Jyske Bank Gibraltar*, C-212/11, non encore publié au Recueil, pts. 60-61.

[966] P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law - Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, spéc. pp. 593-601 ; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, 3ème éd., *op. cit.*, n°s 9–108 et s. ; A. MATTERA, « L'harmonisation des législations nationales : un instrument d'intégration et de reconnaissance mutuelle », *RDUE*, 2010, n° 4, p. 679, spéc. p. 684 ; dans la doctrine de langue anglaise, le terme *harmonisation* peut ainsi être substitué à celui de

L'harmonisation peut également être opposée à l'unification, en ce sens que l'instrument privilégié de la première est la directive qui laisse subsister le droit national et laisse une marge de manœuvre aux États membres, tandis que la seconde serait mieux réalisée par le règlement qui se substituerait au droit national[967]. Les expressions d'« harmonisation totale » ou d'« harmonisation minimale » sont également utilisées pour évoquer le degré de complétude des règles contenues dans des actes de droit dérivé[968] ou la pratique réglementaire des institutions[969]. Enfin, d'autres auteurs utilisent cette notion pour désigner, de façon générale, le processus d'adoption du droit dérivé[970]. Cette acception extensive du terme est parfois justifiée au motif que l'exercice de toute compétence législative prévue dans le traité aboutit, en dernière analyse, à l'élaboration de règles communes qui ont pour conséquence la réduction des disparités réglementaires entre les États membres, ce qui participe à la formation du marché intérieur[971].

540. Au vu de cette polysémie, il convient de préciser que le terme d'harmonisation est ici entendu dans ce dernier sens, c'est-à-dire celui d'un processus législatif. Son acception ne dépend donc pas du droit positif car il est utilisé dans une perspective théorique. Ce choix peut être justifié à plusieurs égards. Tout d'abord, parler de pouvoir d'harmonisation permet de désigner par une notion commode le processus législatif d'adoption d'actes de droit dérivé dans le domaine de la protection de l'environnement, généralement fondé sur des actes laissant aux États membres une marge d'appréciation relativement importante. L'expression semble aussi indiquée pour signifier qu'on envisage ici la politique environnementale de l'Union en fonction non pas de ses finalités premières, mais de ses effets sur le bon fonctionnement du marché intérieur, c'est-à-dire la réduction des disparités des législations imputant les charges environnementales aux entreprises.

---

approximation : v. P. J. SLOT, « Harmonisation », *EL Rev.*, 1996(5), p. 378, note 2 de bas de page 378. Le terme d'harmonisation sert parfois à désigner une forme de rapprochement des législations : F. DINTILHAC, « Rapprochement des législations », *op. cit.*, n° 12.

[967] A. LIMPENS, « Harmonisation des législations dans le cadre du Marché commun », *Revue internationale de droit comparé*, 1967, n° 3, p. 621, spéc. p. 640 ; P. J. SLOT, *op. cit.*, p. 379. On trouve une idée proche chez D. VIGNES, « Le rapprochement des législations mérite-t-il encore son nom ? », *in Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 533, spéc. p. 540, lorsque cet auteur soutient que le rapprochement des législations *« est de moins en moins une harmonisation des législations nationales »* car il se transforme en *« une communautarisation des législations nationales »*.

[968] S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, 2ème éd., OUP, 2005, p. 44.

[969] L. DEFALQUE, J. PERTEK, P. STEINFIELD, P. VIGNERON, *Libre circulation des personnes, des services et des capitaux – Rapprochement des législations*, *op. cit.*, nos 476-481.

[970] V., par exemple, C. VIAL, *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 304, qui parle de *« mesure d'harmonisation arrêtée en matière de protection de l'environnement »*, laquelle pourrait être adoptée, en soi, sur la base de la politique environnementale de l'Union ou sur celle des dispositions relatives au mesures de rapprochement des législations.

[971] L. DUBOUIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6ème éd., *op. cit.*, n° 626.

541. Cette précision terminologique étant faite, il reste à définir plus précisément ce pouvoir d'harmonisation en matière environnementale, en se référant à ses fondements qui sont contenus dans le système de compétence de l'Union. Pour cela, il convient, de procéder par reconstitution[972] car malgré l'introduction, par le traité de Lisbonne, de nouvelles dispositions relatives aux compétences de l'Union dans le droit primaire[973], la clarification opérée par rapport à la situation antérieure n'est que toute relative[974] : les règles de compétence restent éparses dans le traité[975]. Dans ce contexte, la reconstitution des compétences doit partir de l'identification des bases juridiques. La Cour[976] et la doctrine[977], mais aussi désormais le traité[978], soulignent l'importance fondamentale de ces règles : les bases juridiques déterminent le contenu matériel des actes de droit dérivé, définissent les catégories d'actes qui peuvent être adoptés et prévoient les procédures applicables pour leur adoption.

542. Selon une jurisprudence constante, le choix de la base juridique d'un acte doit *« se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel, parmi lesquels figurent, notamment, le but et le contenu de l'acte »*[979]. Il n'est donc guère difficile

---

[972] K. BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives*, *op. cit.*, pp. 93-96 ; V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes – Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, *op. cit.*, pp. 65 et s. ; A. TIZZANO, « Les compétences de la Communauté », *in Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, OPOCE, 1982, p. 45, n°s 1-3 ; J.-P. JACQUÉ, « Cours général de droit communautaire », *RCADE*, vol. I, book 1, 1991, p. 237, v. p. 301.

[973] Sur la nécessité d'une clarification des compétences, v. V. CONSTANTINESCO, « Brève note sur la répartition des compétences comme clé de la future constitution européenne ? », *in Mélanges en hommage à Guy Isaac – t. 1*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 155 ; P. CRAIG, « Competence : clarity, conferral, containment and consideration », *EL Rev.*, 2004(3), p. 323 ; M. DESOMER, K. LENAERTS, « Bricks for a Constitutional Treaty of the European Union : values, objectives and means », *EL Rev.*, 2002(4), p. 377, spéc. pp. 383 et s ; V. MICHEL, « 2004 : le défi de la répartition des compétences », *CDE*, 2003, n° 1-2, p. 17.

[974] R. SCHÜTZE, « Lisbon and the Federal Order of Competences : a Prospective Analysis », *EL Rev.*, 2008(5), p. 709, sépc. pp. 721-722.

[975] V., en ce sens, M. BLANQUET, « Compétences de l'Union – Architecture générale – Délimitation », *JCl. Europe Traité*, fasc. 170, n° 33 ; J.-P. JACQUÉ, « Le traité de Lisbonne – Une vue cavalière », *RTD eur.*, 2008, n° 3, p. 439, v. pp. 470 et s.

[976] CJCE, 1er octobre 2009, *Commission/Conseil*, C-370/07, Rec. p. I-8917, pts. 46 et 48-49 ; selon la Cour, cette question revêt une *« importance de nature constitutionnelle »* : CJCE, avis 2/00, 6 décembre 2001 ; CJCE, avis 1/08, 30 novembre 2009, Rec. p. I-11129, pt. 110 ; v. C. KOHLER, J.-C. ENGEL, « Le choix approprié de la base juridique pour la législation communautaire : enjeux constitutionnels et principes directeurs », *Europe*, 2007, n° 1, étude 1.

[977] K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, 3ème éd., *op. cit.*, n°s 7–009-7–012 ; J. ZILLER, « Bases juridiques et compétences en droit de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 751, spéc. pp. 755-757.

[978] V. le paragraphe 6 de l'article 2 TFUE.

[979] V., notamment, CJCE, 26 mars 1987, *Commission/Conseil*, 45/86, Rec. p. 1493, pt. 11 ; CJCE, 23 février 1988, *Royaume-Uni/Conseil,* 131/86, Rec. p. 905, pt. 29 ; CJCE, 7 juillet 1992, *Parlement/Conseil*, C-295/90, Rec. p. 1-4193, pt. 13 ; CJCE, 26 mars 1996*, Parlement/Conseil*, C-271/94, Rec. p. I-1689, pt. 14 ; CJCE, avis 2/00, 6 décembre 2001, préc., pt. 22 ; CJCE, 29 avril 2004, *Commission/Conseil*, C-338/01, Rec. p. I-4829, pt. 54 ; CJCE, 23 octobre 2007, *Commission/Conseil*, C-440/05, Rec. p. I-9097, pt. 61 ; CJCE, 8 septembre 2009, *Commission/Parlement et Conseil*, C-411/06, Rec. p. I-7585, pt. 45 ; CJUE, 13 mars 2012, *Tay Za/Conseil*, C-376/10 P, non encore publié au Recueil, pt. 46.

d'identifier la base principale du pouvoir d'harmonisation des législations environnementale : si les institutions de l'Union entendent légiférer dans le but de protéger le milieu naturel, il est évident qu'elles peuvent se fonder sur les articles 191 à 193 TFUE et, tout particulièrement, sur les paragraphes 1 et 2 de l'article 192 les habilitant à adopter des actes en vue de la réalisation d'une *« politique dans le domaine de l'environnement »*[980].

543. Dans ce cadre, le domaine matériel de la politique environnementale de l'Union est défini à l'article 191 TFUE auquel l'article 192 renvoie[981]. Indépendamment des principes de la protection de l'environnement énumérés au paragraphe 2 de l'article 191 TFUE[982] et des critères d'élaboration contenus au paragraphe 3[983] — qui ne constituent pas une contrainte très importante pour le législateur[984] —, le contenu de cette disposition laisse croire que l'Union peut prendre les mesures les plus diverses. En effet, le paragraphe premier de l'article 191 TFUE détermine le domaine matériel de l'action environnementale d'une façon très large[985]. Il faut ajouter à cela le paragraphe 2 de l'article 192 TFUE qui énumère des sous-domaines de compétence afin de les réserver à la procédure législative spéciale : il précise la faculté d'adopter des mesures fiscales ou relatives à l'aménagement du territoire[986]. Par

---

[980] Sur cette base juridique, Y. PETIT, « Environnement », *op. cit.*, n°s 32-98 ; N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, *op. cit.*, n°s 18-38 ; P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union*, *op. cit.*, pp. 55 et s.

[981] D. LE MORVAN, « Environnement et politique communautaire », *in* J.-C. MASCLET (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 11, v. pp. 14-17 ; A. SACCHETTINI, « Les bases juridiques de la politique communautaire de l'environnement », *in ibid.*, p. 47, spéc. p. 49.

[982] V., au sujet de ces principes : L. KRÄMER, « The Genesis of EC Environmental Principles », *Research papers in Law*, 7/2003, Études Européennes juridiques, Collège d'Europe de Bruges ; N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution - Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

[983] Y. PETIT, « Environnement », *op. cit.*, n°s 91-98 ; N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, *op. cit.*, n° 28

[984] Sur les limites du contrôle juridictionnel, v. CJCE, 14 juillet 1998, *Bettati/Safety Hi-Tech*, C-341/95, Rec. p. I-4355, pt. 35 ; CJCE, 14 juillet 1998, *Safety Hi-Tech/S.&T.*, C-284/95, Rec. p. I-4301, pt. 37 ; CJCE, 15 décembre 2005, *Grèce/Commission*, C-86/03, Rec. p. I-10979, pt. 88 ; v., également, CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, préc., pts. 57-59 ; v. A. EPINAY, « Environmental Principles », *in* R. MACRORY (dir.), *Reflexions on 30 Years of EU Environmental Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2006, p. 17, spéc. pp. 27-37.

[985] *« La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement contribue à la poursuite des objectifs suivants :*
- la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement,
- la protection de la santé des personnes,
- l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles,
- la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement, et en particulier la lutte contre le changement climatique. »

[986] *« [Le Conseil arrête] :*
a) des dispositions essentiellement de nature fiscale ;
b) les mesures affectant :
- l'aménagement du territoire,
- la gestion quantitative des ressources hydrauliques ou touchant directement ou indirectement la disponibilité desdites ressources,
- l'affectation des sols, à l'exception de la gestion des déchets ;
c) les mesures affectant sensiblement le choix d'un État membre entre différentes sources d'énergie et la

ailleurs, dans le silence du traité, l'Union peut recourir aussi bien à la directive qu'au règlement. Ainsi, le législateur paraît disposer d'un champ d'action matériel extrêmement étendu aux fins du développement de sa politique de protection du milieu naturel, tandis que les formes que cette action peut prendre sont largement indéterminées. On ne voit guère quels aspects des politiques environnementales nationales peuvent échapper à son action ni quelles formes d'instruments : l'Union peut recourir à des mesures réglementaires classiques et la présence d'une habilitation en matière fiscale laisse croire que tous les instruments économiques, en ce compris les taxes environnementales, pourront faire l'objet d'une harmonisation. La jurisprudence va dans le sens de cette analyse : on sait en effet que même l'harmonisation d'incriminations pénales peut relever de cette base juridique, dans la mesure où elle paraît nécessaire au législateur *« pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement »*[987].

544. Néanmoins, la base juridique contenue à l'article 192 TFUE n'est pas la seule à permettre l'adoption d'actes d'harmonisation des mesures nationales. Dans la pratique, la production normative de l'Union s'attache à résoudre des problèmes concrets qui, parfois, transcendent les domaines particuliers de ses diverses attributions. Lorsqu'un acte poursuit simultanément plusieurs objectifs, dont l'objectif environnemental, les bases juridiques qui sont définies par référence à des notions abstraites peuvent se chevaucher[988], de sorte que le rattachement d'une action à une base juridique sur la base du centre de gravité de l'acte ne relève pas en toutes hypothèses de l'évidence[989]. De plus, pour la protection de l'environnement, ce phénomène de chevauchement est aggravé par la clause contenue à l'article 11 TFUE, en vertu de laquelle les exigences de la protection de l'environnement doivent être prises en compte dans le cadre de toutes les actions de l'Union. La Cour admet en

---

structure générale de son approvisionnement énergétique. »

[987] CJCE, 13 septembre 2005, *Commission/Conseil*, C-176/03, Rec. p. I-7879, pt. 48 ; obs. C. HAGUENAU-MOIZARD, *RTD eur.*, 2006, n° 2, p. 369 ; obs. B. KOTSCHY, *RDUE*, 2005, n° 3, p. 641 ; obs. P.-Y. MONJAL, *D.*, 2005. 3064 ; obs. D. SIMON, *Europe*, 2005, n° 11, comm. 359. V., également, les réactions critiques à cette extension de la compétence de l'Union : R. DE BELLESCIZE, « La Cour de justice des Communautés européennes limite la souveraineté des États en matière pénale », *Droit pénal*, 2005, n° 12, étude 16 ; du même auteur, « La communautarisation silencieuse du droit pénal – À propos de l'arrêt de la CJCE du 23 octobre 2007 », *Droit pénal*, 2008, n° 1, étude 2.

[988] R. BARENTS, « The Internal Market Unlimited : some Observations on the Legal Basis of Community Legislation », *CML Rev.*, 1993(30), p. 85, v. pp. 88-91 ; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, *op. cit.*, n° 7–016. C'est ce que la Cour constate lorsqu'elle dit pour droit que si un acte *« poursuit à la fois plusieurs objectifs ou qu'il a plusieurs composantes, qui sont liés d'une façon indissociable, sans que l'un soit second et indirect par rapport à l'autre, un tel acte devra être fondé sur les différentes bases juridiques correspondantes »* CJCE, 19 septembre 2002, *Huber*, C-336/00, Rec. p. I-7699, pt. 31; CJCE, 12 décembre 2002, *Commission/Conseil*, C-281/01, Rec. p. I-12049, pt. 35 ; CJCE, 10 janvier 2006, *Commission/Parlement et Conseil*, C-178/03, Rec. p. I-107, pt. 43.

[989] C. BLUMANN, L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4ème éd., *op. cit.*, nos 553-554 ; R. MILAS, « La concurrence entre les bases légales des actes communautaires », *RMC*, 1985, n° 289, p. 445.

en effet que des actes contenant des mesures environnementales puissent être adoptés sur le fondement de bases juridiques autres que celles de l'article 192 TFUE[990].

545. Aux fins de cette étude, il n'est pas nécessaire de préciser toutes les hypothèses de chevauchement, mais uniquement d'évoquer la situation des actes de droit dérivé qui feront l'objet de développements particuliers par la suite car ils donnent lieu à des aides d'État. À cet égard, l'hypothèse de chevauchement qui retient ici l'attention concerne les dispositions relatives au rapprochement des législations[991], lesquelles sont largement susceptibles d'être mobilisées en matière environnementale[992], et, plus particulièrement, l'article 113 TFUE relatif aux impôts indirects.

546. La fiscalité environnementale peut consister en des taxes dont l'assiette est constituée par un produit ou un service dont la production ou la consommation détériore le milieu naturel[993]. Ces impôts sont assis, non pas sur le revenu ou le capital, mais sur la dépense. Ils relèvent donc de la catégorie des impôts indirects[994]. Dès lors, dans l'hypothèse où l'Union souhaite résoudre les distorsions de concurrence découlant de la diversité des législations en la matière, elle peut recourir aussi bien à l'article 113 TFUE qu'au paragraphe 2 de l'article 192 TFUE. Cette situation de chevauchement semble trouver une illustration particulière dans

---

[990] CJCE, 23 octobre 2007, *Commission/Conseil*, C-440/05, Rec. p. I-9097, pt. 60 ; CJCE, 16 juillet 2009, *Horvath*, C-428/07, Rec. p. I-6355, pt. 29. V., également, CJCE, 11 juin 1991, *Commission/Conseil*, C-300/89, Rec. p. I-2867, pt. 22..

[991] Cette relation est historique puisque c'est notamment sur la base du rapprochement des législations que l'Union a pu développer, dans les années 1970, une politique environnementale en l'absence de base juridique spécifique : v. CJCE, 18 mars 1980, *Commission/Italie*, 91/79, Rec. p. 1099, pt. 8 ; D. LE MORVAN, « Environnement et politique communautaire », *in* J.-C. MASCLET (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 11, spéc. pp. 14-17. Par la suite, le chevauchement entre les bases juridiques du rapprochement des législations et de l'environnement a donné lieu à un contentieux : CJCE, 11 juin 1991, *Commission/Conseil*, dit « Dioxyde de titane », C-300/89, Rec. p. I-2867 ; obs. C. BARNARD, *EL Rev.*, 1992(2), p. 127; CJCE, 17 mars 1993, *Commission/Conseil*, C-155/91, Rec. p. I-939 ; CJCE, 28 juin 1994, *Parlement/Conseil*, C-187/93, Rec. p. I-2857 ; v. X. DEBROUX, « Le choix de la base juridique dans l'action environnementale de l'Union européenne », *CDE*, 1995, n° 3-4, p. 383 ; N. DE SADELEER, « La question du choix de la base juridique des actes communautaires ayant trait à la protection de l'environnement », *RJE*, 1993, n° 4, p. 597. C'est notamment ce contentieux qui a amené la doctrine à douter de la rationalité du critère du centre de gravité de l'acte : K. St. BRADLEY, « L'arrêt dioxyde de titane, un jugement de Salomon ? », *CDE*, 1992, n° 5-6, p. 609, v. p. 613-617 ; R. BARENTS, « The Internal Market Unlimited : some Observations on the Legal Basis of Community Legislation », , *op. cit.*, pp. 100-102.

[992] La doctrine considère d'ailleurs les bases juridiques du rapprochement des législations comme des bases particulières de l'action de l'Union en matière environnementale : v., L. KRÄMER, *EU Environmental Law,* 7ème éd., *op. cit.*, n° 1–07 ; Y. PETIT, « Environnement », *op. cit.*, n° 70 ; N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, *op. cit.*, nos 41-43 et s.

[993] V. le Rapport d'information n° 543 du Sénat du 8 juillet 2009, présenté par le sénateur F. KELLER et fait au nom de la commission des finances par le groupe de travail sur la fiscalité environnementale, sur l'instauration d'une contribution « climat-énergie », le fonctionnement et la régulation des marchés de quotas de CO_2, pp. 43 et s ; A. C. PONCELA, « Environmental Taxes in OECD Countries : Recent Developments », *Intertax*, 2008, n° 12, p. 554, pp. 556 et s.

[994] V., au sujet de la distinction entre impôts directs et indirects, A. MAITROT DE LA MOTTE, *Souveraineté fiscale et construction communautaire – Recherche sur les impôts directs*, Paris, LGDJ, 2005, nos 5-11 ; concl. de l'avocat général C. STIX-HACKL sous CJCE, 3 octobre 2006, *Banca popolare di Cremona*, C-475/03, pts. 52 et s.

la proposition de directive instaurant une taxe sur les émissions de dioxyde de carbone et sur l'énergie, qui s'est heurtée aux réticences des États membres et n'a jamais été adoptée[995]. Cette proposition se fondait en effet sur les bases cumulées des actuels articles 113 et 192, paragraphe 2, TFUE. Ce choix était justifié, selon les trois premiers considérants de la proposition, parce que l'acte proposé aurait permis, à la fois, de lutter contre les émissions de gaz à effet de serre et d'harmoniser les droits grevant les marchandises en vue du bon fonctionnement du marché intérieur. Suite à l'échec de cette directive, l'harmonisation de taxes environnementales s'est en quelque sorte coulée dans le cadre plus général de l'harmonisation des droits d'accises sur les produits énergétiques et l'électricité. Les ambitions environnementales de la directive 2003/96/CE restructurant le cadre de la taxation de l'énergie, adoptée sur la base de l'article 113 TFUE uniquement, en attestent[996]. Il est d'ailleurs prévu dans le projet de réforme de cette directive que les États membres distinguent clairement la taxation liée à l'environnement de la taxation générale de l'énergie[997].

547. Ainsi, l'Union dispose d'un pouvoir d'harmonisation qui va lui permettre d'adopter les actes environnementaux les plus divers. Elle peut agir en vue de lutter contre toutes les atteintes au milieu naturel par des interventions aux formes variées. En raison d'un chevauchement de bases juridiques, cette harmonisation n'est pas nécessairement fondée sur les seules bases juridiques de la politique environnementale mais elle peut également s'appuyer sur le rapprochement des impôts indirects. Cependant, si l'étendue de l'action de l'Union est très étendue, le domaine résiduel de la politique environnementale nationale reste important : même dans le domaine harmonisé, il subsiste en règle générale des mesures nationales d'exécution.

---

[995] (JO C 196 du 3 août 1992, p. 1) ; P. THIEFFRY, « Les nouveaux instruments juridiques de la politique communautaire de l'environnement, le Traité de l'Union européenne et le cinquième programme communautaire d'action pour l'environnement », *RTD eur.*, 1992, n° 4, p. 669, pp. 676-678 ; du même auteur, *Droit de l'environnement de l'Union*, *op. cit.*, pp 748-751 ; P. DIBOUT, « Fiscalité européenne et environnement », *RAE*, 1995, n° 2, p. 31

[996] Cette directive est considérée comme un outil pour atteindre les objectifs de réduction des GES conformément au protocole de Kyoto : directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003, restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité (JO L 283 du 31 octobre 2003, p. 51), v. considérants 6-7 ; les taxes sur l'énergie concernées par cette directive représenteraient les trois quarts des recettes de la fiscalité environnementale dans l'Union : D. BERLIN, *Politique fiscale*, vol. I, *op. cit.*, n° 887.

[997] Proposition de directive modifiant la directive 2003/96/CE, avril 2011 (COM(2011)169/3), article 1. v. D BERLIN, « Fiscalité indirecte – Autres impôts – Droits d'accises – Droit d'apport », *JCl. Europe Traité*, fasc. 1650, n° 34.

B) Les effets de l'harmonisation : l'éviction relative des mesures nationales dans le domaine harmonisé

548. Si l'identification des bases juridiques du pouvoir d'harmonisation dans le domaine environnemental renseigne sur son étendue matérielle, son utilité ne s'arrête pas là. Les bases juridiques indiquent également les principes déterminant l'étendue du dessaisissement des États dans le domaine considéré. Or, dans le domaine de l'harmonisation environnementale, l'identification de ces principes enseigne que l'éviction des mesures nationales n'est que relative.

549. La base juridique a son importance dans la répartition des compétences entre l'Union et les États membres car c'est elle qui détermine la catégorie de compétence dans laquelle l'Union agit[998]. Le traité de Lisbonne, à cet égard, a introduit une novation importante[999] : les catégories de compétences, auparavant élaborées dans la jurisprudence de la Cour[1000], sont définies à l'article 2 TFUE et il est désormais explicite que la classification d'un acte dans une de ces catégories se réalise en fonction de sa base juridique[1001]. Pour ce qui concerne le pouvoir d'harmonisation environnemental, les lettres a) et e) du paragraphe 2 de l'article 4 TFUE disposent que les règles d'habilitation contenues aux articles 113 et 192 TFUE fondent des compétences partagées entre l'Union et les États membres.

550. En application du paragraphe 2 de l'article 2 TFUE, dans les domaines de compétence partagée, *« [l]es États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne »*. L'expression « dans la mesure », qui n'est guère précise[1002], est éclairée par le protocole n° 25 sur l'exercice des compétences partagées qui dispose que *« lorsque l'Union mène une action dans un certain domaine, le champ*

---

[998] K. BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, *op. cit.*, pp. 91 s. ; K. LENAERTS, *Le juge et la constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, n°s 387-392.

[999] F. CHALTIEL, « Le Traité de Lisbonne : la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres », *LPA*, 15 février 2008, n° 34, p. 6 ; P. CRAIG, « The Treaty of Lisbon, process, architecture and substance », *EL Rev.*, 2008(2), p. 137, v. pp. 144-150 ; J.-P. JACQUÉ, « Le traité de Lisbonne – Une vue cavalière », *op. cit.*, v. pp. 472-477.

[1000] Antérieurement au traité de Lisbonne, les catégories de compétence ont été élaborées par la jurisprudence et systématisées par la doctrine. V., par exemple, parmi les diverses topologies proposées, G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 9ème éd., Paris, Sirey, 2006, pp. 44-57 ; V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, *op. cit.*, n°s 49-132 ; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, n°s 89-97. Pour une analyse critique de ces catégories, v. L. BURGORGUE-LARSEN, « À propos de la notion de compétence partagée », *RGDIP*, 2006, p. 373, spéc. pp. 383-386.

[1001] Les domaines de compétence sont listés, catégorie de compétence par catégorie de compétence, aux articles 3 à 6 du traité FUE, qui font référence aux bases juridiques éparses que l'on trouve dans le traité.

[1002] V. MICHEL, « Les compétences : les mots et les choses », *Europe*, 2008, n° 7, dossier 6, n° 5.

d'application de cet exercice de compétence ne couvre que les éléments régis par l'acte de l'Union en question et ne couvre donc pas tout le domaine ». La référence à l'exercice de la compétence de l'Union comme source de la limitation de la compétence nationale, mais aussi à l'*« acte de l'Union en question »*, invite à croire que les principes dégagés par la Cour antérieurement au traité de Lisbonne restent applicables[1003].

551. Ainsi, *« [l]'attribution d'une compétence ne dépend pas seulement du texte qui la prévoit, elle dépend aussi de la façon dont tel organe la met en œuvre »*[1004]. L'étendue du dessaisissement de l'État ne peut s'apprécier *a priori* sur la seule base du traité. Elle doit être déterminée de façon casuistique, en fonction des actes de droit dérivé adoptés, acte par acte et disposition par disposition, en analysant l'intention du législateur, le contexte dans lequel l'acte en question a été adopté et son contenu concret[1005]. De la sorte, la même habilitation est susceptible de déboucher sur des modes différents de répartition des compétences en fonction de la façon dont sera développée l'action de l'Union en pratique[1006].

552. Le contrôle de la conformité des actes nationaux effectué par le juge passe alors par l'appréciation de la complétude d'un acte de droit dérivé donné : si celui-ci procède à une harmonisation « complète » d'un domaine, les États membres n'ont plus le droit d'ajouter des éléments à la réglementation de l'Union. Dans ce cas de figure, le droit national doit se conformer entièrement aux dispositions du droit dérivé[1007]. La doctrine assimile souvent cette situation à celle d'une préemption[1008]. En revanche, si le degré de complétude de l'acte est moindre, donc que l'harmonisation est limitée, les États membres disposent d'une marge de

---

[1003] M. BLANQUET, « Compétences de l'Union – Architecture générale – Délimitation », *op. cit.*, n°s 73-77.

[1004] V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, *op. cit.*, p. 94.

[1005] En ce sens, V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, « Compétences communautaires », *op. cit.*, n°s 149-151. v., également, K. LENAERTS, *Le juge et la constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, *op. cit.*, n°s 431 et s ; J.-V. LOUIS, « Quelques réflexions sur la répartition des compétences entre la Communauté européenne et ses États membres », *Revue d'intégration européenne*, 1979, n° 3, p. 355, spéc. pp. 364 et s. ; K. BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, *op. cit.*, spéc. pp. 309 et s.

[1006] L'exemple type étant celui de l'évolution de la répartition des compétences dans le cadre de la politique agricole commune, passée d'une compétence exclusive à une compétence partagée, alors même que les actuels articles 38 TFUE à 44 TFUE sont restés quasi inchangés depuis 1957 : R. SCHÜTZE, « Reforming the "CAP" : from "Vertical" to "Horizontal" Harmonization », *YEL*, 2009, vol. 28, p. 337.

[1007] Ce qui n'exclut pas que le droit dérivé lui-même accorde un choix entre plusieurs options aux États : v., par exemple, récemment, CJUE, 18 juillet 2013, *Citroën Belux*, C-265/12, non encore publié au Recueil, pts. 19-24.

[1008] R. KOVAR, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *RCADE,* vol. IV, book 1, 1995, pp. 120-121 ; Les études qui cherchent à comparer le droit de l'Union avec le droit des États-Unis d'Amérique désignent cette situation comme une « préemption du champ » (*field Preemption*) : A. ARENA, « The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market : Between *Sein* and *Sollen* », *op. cit.*, pp. 29-31 ; R. SCHÜTZE, « Supremacy without Pre-emption ? The very slowly emergent Doctrine of Community Pre-emption », *op. cit.*, pp. 1034 et s.

manœuvre pour adopter, dans le domaine considéré, des mesures non prévues par le droit dérivé et qui peuvent aller au-delà de ses exigences, tant qu'ils ne les heurtent pas[1009].

553. Par ailleurs, les actes législatifs du droit dérivé appellent, aux fins de leur concrétisation dans les ordres internes, des actes juridiques et matériels d'exécution, notamment les actes de transposition des directives ainsi que toute autre obligation en découlant[1010]. En principe, cette charge revient aux États membres, en vertu d'un principe d'administration indirecte consacré au paragraphe premier de l'article 291 TFUE[1011]. Dans cette fonction, les États peuvent disposer d'une marge de manœuvre, ce qui dépend toujours du degré de complétude de l'acte de droit dérivé exécuté[1012]. Ce n'est que par exception que le traité prévoit la possibilité de charger la Commission ou, le cas échéant, le Conseil, de cette fonction, lorsque les nécessités d'une exécution uniforme l'exigent. Même dans cette hypothèse, il peut rester un espace de règles nationales donnant lieu à une situation parfois qualifiée d'exécution partagée[1013].

554. En somme, l'étendue du dessaisissement de l'État et, corrélativement, la marge de manœuvre de celui-ci dans le champ harmonisé, dépend avant tout de la pratique décisionnelle de l'Union. Or, la pratique du législateur dans le domaine de l'environnement, du reste nécessairement conditionnée par les principes de subsidiarité et de proportionnalité puisqu'elle intervient dans un domaine de compétences partagées[1014], est de laisser une certaine liberté aux États membres.

555. Pour ce qui concerne l'harmonisation des droits d'accises sur la base de l'actuel l'article 113 TFUE, l'action de l'Union a été cantonnée à une harmonisation limitée. La Cour a ainsi constaté que la directive 92/81/CEE concernant l'harmonisation des structures des

---

[1009] V., par exemple, récemment, CJUE, 7 mars 2013, *DKV Belgium*, C-577/11, non encore publié au Recueil, pts. 20-29 ; CJUE, 18 juillet 2013, *Sky Italia*, C-234/12, non encore publié au Recueil, pts. 12-13.

[1010] K. BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, *op. cit.*, pp. 348 et s ; J.-V. LOUIS, T. RONSE, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant/LGDJ, 2005, n°s 239 et s. ; R. MEHDI, *« L'exécution du droit communautaire – Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes »*, *in Mélanges en hommage à Guy Isaac, t. 2,* Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 615. Sur l'exécution, en particulier, des directives, v. S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, 2ème éd., *op. cit.*, pp. 73 et s. ; D. SIMON, *La directive européenne*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 34-57.

[1011] Sur les apports du traité de Lisbonne, v. D. RITLENG, « L'identification de la fonction exécutive dans l'Union », *in* J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 27, spéc. pp. 43 et s.

[1012] K. BOSKOVITS, *op. cit.*, spéc. pp. 376-377.

[1013] J. ZILLER, « Exécution centralisée et exécution partagée : le fédéralisme d'exécution en droit de l'Union européenne », *in* J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, *op. cit.*, p. 111.

[1014] K. LENAERTS, P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité CE », *CDE*, 1994, p. 3 ; C. BLUMANN, L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4ème éd., *op. cit.*, n°s 601 et s.

droits d'accises sur les huiles minérales[1015], qui précédait la directive 2003/96, ne constituait qu'une harmonisation partielle de la matière[1016]. Cette constatation semble conforme à la stratégie de la Commission. Alors que le rapprochement des impôts indirects relève de la procédure de décision à l'unanimité au Conseil et que la Commission fût confrontée à certaines réticences des États membres, elle a préféré proposer une harmonisation limitée[1017]. Cette approche semble perdurer : la directive 2003/96 se contente de définir les bases d'imposition des droits d'accises concernés et des taux *minima*. Il revient aux États de définir les prélèvements par lesquels ils entendent parvenir à ce résultat et ils disposent d'une importante marge de manœuvre, notamment pour introduire des taux différenciés ou des exonérations, car ils doivent disposer de *« la flexibilité nécessaire pour définir et mettre en œuvre des politiques adaptées aux contextes nationaux »*[1018].

556. Dans le contexte de la politique environnementale développée sur le fondement de l'article 192 TFUE, la décentralisation est également de mise. Il s'agirait même d'une caractéristique de cette politique qui vise à réaliser la synthèse entre l'intérêt, tant pour l'environnement que pour le marché intérieur, de lutter contre certaines pollutions à l'échelle supranationale et la nécessité que les États membres adaptent leurs politiques en fonction de considérations locales, le tout dans une Union où les ambitions nationales en matière de protection du milieu naturel sont très variables[1019]. En atteste le fait que le principe de subsidiarité est intimement lié à cette politique : lors de son introduction dans le droit primaire par l'Acte unique européen, il était limité à la politique environnementale de l'Union[1020], avant que le traité de Maastricht ne le généralise[1021]. De surcroît, le principe de proportionnalité, impose que l'action de l'Union en la matière soit raisonnablement modérée, ce qui contribue à limiter l'intensité normative de la législation commune[1022]. Il faut ajouter à cela que les États membres disposent, en vertu de l'article 193 TFUE, de la faculté d'adopter des mesures de protection renforcée qui permettent de dépasser unilatéralement le niveau de

---

[1015] Directive 92/81/CEE du Conseil du 19 octobre 1992, concernant l'harmonisation des structures des droits d'accises sur les huiles minérales (JO L 316 du 31 octobre 1992, p. 12).
[1016] CJCE, 29 avril 2004, *Commission/Allemagne*, C-240/01, Rec. p. I-4733, pt. 40.
[1017] A. MAITROT DE LA MOTTE, *Droit fiscal de l'Union européenne*, *op. cit.*, n°s 325-326 ; P. MARCHESSOU, « Accises », *Rép. communautaire Dalloz*, n°s 1-14.
[1018] Directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003, préc., considérants 9-11.
[1019] L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, *op. cit.*, n° 1–21.
[1020] V. le paragraphe 4 de l'ancien article 130 R.
[1021] K. LENAERTS, « The Principle of Subsidiarity and the Environment in the European Union : Keeping the Balance of Federalism », *Fordham Int'l L.J.*, 1993 (4), p. 846, v. p. 850.
[1022] C. BLUMANN, « Compétence communautaire et compétence nationale », *in* J.-C. MASCLET (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 63, spéc. pp. 80 et s.

protection de l'environnement prévu par le droit dérivé, afin que l'harmonisation n'ait pas pour conséquence d'abaisser les ambitions des législations nationales les plus protectrices[1023].

557. Ce cadre n'est pas dépourvu de conséquences sur l'élaboration de la législation dans le domaine environnemental. Certes, au regard du principe de subsidiarité, les conditions de l'action supranationale peuvent être assez facilement réunies[1024], notamment lorsque les disparités de législation risquent d'engendrer des distorsions de concurrence ou lorsqu'il s'agit de lutter contre des nuisances qui ne s'arrêtent pas aux frontières d'un État[1025]. Si ce principe n'est pas un obstacle dirimant, il intervient plutôt dans sa dimension politique, en ce sens qu'il inspire une conception décentralisée de la législation[1026]. En pratique, l'Union recourt ainsi à la directive plutôt qu'au règlement et affectionne les directives-cadre et les normes programmatiques[1027]. La Cour a d'ailleurs jugé que *« la réglementation communautaire, dans le domaine de l'environnement, n'envisage pas une harmonisation complète »*[1028]. Si certains auteurs sont allés jusqu'à considérer que la politique environnementale était limitée à l'harmonisation minimale, en raison, tout particulièrement, de l'actuel article 193 TFUE[1029], il semble toutefois préférable de souligner que la jurisprudence n'est pas tout à fait claire sur la question[1030] et qu'il vaut mieux s'en référer, au cas par cas, au degré de complétude de la directive en cause. Enfin, l'exécution est

---

[1023] Cette particularité de la politique environnementale à entraîné des réflexions particulières relatives à la possibilité de cumuler la base juridique de l'environnement et d'autres bases juridiques qui ne prévoient pas la protection renforcée : L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, *op. cit.*, n° 2–74 ; Y. PETIT, « Environnement », *op. cit.*, n° 46 ; N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, *op. cit.*, n° 41 ; C. VIAL, *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, *op. cit.*, pp. 299-300 ; *contra*, J. GUYOMARD, *L'intégration de l'environnement dans les politiques intra-communautaires*, *op. cit.*, pp. 35 et s.

[1024] A. BRUNET, « La régulation juridique des questions environnementales et le principe de subsidiarité », *Gaz. Pal.*, 2004, n° 164, p. 6.

[1025] Sur ces critères : K. LENAERTS, *op. cit.*, pp. 880-882 ; sur l'étendue de l'action de l'Union,

[1026] Sur la dimension politique de la subsidiarité, v. K. LENAERTS, P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité CE », n°s 6-8.

[1027] L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, *op. cit.*, n°s 2–33-2–38 ; N. DE SADELEER, « Particularités de la subsidiarité dans le domaine de l'environnement », *Droit et société*, 2012, n° 80, p. 73, spéc. pp. 79 et s. ; v., pour un exemple particulièrement significatif, directive 2003/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 mai 2003, visant à promouvoir l'utilisation de biocarburants ou autres carburants renouvelables dans les transports (JO L 123 du 17 mai 2003, p. 42), article 3, paragraphe 1, a) : *« Les États membres devraient veiller à ce qu'un pourcentage minimal des biocarburants et autres carburants renouvelables soit mise en vente sur leur marché et ils fixent, à cet effet, des objectifs nationaux indicatifs »*.

[1028] CJCE, 22 juin 2000, *Fornasar e.a.*, C-318/98, Rec. p. I-4785, pt. 46 ; CJCE, 22 avril 2010, *Dimos Agiou Nikolaou*, C-82/09, Rec. p. I-3649, pt. 24 ; CJCE, 14 avril 2005, *Deponiezweckverband Eiterköpfe*, C-6/03, Rec. p. I-2753, pt. 27 ; CJCE, 21 juillet 2011, *Azienda Agro-Zootecnica Franchini et Eolica di Altamura*, C-2/10, Rec. p. I-6561, pt. 48.

[1029] R. SCHÜTZE, *From Dual to Cooperative Federalism – The Changing Structure of European Law*, OUP, 2009, pp. 270-279 ; v., également, P. WENNERÅS, « Towards an Ever Greener Union ? Competence in the Field of the Environment and Beyond », *op. cit.*, pp. 1664-1665.

[1030] Ainsi, au sujet d'un règlement fondé sur l'actuel article 192 TFUE, la Cour a jugé qu'il *« règlement[ait] de manière harmonisée »* la question du transfert de déchets, ce qui faisait obstacle à l'application des règles prescriptives du traité : CJCE, 13 décembre 2001, *DaimlerChrysler*, C-324/99, Rec. p. I-9897, pt. 42

généralement laissée aux États membres[1031] et la flexibilité prévue par les actes d'harmonisation de la protection de l'environnement leur confère une importante marge de manœuvre. Même lorsqu'elle est confiée à la Commission, les actes d'exécution qu'elle adopte peuvent appeler d'autres actes nationaux subséquents, ce qui correspond au moins à une exécution partagée[1032].

558. Au regard de l'ensemble de ces considérations, il est possible d'évaluer le degré de dessaisissement des États membres produit par le pouvoir d'harmonisation. En application des principes gouvernant les compétences partagées, l'éviction totale des actes nationaux ne peut intervenir que dans l'hypothèse où l'Union a adopté des actes législatifs emportant une harmonisation totale d'un domaine et conserve la totalité du pouvoir de leur exécution. Or, en pratique, cette situation ne se retrouve généralement pas dans le contexte du pouvoir d'harmonisation environnemental. Les actes législatifs garantissent au moins une dose de flexibilité et leur exécution relève, au moins partiellement, des États membres.

559. En somme, il ne faut pas considérer le pouvoir d'harmonisation comme un vecteur d'éviction totale des politiques environnementales nationales, mais plutôt de saisir *« la manière dont les pouvoirs communautaires étatiques s'exercent et se combinent, à propos [de l'objet environnemental] relevant de la compétence matérielle »* de l'Union[1033]. Dans le domaine environnemental harmonisé, il subsistera donc toujours des actes nationaux pour la définition desquels les États membres jouiront d'une marge de manœuvre relative. Or, ces actes d'exécution peuvent être autant d'aides d'État en puissance, dans les conditions qu'il convient à présent de préciser.

[1031] Nous excluons ici les aspects de la décentralisation entendue au sens large qui concernent l'implication des entreprises et des citoyens dans l'application du droit de l'environnement de l'Union (L. HANCHER, « Towards a European Common Future ? The Evolving European Environmental Constitutional Framework », *RCADE*, vol. V, book 1, 1996, p. 151, spéc. pp. 196 et s.), dans la mesure où la présente étude ne s'intéresse qu'à la marge de manœuvre de l'État au regard du degré de précision du droit dérivé.

[1032] V., par exemple, la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil (JO L 275 du 25 octobre 2003, p. 32), telle que modifiée par la directive 2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009, modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (JO L 140 du 5 juin 2009, p. 63) : le paragraphe 1 de l'article 10 *bis* relatif aux quotas alloués à titre gratuit prévoit que la Commission adopte une décision arrêtant des *« mesures d'exécution pleinement harmonisées à l'échelle communautaire »* pour la délivrance de ces quotas, lesquelles mesures sont, ensuite, exécutées par les États.

[1033] P. PESCATORE, *La répartition des compétences et des pouvoirs entre les États membres et les Communautés européennes - Étude des rapports entre les Communautés et les États membres*, *op. cit.*, p. 3.

II) La subsistance des aides d'État malgré l'harmonisation

560. Puisqu'il est ici question de démontrer qu'il reste des situations où des aides environnementales peuvent exister et ce, en se situant par rapport au pouvoir d'harmonisation, il est possible d'articuler les développements suivant une distinction simple, entre le domaine environnemental non harmonisé et le domaine environnemental harmonisé[1034]. Cette distinction se justifie pleinement : des question théoriques assez complexes se posent lorsqu'il est question des aides d'État dans le domaine harmonisé (A), tandis qu'une étude des directives pertinentes est nécessaire pour présenter les hypothèses dans lesquelles le pouvoir d'harmonisation devient un facteur de déclenchement du pouvoir d'encadrement (B).

A) Les aides d'État dans le domaine environnemental non harmonisé

561. L'harmonisation de la protection de l'environnement ne couvre pas, en pratique, la totalité des politiques nationales de protection de l'environnement. Il subsiste donc un domaine de mesures environnementales hors du champ de l'harmonisation qui constitue une somme d'instruments de première génération et d'instruments économiques définis de façon unilatérale par les États.

562. Dans ce domaine, les États membres disposent d'une importante marge de manœuvre pour définir les actes de la protection de l'environnement. S'ils adoptent des mesures utilisant des ressources d'État et contenant des avantages sélectifs, ils risquent de tomber sous le coup de droit des aides d'État. Ainsi, dans les affaires *Adria Wien Pipeline*[1035], *Presidente del Consiglio*[1036] ou encore *British Aggregates*[1037], il était bien question de la sanction du droit des aides d'État au sujet de taxes nationales non harmonisées. Certaines décisions de la Commission fournissent des exemples tout à fait similaires[1038]. De la sorte, lorsque l'État

---

[1034] Ces deux situations ont pu être étudiées s'agissant de la libre circulation des marchandises, mais dans une optique particulière : les arbitrages effectués par le juge entre les considérations environnementales et celles du marché intérieur dans les domaines harmonisés et non harmonisés, et la marge de manœuvre dont il dispose à cet égard (C. VIAL, *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, *op. cit*., spéc. pp. 387 et s). La perspective ici développée est très différente : il s'agit d'évaluer la marge de manœuvre des États dans ces domaines en fonction du droit dérivé pour évaluer les hypothèses pouvant donner lieu à des aides d'État. Mais, pour l'essentiel, l'intérêt même de distinguer les domaines harmonisés et non harmonisés n'en est pas moins confirmé.

[1035] CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, préc.

[1036] CJCE, 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, préc.

[1037] Décision de la Commission du 24 avril 2002, State aid N 863/01, préc. ; TPICE, 13 septembre 2006, *British Aggregates/Commission*, préc. ; CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, préc. ; Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission*, préc.

[1038] V., par exemple, pour la gestion des zones naturelles, décision de la Commission du 2 juin 2009, State aid NN 8/2009, préc. ; en matière de taxes, v., décision 2002/676/CE, CECA de la Commission du 3 avril 2002,

membre agit hors du champ de l'harmonisation, il est soumis à l'interdiction contenue à l'article 107 TFUE et sa marge de manœuvre dans la détermination de sa politique environnementale s'en trouve affectée.

563. Ainsi, le pouvoir d'encadrement permet une réglementation autonome des politiques environnementales nationales par un organe de l'Union et ce, au-delà du pouvoir d'harmonisation. Il s'agit là d'une situation intéressante, aussi bien sur le plan pratique que théorique. Dans le contexte des présents développements, il s'agit de savoir comment l'interpréter en termes de contrainte pour les États membres.

564. À cet égard, il convient de mobiliser de nouveau les études doctrinales relatives à l'encadrement. Elles sont même ici nécessaires car cette notion d'encadrement a précisément été employée pour expliquer l'application des règles prescriptives du traité dans les domaines de compétence autonomes des États membres[1039]. De surcroît, le droit des aides d'État est à l'origine d'affaires où la sanction des règles prescriptives dans les domaines non harmonisés fut particulièrement précoce et explicite. En effet, avant que la Cour ne consacre le considérant de principe selon lequel *« quand bien même [certaines matières] relèvent de la compétence des États membres, ces derniers doivent, néanmoins, dans l'exercice [desdites compétences], respecter le droit de l'Union »*[1040], elle a employé à plusieurs reprises une autre

---

préc. ; décision de la Commission [non datée], State aid – Denmark – Aid SA.33508 (2011/N), Relief from waste water tax/Sugar production, (C[non référencée]), préc.

[1039] On pourrait opposer à cette affirmation qu'en général, la doctrine parle d'encadrement dans des domaines dits « retenus » au sens strict, et vise en ce sens des domaines où l'Union ne dispose pas de compétence explicite dans le traité (v., en particulier, V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, « Compétences communautaires », *op. cit.*, n° 162). Cela exclurait l'environnement car l'Union dispose d'une compétence explicite en la matière. Cependant, cette affirmation semble difficile à tenir si l'on tient compte de l'existence de chefs de compétence, comme ceux actuellement contenus aux articles 114 et 352 TFUE, qui permettent, en raison de l'indétermination de leur objet, la réglementation de matières non explicitement mentionnées au traité (*ibid.*, n° 83-95 ; v., également, R. SCHÜTZE, *From Dual to Cooperative Federalism – The Changing Structure of European Law*, *op. cit.*, spéc. pp. 151-156). D'ailleurs, les auteurs qui abordent la question de l'encadrement mentionnent généralement les arrêts rendus en matière de fiscalité directe. Or, cette matière connaît une harmonisation, certes à ce jour modeste, sur le fondement de l'article 114 TFUE précisément (A. MAITROT DE LA MOTTE, *Droit fiscal de l'Union européenne*, *op. cit.*, n°s 375 et s.), ce qui amène certains auteurs à la qualifier de domaine de compétence partagé (F. VANISTENDAEL, « Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible with the fundamental freedoms ? », *EC Tax Rev.*, 2008, n° 2, p. 52, spéc. p. 54). En tout état de cause, certaines études relatives à l'encadrement traitent explicitement sur le même plan l'absence de compétence explicite et le domaine partagé non harmonisé, en les qualifiant de situations constitutives de *retained powers* : v. L. BOUCON, « Deconstructing Federalism through Retained Powers of States : The European Court of Justice Middle Ground Approach Analyzed in the Light of the American Federal Experience », *op. cit.*, v. notes 114 et 115 de bas de pages 23-24. Aussi, on ne voit pas en quoi, à cet égard, l'environnement serait exclu de ces analyses. Par ailleurs, pour ces raisons, l'expression de compétences autonomes, ou non harmonisées, sera préférée à celle de compétence retenue.

[1040] En droit des aides d'État : CJCE, 15 juillet 2004, *Espagne/Commission*, préc., pt. 123 ; TPICE, 27 janvier 1998, *Ladbroke Racing/Commission*, préc., pt. 54. En droit des libertés de circulation : v., par exemple, dans les domaines les plus divers : CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti e.a.*, préc., pt. 10 ; CJCE, 14 février 1995, *Schumacker*, préc., pt. 21 ; CJCE, 28 avril 1998, *Decker*, préc., pt. 23 ; CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, préc., pt. 25 ; CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne/Royaume-Uni*, préc., pt. 78 ; CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, préc., pts. 41 et 45.

formule. Alors qu'était en cause la relation entre les règles du traité CECA relatives aux aides et aux charges spéciales[1041], la Cour a admis *« des incursions de la compétence communautaire dans les souverainetés nationales là où elles sont nécessaires pour que, du fait des pouvoirs retenus par les États membres, l'effet utile du traité ne soit pas grandement diminué et sa finalité gravement compromise »*[1042]. Par la suite, elle a jugé, dans des affaires où le droit des aides d'État était notamment en cause, que *« l'exercice des compétences retenues ne saurait […] permettre de prendre unilatéralement des mesures qu'interdit le traité »*[1043]. Il est possible de retrouver des considérations de cet ordre dans les motifs de certaines décisions de la Commission adoptées en matière d'aides à l'environnement[1044].

565. Sur la base de cette jurisprudence, la doctrine a considéré que l'application des règles prescriptives du traité dans les domaines autonomes engendrait une limitation de l'exercice de la compétence dans le domaine considéré qui préserverait le titre de compétence. Partant de cette prémisse, de nombreux auteurs envisagent cette jurisprudence sous l'angle de l'attribution des compétences[1045]. Pour reprendre une formule qui paraît bien exprimer ces propositions, *« [l]e volet du traité relatif à l'intégration négative se rattache […] à la problématique de l'articulation des compétences communautaires et étatiques, dans la mesure où la détermination du champ d'application des interdictions pesant sur l'action étatique conditionne l'étendue du rétrécissement des compétences étatiques découlant directement du traité »*[1046].

566. Les analyses construites sur cette base aboutissent à des conclusions diverses. Pour certains auteurs, l'application des règles prescriptives impliquerait une modulation de l'intensité du contrôle, car le degré de contrainte qui découle de l'encadrement diminuerait

---

[1041] Sur ces dispositions, v. P. REUTER, *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, *op. cit.*, n°s 197 et s.

[1042] CJCE, 23 fév. 1961, *De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Haute Autorité*, 30/59, Rec. p. 3, p. 46.

[1043] CJCE, 10 décembre 1969, *Commission/France*, 6/69 et 11/69, Rec. p. 523, pt. 17 ; CJCE, 7 juin 1988, *Grèce/Commission*, 57/86, Rec. p. 2855, pt. 9 ; v., également, CJCE, 2 juillet 1974, *Italie/Commission*, 173/73, Rec. p. 709, pt. 27, en lien avec le pt. 21.

[1044] V., par exemple, au sujet d'un mécanisme national d'échange de quotas, décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 416/2001, préc., pt. 11 ; en matière de taxes, décision 2010/402/UE de la Commission du 15 décembre 2009, préc., pt. 34.

[1045] En droit des aides d'État, C. SIATERLI, *La notion d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE*, *op. cit.,* n°s 246-247 ; v., plus généralement, N. BERNARD, « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *CDE*, 1998, p. 11 ; L. DEFALQUE, « Influence du droit communautaire sur les compétences exclusives ou réservées des États membres : réflexions sur un partage de compétences », *in* Liber Amicorum *Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, n° 1 et s ; E. VON BARDELEBEN, *Le choix de loi au sein du marché intérieur - Libertés économiques de circulation et pluralité juridique étatique*, p. 107, spéc. n°s 42-45.

[1046] K. BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, *op. cit.*, p. 201.

lorsque l'on s'éloigne des domaines de compétence harmonisés[1047]. D'autres expliquent que la compétence dite retenue serait « communautarisée » sous l'effet des règles prescriptives du traité, en ce sens qu'elle serait instrumentalisée aux fins de la réalisation des finalités de l'Union[1048]. La discussion s'engage également, de *lege ferenda*, sur la légitimité de la sanction des obligations de ne pas faire du droit primaire dans les domaines autonomes. Pour certains, cette extension conduirait à une « totalisation » du droit de l'Union, distincte de la centralisation, qui se justifierait par des considérations éthiques ou de solidarité[1049]. Pour d'autres, la pratique des institutions tient de l'acte *ultra vires*[1050]. En particulier, l'application du droit des aides d'État est interprétée, par exemple en matière de fiscalité directe, comme une intrusion dans la souveraineté de l'État[1051] ou même comme un détournement de pouvoir, si ce n'est un « coup d'État »[1052].

567. Pour résumer, ces auteurs, partant de la prémisse que l'application des règles prescriptives du traité produit des effets explicables en termes de compétence, en viennent à déduire de cette application des considérations sur le terrain de l'attribution des compétences, laquelle serait modifiée. Pour ce qui intéresse cette étude, il faudrait admettre que l'application du droit des aides d'État limite l'exercice de la compétence environnementale nationale « retenue » sans faire disparaître le titre national de compétence environnementale. Cela inviterait à des analyses critiques diverses, oscillant de la « totalisation » du droit de l'Union à l'acte *ultra vires*.

568. Toutefois, ces propositions peuvent être discutées car elles occultent la distinction entre les règles prescriptives et les règles de compétence. Elles semblent en particulier présupposer que le champ d'application des règles prescriptives doit, devrait ou, au minimum, pourrait être juridiquement défini en fonction des règles qui attribuent des compétences à l'Union, de sorte que ce champ est analysé théoriquement sous cet angle. En somme, ces

---

[1047] R. BIEBER, « On the mutual completion of overlapping legal systems: the case of the European Communities and the national legal orders », *EL Rev.*, 1988(3), p. 147, v. p. 158 ; pour d'autres, les institutions de l'Union feraient preuve d'une prudence particulière dans les matières non harmonisées : M. MEROLA, « Le critère de l'utilisation des ressources publiques », *op. cit.*, p. 25-26.

[1048] V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, « Compétences communautaires », *Rép. communautaire Dalloz*, *op. cit.*, n° 168.

[1049] L. AZOULAI, « The 'Retained Powers' Formula in the Case Law of the European Court of Justice : EU Law as Total Law ? », *op. cit.*, spéc. pp. 211 et s ; du même auteur, « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », *in* E. NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 341, spéc. pp. 363 et s.

[1050] V., pour la jurisprudence en matière de libre circulation des citoyens européens, P. CRAIG, « The ECJ and *ultra vires* Action : a Conceptual Analysis », *CML Rev.*, 2011 (48), p. 395, spéc. pp. 412-416

[1051] E. MEIER, T. PERROT, « Les aides d'État comme instrument de lutte contre la concurrence fiscale dommageable : la pierre philosophale ? », *op. cit.*, n° 73.

[1052] T. LÜBBIG, « L'application de l'article 87 du Traité de Rome aux aides fiscales : un coup d'État communautaire ? », *RMCUE*, 2003, n° 465, p. 124.

propositions ne permettent pas de considérer que le champ matériel des compétences de l'Union et le champ matériel du droit de l'Union sont distincts. Cela pourrait expliquer que toute contrainte procédant du droit de l'Union soit expliquée en termes de compétences.

569. Or, dans le système du traité, le champ des règles prescriptives, dont l'article 107 TFUE, ne dépend pas de règles attribuant des compétences normatives au législateur de l'Union. Le pouvoir d'encadrement ne se définit pas juridiquement en fonction du pouvoir d'harmonisation[1053]. Tout d'abord, il n'existe pas de règle selon laquelle le champ du droit des aides d'État est limité en fonction des domaines dans lesquels il est appliqué[1054]. Il n'existe pas non plus une règle générale selon laquelle le champ des règles prescriptives serait défini en fonction du champ des compétences attribuées à l'Union. Bien au contraire, il existe des clauses qui réservent explicitement certains domaines aux législations nationales et qui peuvent faire obstacle à la sanction du droit des aides d'État, quand bien même elles seraient interprétées strictement par le juge[1055]. Cela laisse croire qu'en l'absence d'une telle clause, la limitation du champ des règles du traité ne saurait être implicite. Par ailleurs, il existe des règles spéciales à certaines politiques qui prévoient que le législateur peut déterminer, à l'occasion d'une harmonisation, la mesure dans laquelle s'appliquent les règles de concurrence[1056]. Or, s'il existe une règle explicite de ce genre, cela veut bien dire qu'en règle générale, il ne dispose pas de ce pouvoir[1057]. Enfin, il faut rappeler la nature conventionnelle des traités[1058] : du point de vue du droit international public général, il semble difficile d'admettre une règle selon le champ des règles prescriptives contenues dans un traité serait fonction des règles de compétence. Elle serait dépourvue de tout fondement pour les traités contenant exclusivement des règles de cette première catégorie qui constituent certainement la majorité du genre[1059].

570. Au regard de ces considérations, il semble préférable de considérer que si le champ du droit de l'Union est partiellement déterminé par les règles de compétence, il ne s'y limite pas. Il faut tenir compte de la différence entre les règles prescriptives et les règles de compétence

---

[1053] Pour une proposition similaire, v. A. MAITROT DE LA MOTTE, *Droit fiscal de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 45.

[1054] En ce sens, v. A. MAITROT DE LA MOTTE, « Les aides d'État et la concurrence fiscale dommageable », *DF*, 2013, n° 25, étude 334, n°s 9-10.

[1055] V., par exemple, pour l'article 346 TFUE, CJUE, 28 février 2013, *Ellinika Nafpigeia/Commission*, C-246/12 P, non encore publié au Recueil, pts. 16-18.

[1056] V., par exemple, l'article 42 TFUE en matière de politique agricole commune,

[1057] En ce sens, CJCE, 30 avril 1986, *Asjes*, 209/84 et 213/84, Rec., p. 1425, pt. 40 ; CJCE, 27 janvier 1987, *Verband der Sachversicherer/Commission*, 45/85, Rec. p. 405, pt. 12.

[1058] V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, « Compétences communautaires », *op. cit.*, n° 41.

[1059] J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 7ème éd. 2006, pp. 253 et s. : ces auteurs, qui indiquent que ces deux catégories de règles peuvent effacer le caractère unilatéral et discrétionnaire du droit national, soulignent bien que ces contraintes peuvent être alternatives ou cumulatives.

du traité. Les premières sont des obligations de ne pas faire, dont le champ est défini de façon autonome sur la base des catégories juridiques — l'entrave, l'aide, *etc*. — contenues dans le traité. Les secondes sont des règles de compétence, qui permettent la modification de l'ordonnancement juridique dans un champ défini de façon autonome en fonction des bases juridiques également contenues dans le traité. De la sorte, le champ du droit de l'Union est constitué de la somme des champs respectifs des règles prescriptives et des règles de compétence du traité.

571. Certes, la jurisprudence peut prêter à confusion. S'agissant des arrêts anciens, il est difficile de savoir si la Cour n'a pensé, à l'origine, le champ des règles prescriptives en fonction du champ des compétences de l'Union[1060]. Il n'en reste pas moins qu'elle a jugé itérativement que l'harmonisation ne saurait être érigée en préalable de l'application des obligations de ne pas faire contenues dans le traité[1061]. En l'état actuel, la sanction généralisée, et en toutes matières, des libertés de circulation[1062] invite à croire que l'époque des hésitations, si tant est qu'elle ait existé, est révolue et que la Cour aurait plutôt tendance à assurer la « neutralité matérielle »[1063] des règles prescriptives du traité : elles sont appliquées dans tous les domaines, harmonisés ou non, dès lors que les actes adoptés par les États

[1060] Dans le passé, elle semble avoir pu parfois hésiter à sanctionner les règles du traité dans des domaines non harmonisés. On peut mentionner, par exemple, les affaires *Defrenne* : après que la Cour a reconnu un effet direct à la règle de l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes consacrée à l'actuel article 157 TFUE, elle a interprété le champ de cette règle en fonction des dispositions relatives à l'action de l'Union en la matière et aux actes de droit dérivé : CJCE, 25 mai 1971, *Defrenne/État belge*, 80/70, Rec. p. 445, pts. 2-13 ; CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne/SABENA*, 43/75, Rec. p. 455, pts. 41-68 ; CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne/Sabena*, 149/77, Rec. p. 1365, pts. 15-24 ; en ce sens, K. LENAERTS, « Le développement de l'Union sociale européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice », *ERA Forum*, 2008, n° 1, p. 61, spéc. pp. 68-69. Cette retenue pourrait s'expliquer toutefois pour des raisons politiques, et il n'est pas exclu que des raisons également politiques, notamment l'inaction du législateur, ont pu l'inciter à agir : en ce sens, v., notamment, D. BERLIN, « Fiscalités nationales et libertés de circulation communautaires : propos provocateurs », *LPA*, 2008, n° 248, p. 7, n°s 4-7.

[1061] CJCE, 27 février 1980, *Commission/Danemark*, 171/78, Rec. p. 447, pt. 5 ; CJCE, 27 février 1980, *Commission/Irlande*, 55/79, Rec. p. 481, pt. 12 ; pt. 11 ; CJCE, 26 février 1991, *Commission/Espagne*, C-119/89, Rec. p. I-641, pt. 14 ; CJCE 28 janvier 1992, *Bachmann/État belge*, C-204/90, Rec. p. I-249, pt. 11 ; Cette orientation jurisprudentielle pourrait trouver son origine dans une série d'arrêt rendus dans le courant des années 1970, comprenant notamment le fameux arrêt « Cassis de Dijon » (CJCE, 20 février 1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 120/78, Rec. p. 649, v. spéc. pt. 8) dans lesquels la Cour a reconnu un effet direct et a sanctionné les règles prescriptives du traité à la suite de la période de transition prévue par le traité de Rome de 1957, en rejetant l'argument de l'harmonisation préalable : J. RIDEAU, « Les compétence résiduaires et transitoires des États membres », *in Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, p. 441, spéc. pp. 455-470.

[1062] CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti e.a.*, préc., pt. 10 ; CJCE, 14 février 1995, *Schumacker*, préc., pt. 21 ; CJCE, 28 avril 1998, *Decker*, préc., pt. 23 ; CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, préc., pt. 25 ; CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne/Royaume-Uni*, préc., pt. 78 ; CJUE, 2 mars 2010, *Rottmann*, préc., pts. 41 et 45.

[1063] K. LENAERTS et L. BERNARDEAU, « L'encadrement communautaire de la fiscalité directe », *op. cit.*, n° 16. Il est d'ailleurs remarquable que, selon ces auteurs, si la sanction des libertés de circulation emporte une limitation de l'exercice de la compétence fiscale, c'est précisément car elle ne remet pas en cause l'attribution des compétences (*ibid.*, n°s 16-17).

relèvent de leur champ. En application du traité, le champ des obligations de ne pas faire ne se définit pas en fonction des règles relatives à la compétence de l'Union.

572. Quant au considérant de principe utilisé aujourd'hui[1064], il semble avant tout rhétorique. Il faut certainement y voire un argument d'autorité, par lequel la Cour refuse de discuter l'étendue des règles prescriptive en fonction de la compétence de l'Union. Pour certains auteurs, la Cour, en énonçant ce considérant, reconnaîtrait un domaine autonome national[1065]. Cependant, cela reviendrait à admettre que la Cour puisse refuser à l'État le droit d'agir dans un domaine qui n'est ni attribué à l'Union par une compétence exclusive ni harmonisé ce qui serait, cette fois, contraire au principe des compétences d'attribution. Dans une affaire récente, la Commission s'est elle aussi essayée à ce genre de démonstration. Elle a soutenu devant la Cour que *« la fiscalité directe n'est pas une compétence exclusive des États membres, mais qu'elle est implicitement et nécessairement incluse dans la compétence relative au marché intérieur visée à l'article 4, paragraphe 2, sous a), TFUE et considérée comme une compétence partagée entre l'Union européenne et les États membres »*[1066], ce qui serait corroboré par la sanction itérative du considérant de principe en matière fiscale. On perçoit mal l'objectif de la Commission : en l'espèce, était en cause la sanction des libertés de circulation dans le domaine fiscal, ce qui est parfaitement admis par la Cour, tout simplement en raison de la neutralité matérielle de ces libertés. Pour le reste, si la Commission sous-entendait que la sanction de ces libertés par le juge pouvait modifier la répartition des compétences établies par le traité, il s'agirait, à nouveau, d'une proposition difficilement compatible avec le principe de la compétence d'attribution. On remarquera d'ailleurs que la Cour s'est bien gardée de répondre à la Commission dans cette affaire.

573. Au final, le droit des aides d'État est pleinement applicable dans le domaine environnemental non harmonisé. Certes, ce constat signifie que la Commission pourra exercer pleinement son pouvoir d'encadrement dans ce champ et, par ce moyen, contrôler et interdire certaines mesures environnementales. Il conviendra d'en tirer les conséquences dans des développements à venir[1067]. Toutefois, cela n'a aucun effet explicable en termes d'attribution de compétences sur les politiques environnementales nationales. Le champ du droit des aides est défini de façon autonome, en fonction de la notion d'aide contenue à l'article 107 TFUE,

---

[1064] *« Quand bien même [certaines matières] relèvent de la compétence des États membres, ces derniers doivent, néanmoins, dans l'exercice [desdites compétences], respecter le droit de l'Union ».*

[1065] L. BOUCON, « Deconstructing Federalism through Retained Powers of States : The European Court of Justice Middle Ground Approach Analyzed in the Light of the American Federal Experience », *op. cit.*, p. 29 ; L. AZOULAI, « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 367.

[1066] CJUE, 6 juin 2013, *Commission/Belgique*, C-383/10, non encore publié au Recueil, pt. 10.

[1067] V. *infra*, n°s 743 et s.

et aucune règle ne fait dépendre ce champ des compétences attribuées. Si l'on veut apprécier, *de lege lata* l'étendue du pouvoir d'encadrement, il faut s'en référer uniquement à la jurisprudence et à la pratique de la Commission qui interprètent cette notion.

574. En somme, l'harmonisation n'est pas une limite positive au champ du droit des aides d'État, en ce sens que celui-ci ne devrait s'appliquer que dans des domaines harmonisés. Bien au contraire, l'exercice par l'Union de sa compétence environnementale peut être une limite négative : dans certaines hypothèses particulières, la situation crée par le droit dérivé peut fermer le champ du droit des aides d'État. Mais cela ne dépend que de certaines situations factuelles particulières, lesquelles doivent être clarifiées en précisant que le droit des aides d'État s'applique dans les domaines harmonisés.

B) L'harmonisation, facteur de déclenchement du pouvoir d'encadrement

575. S'il est évident que les États membres disposent d'une très importante marge de manœuvre dans le domaine environnemental non harmonisé et que, de la sorte, il leur est parfaitement loisible d'adopter des aides d'État, les hypothèses dans lesquelles les mesures d'exécution du droit dérivé peuvent tomber dans le champ de l'article 107 TFUE sont à première vue moins évidentes. De surcroît, cette proposition même heurte les conceptions établies de la Commission : l'harmonisation est présentée, en théorie, comme un moyen de poser des règles environnementales communes qui feront disparaître les différences de législation entre les États et réaliseront la conciliation entre la protection de l'environnement et le bon fonctionnement du marché intérieur[1068]. Or, il ressort de l'étude de certains actes de droit dérivé dans le domaine environnemental que, bien au contraire, l'harmonisation créée en pratique les conditions débouchant sur l'adoption de mesures nationales relevant de l'article 107 TFUE. Cette situation est presque paradoxale : le législateur de l'Union oblige les États membres à adopter des mesures en principe interdites par le traité. La politique environnementale de l'Union et le droit des aides peuvent entrer en conflit.

576. Afin de préciser ces hypothèses, il faut rappeler que le pouvoir d'harmonisation est matériellement très étendu, en raison de la définition très large des attributions du législateur environnemental de l'Union, ce qui permet l'adoption de toute forme de mesures. Par ailleurs, ce pouvoir repose généralement sur des directives qui appellent des mesures nationales

[1068] V. Communication de la Commission au Conseil relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement – Principes et modalités d'application, annexée à la recommandation du Conseil du 3 mars 1975 relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement, 75/436/Euratom, CECA, CEE, préc.

d'exécution tout en laissant aux États une flexibilité importante. Enfin, il a été précisé que, dans le domaine environnemental, le droit des aides d'État s'étendait, à certains instruments économiques de la protection de l'environnement[1069]. C'est sur la base de ces considérations qu'il semble indiqué de présenter les hypothèses où des aides d'État procèdent de l'harmonisation : certaines directives environnementales sont ainsi faites que les actes nationaux adoptées aux fins de leur exécution peuvent contenir des instruments économiques de la protection de l'environnement. Dans ce cas, le champ des pouvoirs d'harmonisation et d'encadrement coïncident : les mesures nationales considérées tombent sous le coup des obligations définies par le législateur tout en étant susceptibles de relever de l'article 107 TFUE.

577. En premier lieu, il existe des directives qui laissent une marge de manœuvre importante aux États dans le choix de la forme des instruments permettant de les réaliser. Il en est ainsi, notamment, de certaines directives sur les déchets. Ces dernières imposent aux États, outre d'adopter des normes techniques et des régimes de contrôle ou d'autorisation, de mettre en place des systèmes de collecte, de décharge, de recyclage et d'élimination des déchets sur la base d'injonctions plus ou moins précises[1070]. Or, dans certaines hypothèses, l'organisation d'activités qui permettent la réalisation de ces objectifs, notamment les activités de collecte ou de recyclage, peut impliquer une intervention de l'État dans l'économie. Dans ce cas, cette intervention peut comporter, dans le respect du principe pollueur-payeur qui détermine l'imputation des coûts environnementaux[1071], des instruments économiques de la protection de l'environnement, au premier chef desquels des taxes parafiscales et des subventions, afin d'organiser au mieux le financement des activités en matière de déchets. Les directives contiennent des règles en ce sens[1072].

[1069] V., *supra*, n°s 224 et s., étant rappelé que les instruments économiques ne relèvent pas *ipso facto* de l'article 107 TFUE.

[1070] Pour ne mentionner que les directives ayant donné lieu à des aides d'État, v. directive 75/442/CEE du Conseil du 15 juillet 1975, relative aux déchets (JO L 194 du 25 juillet 1975, p. 39), modifiée en dernier lieu par la directive 2008/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008, relative aux déchets et abrogeant certaines directives (JO L 312 du 22 nov. 2008, p. 3) ; directive 94/62/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 décembre 1994, relative aux emballages et aux déchets d'emballages (JO L 365 du 31 décembre 1994, p. 10), modifiée en dernier lieu par la directive 2005/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2005, modifiant la directive 94/62/CE relative aux emballages et aux déchets d'emballages (JO L 70 du 16 mars 2005, p. 17) ; directive 1999/31/CE du Conseil du 26 avril 1999, concernant la mise en décharge des déchets (JO L 182 du 16 juillet 1999, p. 1) ; sur les réglementations en matière de déchets, v. N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, *op. cit.*, n°s 142 et s.

[1071] Sur l'imputation des coûts en matière de droit des déchets, v. O. PEIFFERT, « La contribution de la Cour de justice de l'Union européenne à la définition du principe du pollueur-payeur », *RTD eur.*, 2012, n° 1, p. 53, n°s 25-32.

[1072] Directive 75/439/CEE du Conseil du 16 juin 1975, concernant l'élimination des huiles usagées (JO L 194 du 25 juillet 1975, p. 23) : les articles 13 et 14 prévoient la possibilité pour les États membres d'accorder des

578. En somme, dans ces hypothèses, l'État peut adopter des instruments économiques de la protection de l'environnement. Le législateur de l'Union crée donc indirectement les conditions d'application de l'article 107 TFUE : les États membres disposent d'un large éventail de choix pour réaliser les objectifs des directives et les instruments économiques ne sont qu'une option parmi d'autres. Il faut également préciser que ces derniers ne tombent pas nécessairement dans le champ de l'encadrement. Ils sont simplement susceptibles d'en relever.

579. Une deuxième catégorie de mesures consiste en des instruments économiques adoptés par l'Union elle-même. Celle-ci a en effet orienté son action législative afin de recourir à ces instruments parés des atours de la modernité et de la rationalité économique[1073]. La directive 2003/96[1074] participe de cette logique. Cette directive, en harmonisant les droits d'accises sur les produits énergétiques, concerne de nombreuses taxes nationales environnementales. Elle prévoit d'ailleurs explicitement la prise en compte de cet enjeu, en considérant ces taxes nationales comme des instruments permettant d'atteindre les objectifs de réduction des GES prévus par le protocole de Kyoto[1075]. Plus concrètement, la directive autorise les États à moduler les droits d'accises en fonction de la qualité des carburants, mais aussi à accorder des exonérations totales ou partielles pour les produits énergétiques « verts »[1076]. Le cadre harmonisé des droits d'accises sur l'énergie permet donc aux États d'introduire les différences de traitement fiscal caractéristiques de l'instrument économique que constitue la fiscalité environnementale. Par ailleurs, l'Union a créé un système européen d'échange de quotas d'émission de GES (ci-après « SEEQE »). Ce mécanisme est mis en place par voie de directive afin de lutter contre la pollution atmosphérique et pour que l'Union et les États membres se conforment à leurs objectifs de réduction des émissions de GES. Il faut préciser

---

indemnités aux entreprises, notamment par des mécanismes parafiscaux ; cette directive à été abrogée et consolidée dans la directive 2008/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008, préc.

[1073] Cette inflexion date du cinquième programme d'action pour l'environnement : v. résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, du 1er février 1993, concernant un programme communautaire de politique et d'action en matière d'environnement et de développement durable - Programme communautaire de politique et d'action pour l'environnement et le développement durable et respectueux de l'environnement (JO C 138 du 17 mai 1993, p. 1), spéc. pt. 31 de l'introduction et pt. 7.4 ; v. P. THIEFFRY, « Les nouveaux instruments juridiques de la politique communautaire de l'environnement », *RTD eur.*, 1992, n° 4, p. 669 ; v., également, livre vert sur les instruments fondés sur le marché en faveur de l'environnement et des objectifs politiques connexes, 28 mars 2007 (COM(2007) 140 final).

[1074] Directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003, préc.

[1075] *Ibid.*, considérants 6-7. P. MARCHESSOU, « Accises », *op. cit.*, nos 157-160. Le projet de réforme de cette directive prévoit d'ailleurs que les États distinguent clairement la taxation liée à l'environnement de la taxation générale de l'énergie : v. proposition de directive modifiant la directive 2003/96/CE, avril 2011 (COM(2011)169/3), article 1. D. BERLIN, « Fiscalité indirecte – Autres impôts – Droits d'accises – Droit d'apport », *JCl. Europe Traité*, fasc. 1650, n° 34.

[1076] Directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003, préc., considérants 24-26 et articles 5, 15, paragraphe 1, et 16, paragraphe 1.

que la quasi totalité des quotas est délivrée à titre gratuit, du moins pendant les premières phases[1077].

580. Le point commun entre ces deux directives est qu'elles laissent une importante marge de flexibilité aux États membres. Ainsi, la directive sur les accises ne crée pas, à proprement parler, un impôt européen. Elle consacre plutôt un cadre commun dans lequel les États membres adoptent des taxes sur des bases harmonisées. Les droits d'accises sont institués par les législations nationales et alimentent les budgets des États[1078]. Par ailleurs, les nombreuses exonérations que la directive autorise sont souvent optionnelles. Les États membres pourront donc assez librement faire varier la charge fiscale sur l'énergie en fonction de leurs propres stratégies nationales.

581. Le SEEQE repose lui aussi largement sur l'exécution nationale. Il faut toutefois faire des distinctions en fonction de son évolution. À l'origine de son fonctionnement, il était prévu que les États membres définissent eux-mêmes des plans nationaux d'allocation des quotas, lesquels identifient les entreprises soumises au mécanisme, déterminent le nombre de quotas dont elles disposent et prévoient les modalités de leur délivrance[1079]. Certains auteurs ont relevé que le système s'apparentait plutôt à une somme de mécanismes nationaux d'échange de quotas mis en œuvre conjointement et interconnectés[1080]. À l'occasion de la contestation de la légalité de décisions de la Commission rejetant des PNA sur le fondement de l'article 9 de la directive 2003/87, l'importante marge de manœuvre dans le cadre de l'exécution de cette directive à été confirmée par le juge, mobilisant les principes de subsidiarité et ceux régissant l'exécution des directives : la responsabilité de l'élaboration du PNA appartient aux États membres et ils disposent à cet égard de l'importante marge de manœuvre que le législateur de l'Union leur accorde[1081]. Ainsi, la Commission ne peut se substituer à l'État dans la

---

[1077] Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003, préc., spéc. article 10 qui prévoit le régime de délivrance ; M. DUBOST-MOLINER, « Les permis d'émission négociables et le principe pollueur-payeur », *op. cit.* ; J. LEFEVRE, « Emission Allowance Trading in the EU », *op. cit.* ; M. PÂQUES, « La directive 2003/87/CE et le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne », *RTD. eur.*, 2004, p. 249.

[1078] Directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003, préc., considérant 11.

[1079] Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003, préc., article 9.

[1080] M. POHLMANN, « The European Union Emissions Trading Scheme », *in* D. FREESTONE, C. STRECK (dir.), *Legal Aspects of Carbon Trading*, OUP, 2009, p. 337, spéc. p. 343-344.

[1081] CJUE, 29 mars 2012, *Commission/Estonie*, C-505/09 P, non encore publié au Recueil, pts. 49-54 ; confirmant l'arrêt TPICE, 23 septembre 2009, Estonie/Commission, T-263/07, Rec. p. II-3463, pts. 53-54 ; CJUE, 29 mars 2012, *Commission/Pologne*, C-504/09 P, non encore publié au Recueil, pts. 46-52 ; obs. v. MICHEL, *Europe*, 2012, n° 6, comm. 258 ; confirmant l'arrêt TPICE, 23 septembre 2009, *Pologne/Commission*, T-183/07, Rec. p. II-3395, pts. 85-88 ; TPICE, 7 novembre 2007, *Allemagne/Commission*,T-374/04, Rec. p. II-4431, pt. 116, obs. D. SIMON, *Europe*, 2008, n° 1, comm. 26 ; Trib. UE, 22 mars 2011, *Lettonie/Commission*, T-369/07, Rec. p. II-1039, pt. 46, obs. V. MICHEL, *Europe*, 2011, n° 5, comm. 199 ; sur certaines de ces affaires, v. N. SINGH GHALEIGH, « Emissions trading before the European Court of Justice: market making in Luxembourg » *in* D. FREESTONE, C. STRECK (dir.) *Legal Aspects of Carbon Trading*, *op. cit.*, p. 367 ;

détermination du nombre de quotas à allouer ou dans la méthode choisie pour définir leur répartition[1082]. De manière générale, les États membres sont présumés être libres d'adopter des régimes non prévus explicitement dans le silence de la directive sur un aspect précis du PNA, dont des règles d'ajustement *ex post* du nombre de quotas[1083]. Si la réforme du SEEQE accomplie en 2009 fait considérablement évoluer ce mécanisme dans le sens d'une centralisation, notamment en accordant désormais à la Commission la tâche de définir les règles de l'allocation des quotas[1084], il reste toutefois une marge de manœuvre nationale relative pour certaines mesures particulières, comme par exemple des mesures financières en faveur des secteurs particulièrement exposés à la concurrence internationale ou le financement de projets de démonstration de captage et le stockage géologique du CO_2[1085]. Ainsi, la subsidiarité qui caractérise la politique environnementale joue pleinement et conduit à une harmonisation limitée. Les actes nationaux sont loin d'être évincés. L'Union ne se substitue pas aux États membres en règlementant directement la situation des entreprises. Elle adopte des directives qui imposent à ces derniers d'adopter des instruments économiques. La délivrance de quotas gratuits, de même que les différences de traitement fiscal, se réalisent dans la sphère de droit national résiduel où se nouent des relations juridiques directes entre les États et les entreprises.

582. Dans cette hypothèse, le législateur de l'Union crée directement les conditions de l'application de l'article 107 TFUE. La directive sur les accises oblige les États membres à adopter des mesures fiscales, tout en prévoyant que des exonérations ou des réductions pourront être accordées. Or, la différence de traitement fiscal est caractéristique de l'aide d'État. De même, la directive SEEQE confère aux État la charge d'allouer à titre gratuit des quotas, alors que cette forme de délivrance d'un acte administratif est qualifiable d'aide. Dans cette configuration, la probabilité que l'article 107 TFUE s'applique devient assez forte[1086].

583. Il existe enfin une troisième catégorie d'actes de droit dérivé qui consiste en des mesures ayant clairement pour objet d'obliger les États membres à adopter des régimes

---

P. KROMAREK, « La jurisprudence communautaire relative à la directive 2003/87 », *D.*, 2009. 2357 ; J. A.W. VAN ZEBEN, « The European Emissions Trading Scheme Case Law », *RECIEL*, 2009, n° 2, p. 119.

[1082] CJUE, 29 mars 2012, *Commission/Estonie*, C-505/09 P, préc., pts. 63-69 et 82-87 ; CJUE, 29 mars 2012, *Commission/Pologne*, C-504/09 P, préc., pts. 64-68, 78-85 ;

[1083] TPICE, 7 novembre 2007, *Allemagne/Commission*,T-374/04, préc., pts. 83 et 110-112.

[1084] P. THIEFFRY, « Renforcement du système d'échanges de quotas d'émission de gaz à effet de serre : l'Union européenne prête pour l'après Kyoto », *AJDA*, 2010. 259.

[1085] Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003, préc., telle que modifiée par la directive 2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009, préc., article 10 *bis*, paragraphes 8 et 6.

[1086] Pour des exemples d'aides dans ce contexte, v. *infra*, n°s 629 et s.

d'aides publiques. Ainsi en est-il de la directive 2001/77 relative à la promotion de l'électricité SER[1087]. L'article 3 de cette directive fait obligation aux États membres de prendre les mesures nécessaires pour promouvoir l'accroissement de la consommation d'électricité produite à partir d'énergie SER. Or, les considérants de cette directive indiquent assez clairement la nature de ces mesures : le législateur fait référence explicitement à des instruments tels que les mécanismes de certificats verts, les aides à l'investissement, ou les exonérations fiscales[1088]. La directive 2009/28[1089], qui l'abroge, est encore plus explicite. Elle dispose en effet, que les États membres ont la possibilité de parvenir à leurs objectifs nationaux de développement des énergies SER en mettant en place des « régimes d'aide »[1090] dont la définition laisse peu de place au doute sur leur nature[1091], au motif qu'ils restent nécessaires pour atteindre les objectifs propres de l'Union dans ce domaine[1092]. La directive 2004/8, relative à la cogénération, instaure des obligations tout à fait comparables[1093].

584. Dans ces actes, le législateur fait directement obligation aux États d'adopter des instruments économiques favorisant une production donnée et mentionne certains de ces instruments, comme les aides à l'investissement, qui constituent à l'évidence des aides. La probabilité que les mesures nationales d'exécution de ces directives tombent dans le champ d'application de l'article 107 TFUE devient ici très forte, si elle n'est pas une conséquence nécessaire de l'exécution des obligations contenues dans le droit dérivé.

585. Il faut également préciser que l'application du droit des aides d'État aux mesures nationales d'exécution n'est pas une conséquence incidente et non prévue par le législateur. Bien au contraire, la possibilité de l'application du pouvoir d'encadrement est explicitement mentionnée : les directives font directement référence aux actuels article 107 et 108 TFUE[1094].

[1087] Directive 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001, relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité (JO L 283 du 27 octobre 2001, p. 33).

[1088] *Ibid.*, considérant 14.

[1089] Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009, relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE (JO L 140 du 5 juin 2009, p. 16).

[1090] *Ibid.*, article 3 paragraphe 3 a).

[1091] *Ibid.*, article 2, k), qui définit ces régimes comme comprenant *« les aides à l'investissement, les exonérations ou réductions fiscales, les remboursements d'impôt, les régimes d'aide liés à l'obligation d'utiliser de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, y compris ceux utilisant les certificats verts, et les régimes de soutien direct des prix, y compris les tarifs de rachat et les primes »*.

[1092] *Ibid.*, considérant 27.

[1093] Directive 2004/8/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004, concernant la promotion de la cogénération sur la base de la demande de chaleur utile dans le marché intérieur de l'énergie et modifiant la directive 92/42/CEE (JO L 52 du 21 février 2004, p. 50), considérants 23-26 et article 7.

[1094] Directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003, préc., considérant 32 ; directive 2004/8/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004, préc., article 7, paragraphe 2 ; directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009, préc., article 3, paragraphe 3, b) ; directive 2003/87/CE du

En somme, le législateur exerce son pouvoir d'harmonisation en étant tout à fait conscient que les mesures nationales qu'il implique pourront être contrôlées en application du pouvoir d'encadrement.

586. Ainsi, le pouvoir d'harmonisation, qui est théoriquement censé permettre l'égalisation des conditions de concurrence dans l'Union, crée des situations où les actes nationaux d'exécution peuvent relever du pouvoir d'encadrement. Le cadre de l'exercice de ce dernier pouvoir s'en trouve modifié. La Commission va devoir tenir compte de la donnée institutionnelle que constitue l'obligation pesant sur les États d'exécuter des directives : elle ne contrôle pas des mesures définies de façon unilatérale par l'État, mais des mesures adoptées conformément aux responsabilités partagées et aménagées par le législateur de l'Union en vue de la réalisation d'objectifs communs.

Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003, préc., telle que modifiée par la directive 2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009, considérant 23, et article 10 *bis*, paragraphe 6.

Conclusion du Chapitre I

587. Alors que le droit des aides et la législation environnementale de l'Union coexistent et peuvent, en théorie, favoriser tous deux le bon fonctionnement du marché intérieur, les modalités par lesquelles ils produisent des effets sur les conditions de concurrence doivent être distingués.

588. Le droit des aides d'État peut être compris comme un pouvoir d'encadrement des politiques environnementales. Pour l'essentiel, il confère à la Commission une compétence exclusive de contrôle de l'application des exceptions à une règle prescriptive. De la sorte, sur le plan théorique, les relations juridiques qui en procèdent peuvent être expliquées en termes d'obligations de ne pas faire. En raison de cette limite concrète, le pouvoir d'encadrement ne peut aboutir, même indirectement, à ce que la Commission pose des standards communs de protection de l'environnement.

589. Pour que le droit de l'Union aboutisse à une obligation pesant sur les États d'adopter certaines normes environnementales communes s'imposant aux entreprises, il faut que le législateur de l'Union intervienne. En théorie, l'harmonisation environnementale devrait avoir pour effet d'égaliser les conditions de concurrence dans l'Union. Néanmoins, dans la pratique, l'analyse montre que l'harmonisation ne fait pas totalement disparaître les disparités réglementaires entre les États membres. Cela s'explique tout d'abord par le fait qu'il subsiste toujours des domaines non harmonisés dans lesquels le pouvoir d'encadrement intervient. La sanction du droit des aides hors du domaine harmonisé ne paraît pas critiquable *de lege lata* en raison de la neutralité matérielle de l'article 107 TFUE mais aussi de l'autonomie du droit des aides et de la compétence environnementale. Par ailleurs, l'harmonisation environnementale est souvent partielle de sorte que l'éviction des actes nationaux reste relative. Or, dans ce cas, loin de résoudre les distorsions de concurrence, l'harmonisation donne lieu à des actes nationaux d'exécution qui tombent eux aussi sous le coup du pouvoir d'encadrement.

590. Ainsi, ces deux pouvoirs coexistent, et leurs champs respectifs sont autonomes. Ils peuvent régir à titre exclusif certaines mesures, mais aussi se chevaucher. Dès lors, une mesure nationale de la protection de l'environnement peut être soumise simultanément à l'harmonisation environnementale et au droit des aides d'État. L'exercice du pouvoir d'encadrement dans le domaine harmonisé doit faire l'objet d'une analyse.

Chapitre II) L'exercice du pouvoir d'encadrement dans le domaine harmonisé

591. Le pouvoir d'harmonisation dans le domaine environnemental ne fait pas disparaitre les actes nationaux[1095]. En réalité, il procède plutôt à une reconfiguration des responsabilités respectives de l'Union et des États membres dans l'adoption de mesures aptes à réaliser les objectifs environnementaux poursuivis. Il faut ajouter à cela que la seule présence de la législation environnementale de l'Union ne fait nullement disparaître l'obligation pesant sur les États de respecter le traité : la Cour juge que les actes nationaux d'exécution du droit dérivé restent soumis aux règles prescriptives du droit primaire[1096]. Cette solution paraît somme toute logique : il serait surprenant que des règles de droit dérivé puissent faire obstacle à l'application d'autres règles qui leur sont supérieures dans le contexte d'un ordre juridique dont les normes sont hiérarchisées[1097] et comportant des voies de recours qui en garantissent la cohérence[1098]. De ce point de vue, la présence d'un acte de droit dérivé ne saurait justifier qu'un État membre viole les règles du traité qui sont au sommet de la hiérarchie des normes. Or, la conjonction de l'obligation générale de respecter les traités et de l'obligation, pesant sur les États membres, d'exécuter les directives peut poser problème dans une hypothèse particulière : un acte national peut violer une norme de droit primaire tout en étant pris en exécution d'une obligation contenue dans le droit dérivé. Ainsi que nous l'avons relevé précédemment, cette situation est susceptible de se présenter lorsque l'exercice du pouvoir d'harmonisation environnemental oblige les États membres à adopter des mesures nationales qui revêtent les caractéristiques d'une aide d'État. Dans ce cas, la situation est celle d'un conflit potentiel entre le droit des aides d'État et l'harmonisation. Les règles du marché intérieur peuvent ainsi faire obstacle à la réalisation des objectifs environnementaux de l'Union.

[1095] V., *supra*, n°s 548 et s.

[1096] V., notamment, CJCE, 26 janvier 2006, *Commission/Espagne*, C-514/03, Rec. p. I-963, pt. 23 ; CJCE, 14 décembre 2006, *Commission/Autriche*, C-257/05, Rec. p. I-134*, Pub.somm., pt. 18 ; CJCE, 29 novembre 2007, *Commission/Autriche*, C-393/05, Rec. p. I-10195, pt. 29.

[1097] CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts/Parlement*, 294/83, Rec. p. 1339, pt. 23 ; CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. p. I-6351, pt. 281, ; CJUE, 29 juin 2010, *E et F*, C-550/09, Rec. p. I-6213, pt. 44 ; CJUE, 26 juin 2012, *Pologne/Commission*, C-336/09 P, pt. 36.

[1098] Pour des études récentes, v. K. LENAERTS, « The Basic Constitutional Charter of a Community Based on the Rule of Law », *in* M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (dir.), *The Past and Future of EU Law*, Oxford, Portland Or., Hart Publishing, 2010, p. 295, spéc. pp 303-314 ; J.-P. JACQUÉ, « Les Verts v The European Parliament », *in ibid*., p. 316, spéc. pp. 318-323 ; sur l'importance de cette hiérarchie en matière de droit économique de l'Union, v. J. B. CRUZ, *Between Competition and Free Movement – The Economic Constitutional Law of the European Community,* Oxford, Hart Publishing, 2002, pp. 63 et s.

592. Il convient alors de comprendre comment le droit positif prend en compte cette situation et, le cas échéant, résout les tensions qu'elle fait naître. À cet égard, il est tout d'abord possible de souligner que le conflit entre le droit des aides et le droit dérivé est résolu en fonction d'une opération fondamentale qui est celle de l'imputation. Les institutions y recourent en effet en matière environnementale pour déterminer l'étendue de l'exercice du pouvoir d'encadrement dans le domaine harmonisé (Section I). Par ailleurs, il convient de tenir compte du fait que les directives, dans l'absolu, peuvent contenir les types d'obligations les plus variées[1099]. Alors que les règles de base du pouvoir d'encadrement sont stables, les conditions concrètes du conflit dépendent donc avant tout du contenu des directives. Il existe sur ce point une hypothèse particulière : la présence de procédures d'autorisation dans le droit dérivé peut être vue comme concurrençant l'exercice du pouvoir d'encadrement (Section II).

Section I) L'exercice du pouvoir d'encadrement déterminé en fonction de l'opération d'imputation

593. L'imputation, qui peut être définie comme le fait *« d'imputer quelque chose à quelqu'un afin de lui en faire grief, de lui attribuer une acte à lui reprocher »*[1100], est une opération mobilisée par les acteurs du droit à l'occasion de la sanction du droit des aides d'État dans le domaine environnemental harmonisé. Plus précisément, elle est susceptible de faire obstacle au pouvoir d'encadrement (I). On comprend alors que la Commission ait intérêt à entendre de façon stricte les conditions de cette imputation dans sa pratique (II).

I) L'imputation d'une mesure au législateur de l'Union, obstacle au pouvoir d'encadrement

594. La recherche des occurrences de l'imputation dans le domaine environnemental reflète bien la richesse des relations entre les pouvoirs d'encadrement et d'harmonisation. Il apparaît que les effets de l'imputation ont été suggérés par la Commission dans le contexte de l'élaboration de l'harmonisation environnementale (A). Cette institution a également proposé des critères de réalisation de l'imputation qui ont été confirmés par le juge, en même temps que ces effets (B).

[1099] V. les catégories proposées par la Cour elle-même : CJCE, 30 novembre 2006, *Commission/Luxembourg*, C-32/05, Rec. p. I-11323, pts. 37-40 ; v., également, S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, 2ème éd., *op. cit.*, pp. 41 et s. et 76-78.

[1100] *V°* « Imputation », *in* G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd., *op. cit.*

A) Les effets de l'imputation suggérés par la Commission dans le contexte de l'élaboration de l'harmonisation environnementale

595. Lorsqu'il adopte des actes juridiques visant à protéger l'environnement et prévoyant, directement ou indirectement, que les États membre mettent en œuvre des instruments économiques pour assurer leur exécution, le législateur de l'Union peut engendrer des aides d'État. Intuitivement, tout laisse à croire que ce n'est pas là un effet nécessairement recherché.

596. Si une mesure nationale d'exécution d'une directive est qualifiée d'aide, elle est susceptible d'être interdite en vertu de l'article 107 TFUE. Cela produirait des effets contreproductifs puisque les espoirs d'atteindre les objectifs environnementaux poursuivis risquent d'être annihilés. Dans cette hypothèse, ce ne sont pas les politiques nationales, mais la politique environnementale de l'Union elle-même qui peut être tenue en échec par le droit des aides d'État. Toutefois, l'incompatibilité des aides prévue par l'article 107 TFUE n'est *« ni absolue ni inconditionnelle »*[1101]. La Commission peut toujours autoriser des aides, en vertu du paragraphe 3 de l'article TFUE, dans l'exercice de son pouvoir d'encadrement. Elle dispose en outre d'un pouvoir discrétionnaire dans la définition du régime juridique des aides à l'environnement[1102]. Aussi, la sanction concrète du droit des aides d'État à l'encontre des mesures nationales d'exécution de la politique de l'environnement et son résultat relèvent-ils largement de la volonté de la Commission. Il faut également tenir compte du fait que la réalisation de la politique environnementale de l'Union dépend d'une relation à trois niveaux : au législateur de l'Union et à la Commission s'ajoutent les États membres qui sont les destinataires, à la fois, de la législation de l'Union, en tant qu'autorités d'exécution de l'harmonisation, et des interdictions des aides d'État, en tant qu'autorités encadrées. Ce sont eux qui devront assumer les manquements aux obligations d'exécution des directives ainsi que la récupération des aides qu'ils auront versées au mépris des articles 107 et 108 TFUE et les manquements qui peuvent en découler.

597. Les intérêts parfois divergents du législateur de l'Union, de la Commission et des États membres sont alors susceptibles de se rencontrer au stade de l'élaboration du droit dérivé. Dans le contexte de cette relation à trois, il faut encore tenir compte de la fiction que désigne le législateur de l'Union. L'étude des pouvoirs et de la composition des institutions ne doit pas être occultée. En pratique, la Commission intervient lors de l'élaboration d'actes sur

---

[1101] CJCE, 16 décembre 1992, *Lornoy e.a./État belge*, C-17/91, Rec. p. I-6523, pt. 29 ; CJCE, 27 octobre 1993, *Scharbatke/Allemagne*, C-72/92, Rec. p. I-5509, pt. 19.
[1102] V., *supra*, n° 490.

les bases des articles 192 et 113 TFUE grâce au monopole de principe de l'initiative des actes de droit dérivé[1103]. Les États interviennent collectivement, en tant que membres du collège législatif que constitue le Conseil, quand bien même les actes de ce dernier sont imputés à l'Union[1104]. On ne saurait dire que la Commission et le Conseil agissent totalement seuls, le paragraphe premier de l'article 192 TFUE prévoyant la procédure législative ordinaire qui implique le Parlement européen[1105]. Toutefois, l'article 113 TFUE prévoit quant à lui une procédure spéciale, à l'unanimité au Conseil, où le Parlement n'est que consulté.

598. Les acteurs intéressés par le pouvoir d'encadrement dans le domaine environnemental harmonisé interviennent ainsi dans le processus d'harmonisation. Or, certains actes préparatoires de la directive 2003/87 établissant le SEEQE et de la directive 2003/96 harmonisant les droits d'accises sur les produits énergétiques témoignent des questions particulières que peut poser le droit des aides d'État lors de la négociation du droit dérivé.

599. Dans le livre vert ayant aboutit à l'adoption de la directive 2003/87 établissant le SEEQE[1106], la Commission avait relevé que des différences de traitement entre les entreprises, lors de l'allocation des quotas, étaient susceptibles d'engendrer des aides d'État[1107]. Elle avait ensuite soulevé la question de l'instrument juridique approprié pour réglementer la méthode d'allocation des quotas et suggérait que les lignes directrices qu'elle adopte dans l'exercice de son pouvoir de contrôle des aides pourraient être suffisantes[1108]. En réponse à ce livre vert, certains États membres admettaient que l'application de l'article 107 TFUE puisse être un moyen d'éviter des distorsions de concurrence, mais ils invitaient par ailleurs la Commission à préciser sa politique sur ce point car les lignes directrices existant à l'époque ne garantissaient pas un niveau de sécurité juridique satisfaisante[1109]. Leurs espoirs ont cependant été déçus par l'encadrement communautaire des aides à l'environnement adopté en 2001 : ses dispositions indiquaient, sans plus de précisions, qu'un système d'échange de quotas pouvait contenir des aides, tout en précisant qu'il était *« prématuré de définir les*

[1103] Article 17, paragraphe 2, TUE.

[1104] Article 16, paragraphe 2, TUE. Sur la fonction législative, v., notamment, C. BLUMANN, L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4ème éd., *op. cit.*, nos 454 et s.

[1105] Nous laissons de côté le paragraphe 2 du même article puisque, à notre connaissance, aucun acte adopté sur ce fondement n'a d'incidence en droit des aides d'État. Sur ces procédures, en général, v. Y. PETIT, « Environnement », *op. cit.*, nos 32-41 ; N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, *op. cit.*, nos 30-32.

[1106] À ce sujet, v. T. M. RUSCHE, « Emissions Trading », *op. cit.*, pp. 362-366.

[1107] Livre vert sur l'établissement dans l'Union européenne d'un système d'échange de droits d'émission des gaz à effet de serre, du 8 mars 2000 (COM(2000) 87 final), pp. 19-22.

[1108] *Ibid.*, pt. 7.4.

[1109] T. M. RUSCHE, « Emissions Trading », *op. cit.*, pp. 364-365.

conditions d'autorisation de ces aides éventuelles »[1110]. Au final, un éclaircissement est intervenu par le truchement d'un *instrumentum* particulièrement informel. Une lettre conjointe des directeurs généraux des directions de l'environnement et de la concurrence de la Commission[1111], élaborée après l'adoption de la directive 2003/87, fut adressée aux États membres. À l'époque de la rédaction de cette lettre, les directeurs généraux ont pu s'appuyer sur les quelques décisions rendues par la Commission sur la base des articles 107 et 108 TFUE au sujet des mécanismes nationaux de quotas[1112]. Ils ont ainsi donné des précisons sur les hypothèses dans lesquelles des aides d'État étaient envisageables, tout en précisant quelques éléments quant à leur compatibilité[1113].

600. Il semble toutefois que c'est surtout à l'occasion de la négociation de la directive 2003/96 que les relations entre le pouvoir d'encadrement et le pouvoir d'harmonisation ont nécessité des précisions de la part de la Commission. Outre le fait que la matière fiscale est un domaine dont les enjeux pour le trésor public sont particulièrement sensibles, le comportement de la Commission pourrait s'expliquer par la procédure législative spéciale à l'unanimité prévue à l'actuel article 113 TFUE. En tout état de cause, il a pu être soutenu par des agents de la Commission que les aides d'État étaient un élément clé de la négociation de cette directive[1114]. Dès le début des négociations, alors qu'un accord de principe existait quant à l'opportunité de réformer la taxation de l'énergie au niveau de l'Union, les représentants des États au Conseil ont fait part de la nécessité d'un éclaircissement relatif à l'application de l'article 107 TFUE, en particulier au sujet des taxes nationales d'exécution de la future directive qui introduiraient des différences de traitement fiscal au profit ou au détriment de certains secteurs d'activité[1115]. Le Conseil indiquait ainsi qu'il était *« urgent de résoudre les problèmes qui se posent actuellement en ce qui concerne l'interprétation et l'application des règles communautaires en matière d'aides d'État »* et invitait *« la Commission à contribuer à cette solution et à publier une communication clarifiant cette question »*[1116]. La Commission, répondant à cette demande, a précisé sa position dans un document de travail élaboré par ses

---

[1110] Encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03) (JO C 37 du 3 février 2001, p. 3), pt. 71.

[1111] Commission européenne, DG environnement et concurrence, 17 mars 2004, ENV C2/PV/amh/D(2004)420149, State Aid and National Allocation Plans, reproduit en Annexe.

[1112] Décision de la Commission du 12 avril 2000, State aid N 653/99, préc., pt. 4.1, p. 6 ; décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 416/2001, préc., p. 9 ; décision de la Commission du 24 juin 2003, NOx emission trading scheme, State Aid N 35/2003, préc., p. 9 ; v. *supra*, n°s 99 et s.

[1113] Commission européenne, DG environnement et concurrence, 17 mars 2004, ENV C2/PV/amh/D(2004)420149, préc., pp. 2-3.

[1114] B. RENNER-LOQUENZ, D. BOESHERTZ, « State aid : key elements for the agreement in the Council on energy taxation », *CPN*, 2003, n° 3, p. 14.

[1115] Document du Conseil du 5 mars 1999, 7738/99 Fisc 101, p. 5.

[1116] *Ibid.*

services[1117]. En substance, ce document de travail explique que les dérogations autorisées par la directive pourraient constituer des aides, mais que leur compatibilité n'est pas exclue. Il énonce les critères de qualification des aides fiscales en fonction de la jurisprudence et de la pratique de la Commission en la matière[1118], puis les principaux éléments permettant d'assurer leur compatibilité, tout en précisant que cet aspect est régi avant tout par les lignes directrices relatives aux aides à l'environnement, lesquelles sont susceptibles d'évoluer à la suite de l'adoption de la directive[1119]. En tout état de cause, la Commission a fait preuve de prudence dans ce document. En conclusion, tout en rappelant aux États membres l'importance de la notification préalable des aides en application de l'actuel article 108 TFUE, elle a indiqué que *« le projet de directive sur la taxation de l'énergie contient de nombreuses options, ce qui rend impossible de déterminer à l'avance si la façon dont elles seront mises en œuvre par les États membres donnera lieu ou non à des aides d'État au sens de l'article [107 TFUE] et si des telles aides sont toujours compatibles avec le marché commun »*[1120]. Par la suite, dans un autre document préparatoire, le Conseil et la Commission ont fait une déclaration conjointe, par laquelle ils convenaient que la directive participait à la réalisation des objectifs environnementaux et au bon fonctionnement du marché intérieur, tout en précisant que *« la Commission devrait tout mettre en œuvre pour veiller à ce que les mesures prises par les États membres conformément aux exonérations et réductions de taxe prévues dans la présente directive soient jugées compatibles avec les règles relatives aux aides d'État »*[1121].

601. En somme, la question des aides d'État contenues dans les actes nationaux d'exécution est un véritable enjeu lors de l'élaboration des directives instaurant des instruments économiques de la protection de l'environnement. Les représentants des États membres au sein du Conseil sont soucieux de la sécurité juridique des mesures nationales, mais aussi de leur marge de manœuvre résiduelle au stade de l'exécution qui pourrait être fort entamée si la

---

[1117] Commission Staff Working Paper du 24 octobre 2002, State-aid aspects in the proposal for a Council directive on energy taxation (SEC(2002) 1142), reproduit dans le document du Conseil du 28 octobre 2001, 13545/02 Fisc 271. Il semble que les services de la Commission aient pris position antérieurement à ce document de travail : v. document du Conseil du 12 décembre 2001, 14640/1/01 Fisc 255, v. pp. 6-8, qui fait également part des réserves de certains États membres relatives à l'insécurité juridique subsistant pour ce qui concerne les exonérations au bénéfice des entreprises grandes consommatrices d'énergie. Par ailleurs, l'adoption de l'encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., a semblé permettre quelques éclaircissements favorables à un accord au sein du Conseil : v. document du Conseil du 30 novembre 2001, 13778/1/01 Fisc 234, p. 2.

[1118] Commission Staff Working Paper du 24 octobre 2002, préc., pp. 2-4.

[1119] *Ibid.*, pp. 4-6.

[1120] *Ibid.*, p. 6 ; v. B. RENNER-LOQUENZ, D. BOESHERTZ, « State aid : key elements for the agreement in the Council on energy taxation », *op. cit.*

[1121] Document du Conseil du 3 avril 2003, 8084/03, Fisc 59, p. 2.

Commission exerce son pouvoir d'encadrement. La Commission, quant à elle, apporte certaines garanties à cet égard afin de favoriser le consensus au stade du processus législatif. Il apparaît néanmoins qu'elle reste prudente dans ses engagements.

602. Parmi les prises de position de la Commission contenues dans le document de travail relatif aux éléments d'aides contenus dans le projet de directive sur la taxation de l'énergie, il en est une qui semble particulièrement importante. Au sujet de ce qu'elle appelle les « mesures harmonisées », la Commission a rappelé qu'un des critères de définition de l'aide est l'imputation de la mesure à l'État, en évoquant l'arrêt *Stardust*[1122]. Le caractère obligatoire ou facultatif des réductions de taxes est donc pris en compte : *« si une exonération de taxes découle d'une directive et* doit *être appliquée* par tous *les États membres sans laisser* aucune marge discrétionnaire d'appréciation*, la mesure en question n'est pas imputable à l'État. À ce titre, il ne s'agit pas d'une aide d'État et elle n'a pas à être notifiée à la Commission conformément à l'article [108 TFUE] »*[1123].

603. Ainsi, le législateur disposerait d'un pouvoir important : les effets produits par l'harmonisation sont susceptibles de faire obstacle au pouvoir d'encadrement. Le pouvoir d'harmonisation ferait donc perdre à la Commission une fraction de son pouvoir d'encadrement. Inversement, l'absence d'imputation au législateur de l'Union de certaines mesures prévues dans les dispositions de ses directives pourrait laisser subsister une certaine insécurité juridique tant que les États ne sont pas assurés que les mesures nationales exécutant ces dispositions sont conformes au droit des aides d'État. Dans le cas où ces mesures d'exécution seraient incompatibles au titre de l'article 107 TFUE, l'effectivité du pouvoir du législateur pourrait s'en trouver fortement réduite.

604. Cette considération laisse également entrevoir la situation paradoxale dans laquelle se trouve la Commission : elle participe au processus décisionnel qui peut conduire à préserver ou à effriter son pouvoir de contrôle des aides. En renonçant à une harmonisation poussée, elle peut gagner en termes de pouvoir d'encadrement. Inversement, elle pourrait peser dans le processus décisionnel en perdant sur le terrain du pouvoir d'encadrement. Ainsi, en matière de droits d'accises, la Commission se trouve confrontée aux réticentes des États, ce qui l'a amené à préférer, par pragmatisme, des propositions de directives procédant à une harmonisation limitée afin de laisser aux États membres une flexibilité importante[1124]. Il n'en demeure pas moins que les États membres paraissent également soucieux d'assurer la sécurité

[1122] CJCE, 16 mai 2002, *France/Commission*, dit « Stardust », préc., pt. 24.
[1123] Commission Staff Working Paper du 24 octobre 2002, préc., p. 4, souligné par nous.
[1124] A. MAITROT DE LA MOTTE, *Droit fiscal de l'Union européenne*, *op. cit.*, n°s 325-326 ; P. MARCHESSOU, « Accises », *Rép. communautaire Dalloz*, n°s 1-14.

juridique de leurs mesures nationales d'exécution de ces directives. Dans ce contexte, la Commission semble se servir de l'imputation pour souligner le paradoxe de la position des États membres, entre *desiderata* de flexibilité et exigence de sécurité juridique. Dans la conclusion de son document de travail, elle indiquait ainsi qu'une harmonisation plus importante faciliterait l'application du droit des aides d'État, tout en insistant sur le fait que des règles ne laissant aucune marge discrétionnaire aux États membres ne constituent pas des aides[1125]. Il n'est donc pas exclu que la définition stricte des critères de l'imputation participe d'une stratégie visant à influer sur le processus décisionnel aux fins d'une harmonisation renforcée.

605. En tout état de cause, si l'imputation retient l'attention, c'est parce qu'elle semble être l'élément cardinal des relations entre les pouvoirs d'harmonisation et d'encadrement, mais aussi parce que la Commission propose une détermination précise des éléments qui la déterminent. Trois critères paraissent devoir être réunis. L'exonération doit procéder d'une obligation. Elle doit s'imposer généralement aux États membres. Elle ne doit leur laisser aucune marge d'appréciation. Or, cette acception de l'imputation, mais aussi les conséquences qu'elle emporte, ont été validées par la jurisprudence.

B) Les effets de l'imputation confirmés par le juge dans le contexte du droit des aides d'État

606. La doctrine en droit des aides d'État s'accorde sur le fait que l'imputation, en tant que critère de définition de l'aide, a une dimension institutionnelle. Dans les études générales, cette question n'est toutefois généralement abordée que brièvement, au stade de l'analyse de la notion d'aide et sans faire mention des documents de travail de la Commission relatifs à la directive sur les droits d'accises sur les produits énergétiques. Les auteurs précisent qu'une aide est une mesure adoptée par l'État, en ce sens qu'elle lui est imputable, et que la présence d'un acte de droit dérivé est susceptible de faire obstacle à cette imputation[1126]. Certains ajoutent que l'imputation n'est acquise que si la mesure nationale considérée procède d'une obligation du droit dérivé qui ne laisse aucune marge de manœuvre à l'État membre[1127]. L'imputation est également mentionnée lorsqu'il est question des aides d'État dans le

[1125] Commission Staff Working Paper du 24 octobre 2002, préc., p. 6.
[1126] M. HEIDENHAIN(dir.), *European State Aid Law*, *op. cit.*, p. 36.
[1127] A. BIONDI, « Some Reflections on the Notion of 'State Aid Resources' in European Community State Aid Law », *op. cit.*, pp. 1444-1445 ; M. DONY, collab. F. RENARD, C. SMITS, *Contrôle des aides d'État*, *op. cit.*, n° 30 ; J.-P. KEPPENNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, *op. cit.*, n° 139 ; C. QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, *op. cit.*, pp. 17-18.

domaine environnemental harmonisé, sans toutefois donner lieu à des propositions très développées quant à sa signification exacte et ses conséquences juridiques et sans qu'il y ait réellement une position univoque et partagée par les auteurs[1128].

607. Dans le contexte de cette étude, il est nécessaire d'approfondir la compréhension de l'imputation puisqu'elle est l'opération cardinale pour résoudre les problèmes juridiques nés de la coïncidence des champs du pouvoir d'harmonisation et du pouvoir d'encadrement appliqués à une mesure nationale considérée. Cet approfondissement est de surcroît presque évident : à notre connaissance, le premier arrêt rendu au sujet de l'imputation en droit des aides concernait précisément l'harmonisation des droits d'accises sur les produits énergétiques et la position de la Commission à cet endroit.

608. En effet, dans son document de travail relatif aux aides d'État contenues dans les mesures d'exécution de la directive sur la taxation de l'énergie, la Commission avait cité en guise d'exemples quelques mesures concrètes dont elle admettait l'imputation au législateur de l'Union[1129]. Parmi ces mesures, se trouve l'exonération d'accises au bénéfice du carburant des avions : la directive 92/81 oblige clairement les États à exonérer *« les huiles minérales fournies en vue d'une utilisation comme carburant pour la navigation aérienne »*[1130]. À suivre la Commission, ce traitement fiscal privilégié ne peut constituer une aide car il est imputable au législateur de l'Union. Or, c'est précisément cette interprétation qui est à l'origine de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Deutsche Bahn*[1131] du Tribunal. En l'espèce, une entreprise de transport ferroviaire avait déposé une plainte auprès de la Commission en arguant que l'exonération d'accises dont disposait la navigation aérienne en application du droit national constituait une aide d'État faussant la concurrence entre les entreprises de transports aérien et ferroviaire. En réponse à cette plainte, le commissaire en charge de la concurrence avait soutenu dans une lettre que la mesure en cause ne pouvait constituer une aide car l'exonération litigieuse consacrée par le droit national trouvait directement sa source dans la directive 92/81[1132]. Il confirmait de la sorte la position adoptée dans le document de travail sur l'harmonisation des accises sur l'énergie.

[1128] V., par exemple, A. KLIEMANN, « Aid for Environmental Protection », *op. cit.*, p. 323 ; M. LORENZ, « Emission trading : the State Aid dimension », p. 401 ; M. MEROLA, G. CRICHLOW, « An analysis of allowances granted under the CO2 emissions allowance trading scheme », *op. cit.*, p. 37 ; S. WOSCHECH, *The State Aid Dimension of Environmental Aid*, *op. cit.*, pp. 48-50.

[1129] Commission Staff Working Paper du 24 octobre 2002, préc., p. 4

[1130] Directive 92/81/CEE du Conseil du 19 octobre 1992, concernant l'harmonisation des structures des droits d'accises sur les huiles minérales (JO L 316 du 31 octobre 1992, p. 12), article 8, paragraphe 1, b).

[1131] TPICE, 5 avril 2006, *Deutsche Bahn/Commission*, T-351/02, Rec. p. II-1047 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2006, n° 6, comm. 190 ; obs. C. NOWAK, *EStAL*, 2006, n° 3, p. 621.

[1132] *Ibid.*, pt. 11.

609. L'entreprise avait alors intenté un recours en annulation à l'encontre de cette lettre qui constituait une décision formelle[1133]. Si le recours était recevable, le Tribunal, au fond, a donné pleinement raison à la Commission : alors que l'exonération dont bénéficiaient les carburants pour avions procédait d'une obligation claire et précise établie par la directive, il a jugé que l'État membre en cause ne faisait *« qu'exécuter des dispositions communautaires conformément à [ses] obligations issues du traité »*. Il s'ensuivait que *« la disposition en cause n'[était] pas imputable à l'État [...], mais découl[ait], en réalité, d'un acte du législateur communautaire »*[1134].

610. Par la suite, la Cour a tranché l'arrêt *Puffer*[1135] dans des termes similaires. Elle était ici saisie par un juge national sur la question de savoir si les actes nationaux de transposition de certaines dispositions de la sixième directive sur la taxe sur la valeur ajoutée (TVA)[1136], qui prévoyaient un avantage réservé à certains assujettis uniquement, constituaient des aides d'État. En considération du cadre juridique de cette espèce, la Cour a jugé que l'avantage en question découlait directement des dispositions de la directive que tous les États membres étaient tenus de transposer, de manière uniforme, en droit national, de sorte que *« la condition d'une intervention de l'État fai[sait] défaut »*[1137]. Par voie de conséquence, les actes nationaux d'exécution ne sauraient être qualifiés d'aides au sens de l'actuel article 107 TFUE.

611. Ainsi, la position de la Commission sur l'imputation des mesures à l'État est validée par la jurisprudence. L'analyse du raisonnement du juge et de la Commission permet alors de préciser les critères constitutifs de l'imputation. À cet égard, on peut relever que la Commission ne mentionne nullement l'harmonisation complète de la matière comme condition pour que les mesures nationales d'exécution soient imputées au législateur de l'Union. Le juge semble partager cette analyse. Dans l'arrêt *Deutsche Bahn*[1138], le Tribunal a refusé d'imputer à l'État une mesure qui était prévue par la directive 92/81[1139], laquelle ne procédait qu'à l'harmonisation limitée des accises sur les huiles minérales[1140]. De même,

---

[1133] *Ibid.*, pt. 63.
[1134] TPICE, 5 avril 2006, *Deutsche Bahn/Commission*, pt. 102.
[1135] CJCE, 23 avril 2009, *Puffer*, C-460/07, Rec. p. I-3251 ; obs. A.-L. MOSBRUCKER, *Europe*, 2009, n° 6, comm. 246.
[1136] Sixième directive 77/388/CEE du Conseil du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme (JO L 145 du 13 juin 1977, p. 1), article 17, paragraphe 2, a).
[1137] CJCE, 23 avril 2009, *Puffer*, préc., pt. 70.
[1138] TPICE, 5 avril 2006, *Deutsche Bahn/Commission*, préc., pt. 101.
[1139] Directive 92/81/CEE du Conseil du 19 octobre 1992, concernant l'harmonisation des structures des droits d'accises sur les huiles minérales (JO L 316 du 31 octobre 1992, p. 12).
[1140] CJCE, 29 avril 2004, *Commission/Allemagne*, C-240/01, Rec. p. I-4733, pt. 40.

l'arrêt *Puffer*[1141] était relatif à la sixième directive TVA qui ne réalise pas une harmonisation complète de cette taxe[1142]. Cela s'explique certainement par le fait qu'il est tout à fait possible que des directives ne procédant pas à une harmonisation complète contiennent, par ailleurs, des dispositions très précises. L'exemple des directives sur les accises est sur ce point éloquent. Dans l'arrêt *Braathens*, la Cour a admis que même si la directive 92/81 confère, en général, une marge d'appréciation aux États qui l'appliquent, certaines dispositions *« sont susceptibles d'être détachées de l'ensemble »* et peuvent conférer, au regard de leur clarté et de leur inconditionnalité, des droits que les particuliers peuvent directement invoquer devant le juge national[1143]. Or, il était précisément question dans cet arrêt de la disposition relative à l'exonération d'accises au bénéfice du carburant des avions qui emportait l'imputation de cette exonération au législateur de l'Union dans l'arrêt *Deutsche Bahn*[1144].

612. Au vu de cette précision, le critère pertinent semble devoir être trouvé, en dernière analyse, dans la marge de manœuvre que les dispositions du droit dérivé accordent aux États : si dans l'absolu, l'harmonisation complète d'un domaine est susceptible de faire disparaître la marge de manœuvre étatique lors de l'exécution, il en est de même de toute règle de droit dérivé dont le degré de précision impose à l'État une obligation claire et précise, qu'elle relève d'une directive procédant à une harmonisation complète ou partielle. Lorsqu'une une règle de droit dérivé oblige tous les États membres à adopter une mesure déterminée, celle-ci ne leur sera pas imputable. Les arrêts *Deutsche Bahn* et *Puffer* sanctionnent précisément cette situation[1145]. Cette interprétation paraît confirmée par le cas des aides versées par l'État au moyen de sommes d'argent mises à sa disposition par le truchement des fonds structurels de l'Union : dès lors que les États disposent d'une importante marge d'appréciation pour l'allocation des sommes provenant des fonds européens, notamment en ce qui concerne les critères d'éligibilité des bénéficiaires et l'opération concrète de versement, les aides qui en procèdent leur sont imputables[1146].

[1141] CJCE, 23 avril 2009, *Puffer*, préc.

[1142] V., par exemple, CJCE, 5 décembre 1989, *ORO Amsterdam Beheer et Concerto*, C-165/88, Rec. p. 4081, pt. 21 ; CJCE, 7 décembre 2006, *Eurodental*, C-240/05, Rec. p. I-11479, pt. 50 ; CJCE, 12 juin 2008, *Commission/Portugal*, C-462/05, Rec. p. I-4183, pt. 51.

[1143] CJCE, 10 juin 1999, *Braathens*, C-346/97, Rec. p. I-3419, pts. 29-32 ; La Cour a également admis que certaines règles de la directive 2003/96 pouvaient être d'effet direct : CJCE, 17 juillet 2008, *Flughafen Köln/Bonn*, C-226/07, Rec. p. I-5999, pts. 27-31 ; obs. J.-P. CHRISTIENNE, « Jurisprudence de la CJCE : fiscalité indirecte (juill./sept. 2008) », *DF*, 2008, n° 44, étude 553, v. n° 4 ; A.-L. MOSBRUCKER, *Europe*, 2008, n° 10, comm. 291.

[1144] TPICE, 5 avril 2006, *Deutsche Bahn/Commission*, préc., pt. 101.

[1145] *Ibid.*, pt. 102 ; CJCE, 23 avril 2009, *Puffer*, C-460/07, préc., pt. 70.

[1146] V., pour des exemples en matière d'aides à l'environnement, s'agissant de sommes provenant du fonds de cohésion : décision de la Commission du 5 juin 2008, N 670/2007 – Czech Republic – Investment aid for the reduction of industrial emissions into water (C(2008)2599), pt. 24 ; s'agissant de sommes provenant du fonds

613. Ainsi, l'opération d'imputation est effectuée explicitement par le juge[1147] lorsqu'il est question de la sanction de l'article 107 TFUE à l'encontre de mesures nationales d'exécution des directives. Dans l'hypothèse où les États ne disposent pas de marge de manœuvre, le droit dérivé fait obstacle au pouvoir d'encadrement. En revanche, lorsqu'ils disposent d'une marge d'appréciation, le droit des aides d'État reste applicable. Il est également important de souligner la différence qui existe, à cet égard, avec les autres règles prescriptives du traité, en particulier les libertés de circulation. En application de ces dernières, les actes du législateur de l'Union peuvent être annulés au motif qu'ils comportent une entrave[1148]. Dans l'hypothèse où ces actes donnent lieu à une entrave lors de l'exécution par les États membres, l'imputation de cette entrave au législateur donne lieu à un conflit de norme pouvant se résoudre en termes de légalité[1149]. En revanche, dans la jurisprudence relative au droit des aides d'État, il n'existe pas de conséquences similaires, ce qui peut paraître logique au regard de la notion d'aide[1150]. En effet, à la différence de l'entrave, l'aide d'État est, par définition, une mesure imputable à l'État[1151], ce que le juge a rappelé dans les arrêts *Deutsche Bahn*[1152] et *Puffer*[1153]. De la sorte, l'imputation à l'État est non seulement une opération nécessaire à l'identification de l'autorité responsable de la mesure en cause, mais aussi un critère de définition de l'aide d'État. Quand la mesure nationale d'exécution du droit dérivé n'est pas imputable à l'État, elle ne constitue pas une aide d'État et, partant, n'entre pas en conflit avec l'article 107 TFUE. En dernière analyse, l'imputation d'une mesure à l'Union ne donne pas lieu à un conflit de normes. Elle le fait disparaître.

614. Ainsi, les institutions de l'Union recourent à une opération préalable à la qualification afin de résoudre la situation où la conjonction de l'obligation générale de respecter les traités

européen agricole pour le développement rural : décision de la Commission [non datée], State aid N 351/2008 – Energy production from agricultural and forestry biomass – Latvia [non référencée], pt. 41. Sur cette question, C. GIOLITO, « La procédure de contrôle des aides d'État peut-elle être utilisée pour contrôler la bonne application d'autres dispositions du droit communautaire ? », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, *op. cit.*, p. 145, spéc. pp. 166-167 ; P. NICOLAIDES, « Puzzle of State Aid : Structural Funds, Cumulation and De Minimis », *EStAL*, 2005, n° 3, p. 433, spéc. pp. 435-437.

[1147] On peut certainement dire qu'elle est toujours au moins implicitement effectuée, mais généralement de manière non problématique.

[1148] En ce sens, CJCE,17 mai 1984, *Denkavit Nederland*, 15/83, Rec. p. 2171, pt. 15, CJCE, 9 août 1994, *Meyhui*, C-51/93, Rec. p. I-3879, pt. 11 ; CJCE, 25 juin 1997, *Kieffer et Thill*, C-114/96, Rec. p. I-3629, pt. 27.

[1149] CJUE, 26 octobre 2010, *Schmelz*, C-97/09, Rec. p. I-10465, pt. 54 ; obs. A.-L. MOSBRUCKER, *Europe*, 2010, n° 12, comm. n° 416.

[1150] *Contra*, obs. C. NOWAK sur TPICE, 5 avril 2006, *Deutsche Bahn/Commission*, préc., *op. cit.*, p. 627, selon qui le juge a porté atteinte à la hiérarchie des normes car le législateur est en toute hypothèse soumis au traité.

[1151] V., notamment, CJCE, 16 mai 2002, *France/Commission*, dit « Stardust », préc., pt. 24 ; CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO*, préc., pt. 24 ; CJCE, 15 juillet 2004, *Pearle e.a.*, préc., pt. 35 ; CJCE, 22 juin 2006, *Belgique/Commission*, préc., pt. 127 ; CJCE, 5 mars 2009, *UTECA*, préc., pt. 43.

[1152] TPICE, 5 avril 2006, *Deutsche Bahn/Commission*, préc., pt. 101.

[1153] CJCE, 23 avril 2009, *Puffer*, préc., pts. 67-68.

et de l'obligation, pesant sur les États membres, d'exécuter les directives peut poser problème — c'est-à-dire lorsqu'un acte national pris en exécution d'une obligation découlant de l'harmonisation environnementale paraît violer l'article 107 TFUE. L'imputabilité d'une mesure à l'État ou à l'Union est une opération intellectuelle explicitement utilisée par les acteurs du droit afin de résoudre les problèmes juridiques soulevés par ces relations entre des normes de trois niveaux différents. Lorsque le juge se trouve confronté à une mesure nationale d'exécution du droit dérivé contraire à une norme de droit primaire, il cherche à apprécier qui, du législateur de l'Union ou de l'État membre, est réellement à l'origine de cette violation. Concrètement, cette opération d'imputation, qui constitue alors une modalité de qualification, implique que le juge apprécie précisément les obligations contenues dans le droit dérivé. Si les actes nationaux d'exécution du droit dérivé État membre ne font que se conformer aux règles définies par le législateur de l'Union, ils sont imputables à ce dernier et ne constituent pas des aides. En revanche, si l'acte de l'État membre n'est pas directement prévu par le droit dérivé, il lui est imputable et tombe, le cas échéant, sous le coup du pouvoir d'encadrement.

615. Ce schéma général étant précisé, il reste à apprécier la façon dont il s'applique dans la pratique de la Commission en matière d'aides à l'environnement. Cela permet d'envisager la grande diversité des hypothèses engendrées par les directives environnementales et confirme que la Commission s'en tient à une acception stricte de l'imputation.

II) L'imputation d'une mesure au législateur de l'Union entendue strictement dans la pratique de la Commission

616. Pour aborder l'imputation dans la pratique de la Commission, il convient de tenir compte du fait que les directives confèrent *« une marge — plus ou moins étendue — d'appréciation voire de pouvoir discrétionnaire [aux États membres] en ce qui concerne la forme et les 'moyens' »*[1154] aptes à réaliser l'objectif poursuivi. Ainsi, alors que l'imputation d'une mesure à l'État est facilement admise en présence d'un choix qui lui appartient, dans des conditions qu'il convient de préciser (A), elle devient plus complexe lorsque les mesures nationales ne sont que partiellement indéterminées (B).

[1154] J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des États membres », *in Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991 p. 391, v. p. 393.

A) L'imputation admise en présence d'un choix de l'État membre

617. Dans le domaine environnemental, la Commission a exercé avec constance son pouvoir d'encadrement pour contrôler des mesures nationales d'exécution des directives. L'article 107 TFUE s'applique dès que l'État dispose d'une marge de choix, qu'elle soit relative au contenu de la mesure nationale d'exécution ou à l'opportunité même de l'adoption de cette mesure.

618. La Commission a notamment contrôlé de nombreuses mesures par lesquelles les États membres mettaient en œuvre des règles de directives qui leur laissent le choix des moyens pour réaliser les objectifs qu'elles déterminent, c'est-à-dire des obligations de résultat, qui correspondent le mieux à une interprétation littérale de l'actuel alinéa 3 de l'article 288 TFUE[1155]. Cela se vérifie, tout d'abord, dans une série de décisions de la Commission relatives aux déchets. Dans ce domaine, la directive 1999/31 prévoit que les États membres doivent définir une stratégie nationale en vue de parvenir à une diminution du volume des déchets mis en décharge, notamment grâce au recyclage, et la directive 94/62/CE impose aux États de prendre les mesures nécessaires pour parvenir à des objectifs de valorisation et de recyclage des déchets d'emballages[1156]. Un État membre avait choisi de mettre en place un régime d'aides dont l'objet était de subventionner des entreprises de recyclage et l'avait notifié à la Commission. Cette dernière, tout en constatant que l'État en question cherchait à parvenir aux objectifs définis par le législateur de l'Union, a contrôlé les aides prévues dans le programme sans que la circonstance d'une exécution du droit dérivé ne produise d'effets au stade de la qualification[1157]. En bref, les instruments économiques que constituent les

---

[1155] Sur la question de l'« intensité normative » des directives, v. R. KOVAR, « Observations sur l'intensité normative des directives », *in* Liber Amicorum *Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987 pp. 359 ; D. SIMON, *La directive européenne*, *op. cit.*, pp. 2-7.

[1156] Directive 1999/31/CE du Conseil du 26 avril 1999, concernant la mise en décharge des déchets, préc., article 5 ; directive 94/62/CE du Parlement européen et du Conseil, préc., article 6 ; cette directive à été modifiée en dernier lieu par la directive 2005/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2005, modifiant la directive 94/62/CE relative aux emballages et aux déchets d'emballages (JO L 70 du 16 mars 2005, p. 17) ; sur les réglementations en matière de déchets, v. N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, *op. cit.*, n°s 142 et s.

[1157] Décision 2003/814/CE de la Commission du 23 juillet 2003, relative à l'aide d'État que le Royaume-Uni envisage de verser à une installation de papier journal dans le cadre du programme WRAP (JO L 314 du 23 novembre 2003, p. 26) : dans cette décision, les directives ne sont évoquées qu'au stade de la compatibilité : v. pt. 119 ; décision 2004/317/CE de la Commission du 11 novembre 2003, concernant l'aide d'État que le Royaume-Uni projette d'accorder au titre du WRAP Environmental Grant Funding et du WRAP Lease Guarantee Fund (JO L 102 du 7 avril 2004, p. 59), pts. 12 et 50-51 ; décision 2008/440/CE de la Commission du 28 novembre 2007, concernant l'aide d'État intitulée « WRAP Printing and Writing Paper Scheme » [aide en faveur du papier d'impression et d'écriture consentie dans le cadre du programme d'action « déchets et

subventions, bien qu'ils permettent l'exécution d'une directive, sont soumis au pouvoir d'encadrement.

619. Des considérations du même ordre peuvent être tirées de décisions relatives à des mesures prises en vue de l'exécution de la directive 2001/81[1158] qui vise à lutter contre la pollution atmosphérique. Cette directive se contente de déterminer des plafonds nationaux d'émission de certains gaz à effet de serre et d'obliger les États à définir des programmes nationaux, dont la réalisation relève de leur responsabilité[1159]. Les instruments économiques pouvant être adoptés à cette fin tombent alors sous le coup du pouvoir de contrôle de la Commission. L'affaire des quotas NO_x illustre bien cette considération : les Pays-Bas avaient opté pour un mécanisme d'échange de quotas, pour aboutir au moindre coût aux plafonds d'émission fixés par cette directive, qui fût notifié à la Commission en application de l'actuel article 108 TFUE[1160]. Cette dernière avait conclu à la présence d'une aide compatible tout en constatant, au stade de l'appréciation de la compatibilité seulement, qu'en l'absence d'un cadre de droit de l'Union relatif aux mécanismes de quotas, l'État disposait d'une importante marge de manœuvre pour exécuter la directive 2001/81[1161]. À l'occasion des différents recours à l'encontre de la décision de la Commission subséquente à cette notification, le Tribunal puis la Cour avaient mentionné l'existence de la directive, sans jamais que cela n'influe sur la qualification de la mesure nationale d'exécution[1162].

620. La directive environnementale ayant engendré le plus de décisions de la Commission en application de l'article 107 TFUE est cependant sans conteste la directive 2001/77 relative à la promotion de l'énergie SER[1163]. Cela peut s'expliquer par le fait que l'article 3 de cette directive faisait obligation aux États membres de prendre les mesures nécessaires pour promouvoir, notamment par l'incitation pécuniaire, l'accroissement de la consommation d'énergie. L'article 4 faisait en ce sens référence à des régimes nationaux de soutien aux producteurs visant à combler le déficit de compétitivité de l'énergie SER sur le marché de

---

ressources » (WRAP)], notifiée par le Royaume-Uni — (enregistrée sous le numéro C 45/05) (JO L 155 du 13 juin 2008, p. 20) : dans cette décision, les directives ne sont évoquées qu'au stade de la compatibilité, v. pt. 42.

[1158] Directive 2001/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2001, fixant des plafonds d'émission nationaux pour certains polluants atmosphériques (JO L 309 du 29 novembre 2001, p. 22).

[1159] *Ibid.*, considérants 11-12 et articles 4 et 6.

[1160] Décision de la Commission du 24 juin 2003, NO_x emission trading scheme, State Aid N 35/2003, préc., pp. 1-2.

[1161] *Ibid.*, p. 10.

[1162] TPICE, 10 avril 2008, *Pays-Bas/Commission*, T-233/04, préc., pt. 10 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pts. 4-5. Sur ces affaires, v. *supra*, n°s 146 et s.

[1163] Directive 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001, relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité (JO L 283 du 27 octobre 2001, p. 33) ; cette directive a été modifiée par la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009, préc.

l'énergie par des deniers publics, tandis que le considérant 12 expliquait que la nécessité de tels régimes de soutien était admise par la Commission dans ses actes atypiques relatifs aux aides à l'environnement. Aussi, toutes les formes d'instruments économiques, tels que les mécanismes de certificats verts, les aides à l'investissement ou les taxes parafiscales adoptées par les États membre en vue de soutenir la production d'énergie SER, ont été contrôlées par la Commission, cette dernière ne mentionnant la directive qu'au stade de la description de l'aide et de l'appréciation de sa compatibilité[1164]. Les contrôles des mesures nationales encourageant le développement de l'énergie SER ont bien évidemment perduré sous l'empire de la directive 2009/28, qui abroge la directive 2001/77[1165].

621. Dans toutes ces hypothèses, les États membres sont soumis à des obligations prévues par le droit dérivé déterminant des objectifs à atteindre, mais ils disposent d'une importante latitude dans le choix des mesures. Dans certains cas, comme lorsqu'il est question de favoriser le recyclage ou de diminuer les émissions d'un GES comme le NO_x, le recours à des instruments économiques peut leur sembler indiqué. Dans d'autres cas, comme lorsqu'il s'agit de soutenir le développement des énergies SER, le recours à des instruments économiques est indiqué par le législateur lui-même mais leur définition concrète relève de la responsabilité des États. Puisque ces instruments nationaux confèrent des avantages sélectifs, ils sont systématiquement encadrés par la Commission.

[1164] Décision de la Commission du 13 septembre 2005, Aide d'État N 64/2005 – France – Modification du régime d'aides à la gestion des énergies renouvelables de l'ADEME (N 117/A/2001) (C(2005) 3543), note 4 de bas de page 2 et note 10 de bas de page 6 ; décision de la Commission du 14 août 2005, State aid N 188/2005, préc., p. 8 ; décision de la Commission du 23 juillet 2005, State aid N 362/2004, préc., pp. 2 et 11 ; décision de la Commission du 4 juillet 2006, State aid NN 162/A/2003 and State aid N 317/A/2006, pts. 5-6 et 67 ; décision de la Commission du 22 décembre 2006, N 432/2006, pp. 2 et 8 ; décision de la Commission du 10 juin 2008, State aid N 47/2008 – Austria– Modification of feed-in tariffs for electricity from renewable sources under the Austrian Green Electricity Act (C(2008) 2749), pt. 1 ; décision de la Commission du 22 juillet 2009, State aid C 24/2009 (ex-N 446/2008) – Austria – The Austrian Green Electricity Act – Aid to the Producers of Green Electricity and Aid to Large Electricity Consumers (C(2009) 3548 final), pt. 9. Certains régimes nationaux de développement des énergies vertes avaient été adoptés avant que le délai de transposition de la directive 2001/77 n'expire, parfois par anticipation. Puisqu'ils avaient vocation à tomber dans le champ de cette directive, la Commission l'a mentionnée, également par anticipation, principalement en vérifiant que les définitions des énergies aidés retenues par les législateur nationaux et de l'Union concordaient : décision de la Commission du 28 novembre 2001, Aide d'État N 415/A/01, préc., p. 2 ; décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 168/A/2001, note 16 de base de page 10 ; décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 504/2000, préc., p. 3 ; décision de la Commission du 2 août 2002, Aide d'État N 14/2002, p. 2 ; p. 4 ; décision de la Commission du 3 juillet 2002, Aide d'État N 117/A/2001 – France – Modification du régime d'aides à la gestion des énergies renouvelables de l'ADEME (C(2002) 1733), p. 4 ; décision de la Commission du 18 septembre 2002, Aide d'État N 415/B/01– Belgique – Projet d'arrêté du Gouvernement wallon relatif à la promotion de l'électricité verte – Aspect concernant l'aide à la production (C(2002) 3344 final), préc., pp. 1 et 3.

[1165] Décision de la Commission du 13 juillet 2011, State aid SA. 33134 2011/N, préc., pt. 2 ; décision de la Commission du 12 janvier 2011, State aid SA.31236 (2011/N) – Ireland – Renewable Feed In Tariff (C(2012) 8 final), pts. 5 et 64. Certains régimes ont été adoptés sous le régime de la directive 2001/77 puis ont été modifiés afin d'anticiper sa modification par la directive 2009/28 : pts. 5 et 64 ; décision de la Commission du 11 février 2009, State aid N 414/2008 – UK – Renewables Obligation – Introduction of a banding mechanism (C(2009) 1028), pts. 4, 10, 12, 23, 39.

622. Dès lors que ce sont bien des obligations de droit dérivé, définies par le législateur environnemental de l'Union, qui déclenchent l'application de l'article 107 TFUE, il semble permis d'interpréter cette situation en termes d'imputation, même si la Commission ne se justifie pas explicitement sur ce terrain. Dans toutes les hypothèses susmentionnées, le degré de précision des règles de droit dérivé est relatif et les éléments fondamentaux des instruments économiques qu'ils appellent, notamment le régime des transferts de ressources, leur montant et leurs bénéficiaires, sont définis par les États membres dans la sphère des mesures nationales d'exécution. L'État est obligé d'agir, mais la mesure qu'il adopte n'est pas déterminée précisément par le législateur de l'Union. Cette pratique paraît donc conforme aux critères jurisprudentiels de l'imputation : la marge de manœuvre nationale subsiste de sorte que les mesures concrètes d'exécution ne peuvent être imputées au législateur.

623. Le pouvoir d'encadrement est également applicable lorsque l'État adopte des mesures nationales permises par le législateur environnemental. Il est préférable ici de ne pas parler au sens strict d'exécution, puisque l'État n'a pas d'obligation d'adopter une mesure. Il exerce plutôt une option. En tout état de cause, les mesures adoptées sur la base d'une permission du législateur sont imputables à l'État car la marge de choix de ce dernier réside ici dans l'opportunité d'adopter la mesure.

624. Il en est ainsi quand les États recourent aux multiples régimes d'exonération et de réduction facultatifs aménagés par la directive 2003/96[1166]. La Commission a en effet contrôlé de façon systématique les traitements fiscaux privilégiés autorisés, à titre d'exemple ceux consentis en faveur des entreprises grandes consommatrices d'énergie[1167] ou de gaz naturel[1168]. Ont également été contrôlées les variations de taux des taxes environnementales qui sont permises à la condition que les niveaux *minima* harmonisés soient respectés[1169]. Le contrôle des taxes nationales dérogatoires se comprend tout particulièrement dans l'hypothèse où l'État profite d'une permission pour introduire des différences de traitement fiscal. Ainsi, dans une de ses décisions, la Commission avait contrôlé des mesures fiscales prises en

[1166] Directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003, préc.

[1167] En application des paragraphes 1, 2 et 4 de l'article 17 de la directive 2003/96/CE : v., par exemple, décision 2005/468/CE de la commission du 30 juin 2004, préc., pt. 51 ; décision 2006/640/CE de la Commission du 23 novembre 2005, concernant les aides d'État mises à exécution par la Slovénie dans le cadre de ses dispositions relatives à un impôt environnemental sur les émissions de dioxyde de carbone dans l'air (JO L 269 du 27 septembre 2006, p. 19), pts. 48-51.

[1168] En application du g) du paragraphe 1 de l'article 15 de la directive 2003/96 : v., par exemple, décision de la Commission du 4 avril 2006, State Aid/United Kingdom – Aid N 56/2006 – Climate change levy rebate extension – Annex I-products (Northern Ireland) (C(2006) 1536), pt. 29.

[1169] V., par exemple, décision de la Commission du 28 décembre 2005, State aid N 588/2005 – Sweden – Prolongation of the Manufacturing Industry's Tax Reliefs – CO2 and Energy Taxes on Fossil Fuels (C(2005) 6054), pp. 3-4.

application des dispositions de la directive autorisant des réductions et exonérations de taxes pour le secteur de l'agriculture[1170]. L'État membre en cause avait fait usage de cette permission pour introduire un taux spécial uniquement au bénéfice de la culture sous serres, créant ainsi une différence de traitement au sein du secteur agricole lui-même[1171].

625. Dans toutes ces hypothèses, qu'elles concernent des situations où le choix de l'État intervient sur le contenu de la mesure, sur l'opportunité de l'adopter ou sur ces deux aspects simultanément, il existe certaines tendances dans la pratique de la Commission. Spontanément, elle ne mentionne jamais les actes de droit dérivé au stade de la qualification et, le cas échéant, elle ne les aborde que succinctement lorsqu'il s'agit d'apprécier la compatibilité des mesures. À la lecture de ses décisions, le fait que la mesure concernée soit prise dans le domaine harmonisé n'est donc pas flagrant. Ce n'est que lorsque l'État membre en cause ou une partie intéressée oppose une directive au pouvoir d'encadrement que la Commission prend la peine de justifier sa position en défendant systématiquement ses prérogatives : en matière d'accises, elle rappelle ainsi qu'elle *« tire ses compétences en matière d'aides d'État directement du traité et qu'une directive qui a pour but une harmonisation d'une taxe au niveau européen ne saurait réduire lesdites compétences »*[1172]. Elle n'hésite pas non plus à contredire fermement les États qui lui rappellent de ses engagements informels : à un État qui lui opposait une de ses déclarations au Conseil Ecofin, la Commission répond *« qu'aucun accord politique d'une quelconque sorte ne peut modifier la notion d'aide, celle-ci étant définie de manière objective dans le traité »*[1173]. Les États membres sont ainsi désormais informés de la valeur qu'il y a lieu d'accorder aux positions prises par la Commission lors de l'élaboration du droit dérivé.

626. Ces tendances sont certainement révélatrices du fait que la Commission entend préserver son pouvoir. Elles ne semblent pas être illégales. Certaines pratiques sont néanmoins plus discutables. En particulier, la Commission semble admettre parfois très facilement la qualification d'aide d'une mesure prise dans le domaine environnemental harmonisé, tout en compensant cette qualification par le fait qu'elle admet également facilement la compatibilité. On peut prendre pour exemple une série de décisions où il était question d'exonérations de taxes sur les biocarburants qui sont encouragées par la directive

---

[1170] En application du paragraphe 3 de l'article 15 de la directive 2003/96.

[1171] Décision 2009/944/CE de la Commission du 13 juillet 2009, concernant les régimes d'aides d'État C 6/04 (ex NN 70/01) et C 5/05 (ex NN 71/04) mis à exécution par l'Italie en faveur des serriculteurs (JO L 327 du 12 décembre 2009, p. 6), pts. 77-82.

[1172] *Ibid.*, pt. 66 ; pour des considérations similaires, v. décision 2008/715/CE de la Commission du 11 mars 2008, préc., pt. 47.

[1173] Décision 2009/944/CE de la Commission du 13 juillet 2009, préc., pt. 61.

2003/30[1174] en plus d'être autorisées par la directive 2003/96[1175]. La Commission a certes, de manière exceptionnelle, fait largement référence à la politique de l'Union en la matière, mais elle a toutefois procédé à la qualification des réductions de taxes de façon assez expéditive, en concluant que le traitement fiscal dérogatoire des biocarburants était une aide[1176]. Cependant, on aurait pu s'attendre à une position différente, notamment au regard de sa pratique consistant à admettre que des exonérations de taxes environnementales accordées à des produits « verts » échappent à l'article 107 TFUE car elles sont justifiées au regard de leur nature et de leur économie[1177]. Les réductions d'impôt accordées aux biocarburants semblaient en effet correspondre aux différences de traitement fiscal caractéristiques d'une taxe environnementale que cette justification permet d'exclure du champ du droit des aides.

627. En somme, il existe une certaine tendance de la Commission à protéger son pouvoir. Dans l'ensemble, cette pratique n'est cependant pas contraire aux principes jurisprudentiels relatifs à l'imputation. Elle devient toutefois plus critiquable lorsqu'il s'agit de qualifier des mesures qui ne sont que partiellement indéterminées par le législateur de l'Union.

B) L'imputation admise pour les mesures partiellement indéterminées

628. Dans l'hypothèse où le législateur détermine partiellement certains éléments fondamentaux des mesures nationales d'exécution, le contrôle de ces dernières au titre des articles 107 et 108 TFUE implique une justification explicite de l'opération d'imputation. À cet égard, les développements qui suivent sont uniquement consacrés aux éléments d'aides engendrés par l'exécution du SEEQE, tant ce cadre d'étude paraît remarquable. Tout d'abord, la directive 2003/87 met en place une réglementation complexe dont la précision varie

---

[1174] Directive 2003/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 mai 2003, préc. ; cette directive invite en effet les États membres à atteindre des objectifs indicatifs de production de biocarburants (article 3) en indiquant qu'ils pourraient à cette fin s'appuyer sur des mesures de nature fiscale (considérants 20-21).

[1175] En application du paragraphe 1 de l'article 16 de la directive 2003/96.

[1176] V., notamment, décision de la Commission du 5 mai 2005, NN 43/04, préc., pts. 14-18 ; décision de la Commission du 27 juillet 2005, N 44/2005 – Lithuania – Excise tax reduction on biofuels (C(2005) 2957), pts. 14-18 ; décision de la Commission du 22 février 2006, NN 59/2005 – Denmark – Tax exemption for biofuels used as motor fuel (C(2006) 612), pts. 15 et 17 ; décision de la Commission du 6 juin 2006, NN 61/04, préc., pts. 8-12 ; décision 2008/208/CE de la Commission du 23 octobre 2007, relative à l'aide d'État C 30/2006 (ex N 367/05 et N 623/05) que l'Italie entend mettre en œuvre en modifiant un régime existant de réduction des droits d'accises sur les biocarburants (JO L 65 du 8 mars 2008, p. 11), pt. 34 ; décision de la Commission du 14 août 2009, State aid N 553/2008 – Germany – Amendment to Aid Scheme for Tax Rebates for Biofuels (DE) (C(2009) 6457), pt. 23 ; décision de la Commission du 18 septembre 2009, State aid N 57/2008 – "Operating aid for biofuels" (C(2009) 7140), pts. 35 et 39 ; décision de la Commission du 19 avril 2010, State aid N 81/2010 Germany – Amendment to Aid Scheme for Tax Rebates for Biofuels (DE) (C(2010) 2557), pt. 4 ;

[1177] Décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid NN 30/B/2000 and N 678/2001, préc., pp. 4-5 ; décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 168/A/2001, préc., pp. 9-11; décision de la Commission du 10 mars 2009, State aid N 354/2008 préc., pts. 6 et 35-36.

fortement, qui appelle des mesures d'exécution de la Commission et qui multiplie les régimes particuliers. De la sorte, les hypothèses d'aides et les causes de leur indétermination partielle sont fort variées. Par ailleurs, le SEEQE a fortement évolué, au fil des réformes, dans le sens d'une centralisation de la décision au niveau de l'Union. Or, cette évolution coïncide avec un renouvellement de la qualification d'aide d'État des mesures nationales d'exécution. La qualification est ainsi fonction de la dynamique du contexte institutionnel : alors que les critères de définition de l'aide applicables aux quotas restent constants, seule l'opération d'imputation s'adapte aux variations de la marge de manœuvre nationale. C'est pourquoi il convient de distinguer les éléments d'aides contenus, à l'origine du SEEQE, dans les plans nationaux d'allocation des quotas (1) de ceux contenus dans le SEEQE réformé (2).

1) Les aides d'État contenues dans les plans nationaux d'allocation des quotas d'émission de gaz à effet de serre

629. Afin d'identifier les éléments d'aides engendrés par le SEEQE, qui est une déclinaison supranationale de l'instrument économique de protection de l'environnement par excellence que constitue le mécanisme d'échange de quotas d'émission[1178], il convient de procéder à quelques précisions liminaires. Tout d'abord, ce mécanisme était à l'origine fort décentralisé : les États membres définissaient eux-mêmes des plans nationaux d'allocation des quotas (ci-après « les PNA ») pour réaliser leurs objectifs individuels de réduction des GES visés par la directive. Le législateur laissait une importante marge de manœuvre aux États pour identifier les entreprises soumises au mécanisme, déterminer le plafond national d'émission, c'est-à-dire le nombre de quotas qui seront initialement alloués, et prévoir les règles et les modalités pratiques de leur délivrance[1179]. Ces plans étaient élaborés par période d'allocation. Deux premières « phases » d'allocation étaient ainsi définies, la première correspondant à une période de trois ans, de 2005 à 2007 et la seconde à une période de cinq ans, de 2007 à 2012[1180].

630. Une seconde considération importante concerne le régime de délivrance initiale des quotas par les États aux entreprises, délivrance qui précède les échanges sur le marché. Dans le livre vert relatif au SEEQE, la Commission avait expliqué que les deux options existantes,

[1178] Pour une définition générale des mécanismes de ce genre, v. *supra*, n° 93.

[1179] Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003, préc., article 9. V., CJUE, 29 mars 2012, *Commission/Estonie*, C-505/09 P, non encore publié au Recueil, pts. 49-54 ; confirmant l'arrêt TPICE, 23 septembre 2009, Estonie/Commission, T-263/07, Rec. p. II-3463, pts. 53-54 ; CJUE, 29 mars 2012, *Commission/Pologne*, C-504/09 P, non encore publié au Recueil, pts. 46-52, confirmant l'arrêt TPICE, 23 septembre 2009, *Pologne/Commission*, T-183/07, Rec. p. II-3395, pts. 85-88) ; TPICE, 7 novembre 2007, *Allemagne/Commission*,T-374/04, Rec. p. II-4431, pt. 116 ; TPICE, 22 mars 2011, *Lettonie/Commission*, T-369/07, Rec. p. II-1039, pt. 46.

[1180] *Ibid*., article 11.

à savoir l'allocation gratuite ou l'allocation aux enchères, permettaient d'atteindre les mêmes résultats pour le climat car les réductions des émissions de GES dépendent avant tout du nombre de quotas disponibles. Elle a néanmoins ajouté que l'allocation onéreuse était préférable sur le plan technique[1181]. Outre le fait qu'elle permet de lever des ressources et qu'elle renforce l'incitation pécuniaire à réduire les émissions, l'allocation aux enchères oblige les entreprises à révéler leurs besoins réels de quotas par les offres qu'elles seront amenées à faire pour les acquérir. La répartition des quotas est en quelque sorte spontanée. En revanche, dans un mécanisme à titre gratuit, l'État doit trouver une méthode de répartition des quotas entre les secteurs en fonction d'une évaluation complexe de la pollution des installations et de leurs capacités et coûts de réduction des émissions. Outre les difficultés techniques, l'État se trouve à arbitrer entre des intérêts économiques divergents car la cession des quotas obtenus gratuitement, mais aussi la perspective d'« effets d'aubaine » résultant du report des coûts du mécanisme sur les consommateurs, peuvent engendrer des pertes et des profits variables selon les secteurs[1182]. La façon dont sont concrètement alloués les quotas gratuits détermine donc la répartition des coûts et des bénéfices entre les entreprises qui y sont soumises et une allocation initiale trop généreuse pourrait perturber la concurrence[1183]. Malgré ces réserves, et certainement en raison de craintes liées à la compétitivité internationale des secteurs économiques concernés, le législateur de l'Union a finalement opté pour le régime suivant pour les deux premières phases d'allocation : 95, puis 90 pour cent des quotas doivent être octroyés gratuitement aux entreprises, les États pouvant choisir d'allouer le reliquat à titre gratuit ou à titre onéreux[1184].

631. L'exécution du SEEQE dépend donc des PNA qui sont des actes des États membres et la répartition des quotas gratuits pourrait engendrer des avantages économiques au profit de

---

[1181] Livre vert sur l'établissement dans l'Union européenne d'un système d'échange de droits d'émission des gaz à effet de serre, du 8 mars, préc., pp. 20-21.

[1182] À ce sujet, v. C. CHENEVIERE, « Le régime juridique de l'*emission trading* européen dès 2013 », *in* C. CHENEVIERE, D. PHILIPPE (dir.), *L'entreprise face au droit des quotas de CO_2,* Bruxelles, Larcier, 2010, p. 21, spéc. pp. 30-31 ; J. LEFEVRE, « Emission Allowance Trading in the EU », *op. cit.*, pp. 161-164.

[1183] Ces effets dommageables pour la concurrence ont été vérifiés dans certaines études de science économique relatives à la première phase d'allocation : M. BACACHE-BEAUVALLET, « Marché et droit : la logique économique du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, 2008/4, n° 127, p. 35, spéc. pp. 44-46 ; M. GRUBB ET AL., « Allowance allocation in the European emissions trading system : a commentary », *Climate Policy*, 2005, n° 1, p. 127 ; R. SMALE ET AL., « The impact of CO2 emissions trading on firm profits and market prices », *Climate Policy*, 2006, n° 1, p. 31. E. WOERDMAN ET AL., « Energy prices and emissions trading : windfall profits from grandfathering ? », *European Journal of Law and Economics*, 2009, n° 2, p. 185.

[1184] Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003, préc., article 10. Pour des études détaillées du fonctionnement du SEEQE à son origine, v., notamment, M. PÂQUES, « La directive 2003/87/CE et le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne », *RTD. eur.*, 2004. 249 ; M. BAZEX, « Les instruments du marché comme moyen d'exécution de la politique de l'environnement : l'exemple du système des quotas d'émission de gaz à effet de serre », *in Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1190.

certaines entreprises ou productions. Au vu de ces considérations, la Commission a soutenu que les PNA étaient susceptibles de relever du droit des aides d'État[1185]. Le législateur de l'Union semblait partager ce constat en indiquant explicitement, dans la directive 2003/87, qu'ils doivent se conformer aux actuels articles 107 et 108 TFUE[1186].

632. Ces diverses références abstraites au droit des aides d'État ne suffisent cependant pas à déterminer juridiquement son application, laquelle ne peut procéder que d'une qualification concrète des PNA. Quand bien même ces derniers engendreraient des avantages, l'ensemble des conditions constitutives de l'aide doivent être réunies pour qu'ils relèvent du pouvoir d'encadrement. À cet égard, les décisions de la Commission relatives aux mécanismes de quotas établis unilatéralement par les États membres fournissent des éléments utiles, mais qui ne peuvent être transposés directement aux PNA. En particulier, dans ces décisions, la condition de l'utilisation de ressources d'État, constitutive de l'aide, n'est remplie que si l'État choisit de recourir à l'allocation gratuite car il abandonne alors des recettes[1187]. Or, dans le SEEQE, le régime de délivrance ne procède pas d'un choix unilatéral de l'État. Il est déterminé par le législateur environnemental de l'Union.

633. Cette considération a amené la Commission à justifier spécialement son analyse sur ce point. Cela ressort des prises de position[1188] que l'on peut retrouver dans les décisions de contrôle préalable des PNA adoptées sur le fondement de l'article 9 de la directive 2003/87[1189]. Si, durant la première phase d'allocation, la Commission est restée très évasive dans la plupart de ses décisions[1190], deux d'entre elles fournissent des éléments substantiels. Partant de la prémisse que les quotas gratuits confèrent des avantages aux entreprises qui en disposent, la Commission s'est enquise de la condition de l'utilisation de ressources d'État. Elle a considéré que l'origine étatique des ressources d'État et l'imputation à l'État étaient ici

---

[1185] Livre vert sur l'établissement dans l'Union européenne d'un système d'échange de droits d'émission des gaz à effet de serre, du 8 mars, préc., pp. 19-22

[1186] Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003, préc., article 11 paragraphe 3.

[1187] Décision de la Commission du 12 avril 2000, State aid N 653/99, préc., pt. 4.1, p. 6 ; décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 416/2001, préc., p. 9 ; décision de la Commission du 24 juin 2003, NOx emission trading scheme, State Aid N 35/2003, préc., p. 9.

[1188] Nous parlons ici de prises de position car il ne s'agit pas formellement de décisions de droit des aides d'État, adoptées sur la base des articles 107 et 108 TFUE, cette particularité étant précisée *infra*, n°s 671 et s.

[1189] Les décisions prises en application de l'article 9 de la directive 2003/87 sont disponibles en ligne, dans la langue de l'État membre destinataire et dans une version traduite en langue anglaise : http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/pre2013/nap/documentation_en.htm.

[1190] Elle a considéré, sans plus de précisions, que *« toute aide potentielle [contenue dans le PNA considéré] est susceptible d'être compatible avec le marché commun, dans l'éventualité d'une évaluation en application de l'article [108], paragraphe 3 du traité »* ; v., par exemple, décision de la Commission du 20 octobre 2004, relative au PNA notifié par la Belgique (COM(2004) 3982 final) ; décision de la Commission du 26 octobre, relative au PNA notifié par la Roumanie pour l'année 2007 [non référencée], pt. 10 ; v., également, Commission européenne, *Rapport sur la politique de concurrence – 2004*, vol. 1, Luxembourg, OPOCE, 2005, pts. 518-520.

réalisées, *« dans la mesure où »* les États allouaient plus de 95 pour cent des quotas à titre gratuit[1191]. Dans ses décisions adoptées sur les PNA au cours de la seconde période d'émission, la Commission a maintenu cette position, cette fois pour le reliquat de dix pour cent des quotas que les États avaient le choix d'allouer à titre gratuit. Elle a ajouté que le constat de l'utilisation de ressources d'État était renforcé par la participation des États membres au mécanisme d'échange établi par le protocole de Kyoto et aux régimes de flexibilité qu'il prévoit à partir de 2008[1192]. Les quotas échangés sous le régime de la directive 2003/87 doivent correspondre à des unités de quantités attribuées créées par ce protocole et devant être restituées par les États membres eux-mêmes, en tant que parties, à l'échéance d'une période d'émission. Dès lors, *« tout quota [délivré gratuitement sous le régime du SEEQE] réduit d'autant le nombre d'unités de quantités attribuée qu'un État membre peut vendre aux autres parties contractantes, ou augmente le nombre d'unîtes de quantité attribuée que cet État membre doit acheter »*[1193]. La Commission a également tiré les

[1191] Elle a aussi fondé cette considération sur le fait que des quotas avaient été mis en réserve pour les nouveaux entrants sur le marché des quotas : décision de la Commission du 20 octobre 2004, relative au PNA notifié par la France (COM(2004) 3982/7 final), pt. 5 ; décision de la Commission du 8 mars 2005, relative au PNA notifié par la Pologne (COM(2005) 549 final), pt. 9 ; communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 7 juillet 2004, concernant les décisions de la Commission du 7 juillet 2004, concernant les plans nationaux d'allocation de quotas d'émission de gaz à effet de serre notifiés par l'Autriche, le Danemark, l'Allemagne, l'Irlande, les Pays-Bas, la Slovénie, la Suède et le Royaume-Uni conformément à la directive 2003/87/CE (COM(2004) 500 final), p. 7.

[1192] La connexion avec le mécanisme créé par la protocole de Kyoto a été assurée par les nouvelles dispositions introduites dans la directive 2003/87 par la directive 2004/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004, modifiant la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, au titre des mécanismes de projet du protocole de Kyoto (JO L 338 du 13 novembre 2004, p. 18). Les régimes de flexibilité consistent en des « activités de projets », appelées mécanisme pour un développement propre et mise en œuvre conjointe, qui permettent de réaliser les objectifs du protocole par le moyen d'actions permettant de réduire les émissions de GES hors du territoire national. Sur ces questions, v. B. LE BAUT-FERRARESE, « La réception du Protocole de Kyoto en droit européen », *RTD eur.*, 2010. 55 ; B. DE GÉRANDO, *Quotas d'émission de gaz à effet de serre*, Reuil-Malmaison, Lamy, 2010, pp. 68-70 et 188-191 ; J.-C. BANCAL ET AL., « Droit du marché carbone », *JCl. Environnement et Développement durable*, fasc. 3360, n°s 7-11, 12-18 et 35-62.

[1193] Décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par l'Allemagne (C(2006)5609/4), pt. 19 ; décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par la Grèce (C(2006) 5610/4), pt. 18 ; décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par l'Irlande (C(2006) 5611/4), pt. 12 ; décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par la Lettonie (C(2006) 5612/4), pt. 15 ; décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par la Lituanie (C(2006) 5613/4), pt. 21 ; décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par le Luxembourg (C(2006) 5614/4), pt. 16 ; décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par Malte (C(2006) 5615/4), pt. 15 ; décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par la Slovaquie, (C(2006) 5616/4), pt. 15 ; décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par la Suède (C(2006) 5617/4), pt. 15 ; décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par le Royaume-Uni (C(2006) 5618/4), pt. 4 ; décision de la Commission du 16 janvier 2007, relative au PNA notifié par la Belgique [non référencée], pt. 19 ; décision de la Commission du 16 janvier 2007, relative au PNA notifié par les Pays-Bas [non référencée], pt. 19 ; décision de la Commission du 26 février 2007, relative au PNA notifié par l'Espagne [non référencée], pt. 7 ; décision de la Commission du 26 mars 2007, relative au PNA notifié par la République Tchèque [non référencée], pt. 16 ; décision de la Commission du 26 mars 2007, relative au PNA notifié par la France [non référencée], pt. 6 ; décision de la Commission du 2 avril 2007, relative au PNA notifié par l'Autriche [non référencée], pt. 9 ;

conséquences inverses de son raisonnement : si l'État choisit de délivrer le reliquat des quotas à titre onéreux, les avantages qui en procèdent ne sont pas imputables aux autorités nationales[1194]. Une décision précise toutefois la portée de cette solution : des éléments d'aides ne sauraient être exclus si l'État n'a pas communiqué de règles précises sur ces enchères, en particulier celles assurant la non discrimination entre les participants[1195]. En somme, pour la Commission, la circonstance que le régime de délivrance soit défini par le législateur et que ce dernier ne laisse une marge nationale de choix que pour une portion résiduelle des quotas n'est donc pas un obstacle au contrôle du PNA au moyen du droit des aides d'État sur cette portion.

634. Cette position est toutefois critiquable, tout d'abord en raison de son ambiguïté. Admettre l'imputation à l'État des avantages engendrés par l'allocation *« dans la mesure où »* celui-ci choisit de délivrer à titre gratuit plus de quotas que le pourcentage obligatoire prévu laisse planer un doute : les éléments d'aides sont-ils contenus uniquement dans le reliquat de 5 puis 10 pour cent de quotas dont la gratuité procède d'un choix de l'État, ou doivent-ils être recherchés dans l'ensemble des régimes prévus par le PNA ? Au regard des décisions en application de l'article 9 de la directive 2003/87, cette seconde conclusion paraît s'imposer[1196] : une fois la qualification admise, la Commission, apprécie certains des éléments précis des PNA, comme par exemple des régimes de délivrance des quotas plus favorables à certains secteurs ou certaines catégories d'entreprises[1197], sans jamais préciser si les quotas en cause relèvent ou non du reliquat. C'est donc l'ensemble du PNA considéré qui semble tomber dans le champ du droit des aides d'État.

---

décision de la Commission du 16 avril 2007, relative au PNA notifié par la Hongrie [non référencée], pt. 17 ; décision de la Commission du 15 mai 2007, relative au PNA notifié par l'Italie [non référencée], pt. 8 ; décision de la Commission du 4 juin 2007, relative au PNA notifié par la Finlande [non référencée], pt. 19 ; décision de la Commission du 18 juillet 2007, relative au PNA notifié par Chypre [non référencée], pt. 16 ; décision de la Commission du 31 août 2007, relative au PNA notifié par le Danemark [non référencée], pt. 5 ; décision de la Commission du 18 octobre 2007, relative au PNA notifié par le Portugal [non référencée], pt. 8 ; décision de la Commission du 26 octobre 2007, relative au PNA notifié par la Roumanie [non référencée], pt. 14 ; pt. 15 ; décision de la Commission du 26 octobre 2007, relative au PNA notifié par la Bulgarie [non référencée], pt. 10 ; décision de la Commission du 11 décembre 2009, relative au PNA notifié par l'Estonie [non référencée], pt. 16.

[1194] Décision de la Commission du 7 juillet 2004, relative au PNA notifié par le Danemark, (C(2004) 2515/6 final), pt. 6.

[1195] Décision de la Commission du 2 avril 2007, relative au PNA notifié par l'Autriche, préc., pt. 12.

[1196] En ce sens, v. M. LORENZ, « Emission trading : the State Aid dimension », *op. cit.*, p. 401. *Comp*. G. CATTI DE GASPERI, « Making State Aid Control 'Greener' : The EU Emissions Trading System and its Compatibility with Article 107 TFEU », *EStAL*, 2010, n° 4, p. 785, v. p. 792.

[1197] V., par exemple, décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par l'Allemagne, préc., pts. 20-23 ; décision de la Commission du 2 avril 2007, relative au PNA notifié par l'Autriche, préc., pts. 10-11 ; décision de la Commission du 26 février 2007, relative au PNA notifié par l'Espagne, préc., pt. 8 ; décision de la Commission du 15 mai 2007, l'Italie, préc., pt. 10.

635. Ensuite, cette position, même clarifiée, paraît insatisfaisante. Il est vrai qu'en doctrine, plusieurs arguments sont avancés à son soutien. Ainsi, pour certains auteurs, l'imputation à l'État devrait être admise parce que les PNA sont des mesures d'exécution inscrites dans le droit national[1198] ou parce que d'un point de vue économique, la délivrance gratuite d'actifs cessibles sur un marché constitue par définition un transfert de ressources[1199]. Ces deux premières propositions pourraient ne pas convaincre : la première ignore la jurisprudence admettant l'imputation d'une mesure à l'Union, qui indique précisément que toute mesure nationale d'exécution d'une directive n'est pas une aide d'État, tandis que la seconde paraît accorder plus d'importance à l'analyse économique qu'aux critères formels de définition de l'aide.

636. D'autres auteurs tiennent compte de ces difficultés et admettent l'imputation aux États des avantages contenus dans les PNA en se basant sur l'importante marge de manœuvre dont ceux-ci disposent dans la définition des plafonds nationaux et de la méthode d'allocation[1200]. Cette analyse est parfois affinée par le constat que la jurisprudence ne se contente pas d'une obligation prévue dans le droit dérivé[1201]. Il a également pu être soutenu que le régime de délivrance prévu dans le droit dérivé ne poserait qu'un problème d'ordre technique, en ce sens qu'il devrait amener la Commission à mener ses appréciations « au prorata », en décidant par exemple, dans l'hypothèse où elle aboutirait au constat d'une aide incompatible, que la restitution devrait être limitée au pourcentage résiduel de quotas que l'État aurait lui-même choisi de délivrer à titre gratuit[1202].

637. À notre sens, ces positions ne parviennent pas à résoudre le problème posé par l'existence d'un régime de délivrance des quotas établi par le droit de l'Union[1203]. Elles semblent plutôt le contourner. La difficulté pour qualifier cette situation s'explique certainement par la situation d'indétermination partielle des PNA : le régime de délivrance du quota est défini concrètement, mais pas ses modalités. Or, il ne faut pas effectuer l'opération

---

[1198] M. MEROLA, G. CRICHLOW, « An analysis of allowances granted under the CO2 emissions allowance trading scheme », *op. cit.*, p. 37. En ce sens, M. LORENZ, *op. cit.*, p. 401.

[1199] K. ANTTONEN, « State Aid in the EU Emissions Trading Scheme National Allocation Plans », *in* M. RODI (dir.), *Environmental Policy Instruments in Liberalized Energy Markets*, *op. cit.*, p. 265, v. p. 273.

[1200] G. CATTI DE GASPERI, *op. cit.*, p. 792 ; v., également, M. SÁNCHEZ RYDELSKI, « *Book Review* - Emission Trading and State Aid Law/Emissionshandel und Beihilfenrecht, by René A. Pfromm », *EStAL*, 2011, n° 1, p. 178, spéc. p. 179, étant entendu que cet auteur a toutefois une position ambiguë car il soutient que l'obligation d'allouer les quotas à titre gratuit pourrait les faire échapper à l'article 107 TFUE, tout en précisant que des aides peuvent être contenues pas ailleurs dans les PNA.

[1201] J. DE SÉPIBUS, « The European emission trading scheme put to the test of state aid rules », *op. cit.*, pp. 7-8; S. WOSCHECH, *The State Aid Dimension of Environmental Aid*, *op. cit.*, p. 49.

[1202] T. M. RUSCHE, « Emissions Trading », *op. cit.*, pp. 380-381.

[1203] D'autres auteurs ont ainsi souligné qu'il conviendrait de tenir compte des conditions précises qui limitent la marge de manœuvre des États dans la définition du PNA : A. ALEXIS, « Protection de l'environnement et aides d'État : la mise en application du principe pollueur-payeur », *op. cit.*, p. 639.

d'imputation à côté de la règle de droit dérivé qui pose ici problème. Le fait que les États membres disposent d'une marge de manœuvre dans la définition du plafonnement des quotas et des entreprises destinataires ne change rien au fait qu'ils sont obligés d'en allouer l'immense majorité à titre gratuit en vertu de l'article 10 de la directive 2003/87. Dans cette hypothèse, il paraît important d'identifier précisément ce qui est défini par le législateur et ce qui ne l'est pas et de conformer en conséquence l'opération d'imputation.

638. Pour conforter cette proposition, il est possible de suggérer une qualification des PNA alternative à celle de la Commission. On peut pour cela partir des réflexions faites précédemment au sujet de l'utilisation de ressources d'État par les mécanismes nationaux de quotas : l'élément déterminant pour attester d'un abandon de ressources d'État est de savoir si l'État membre a ou non l'obligation de vendre les quotas dans le contexte juridique pertinent[1204]. Dans le cas des PNA, force est de constater que l'État devait délivrer gratuitement 95 puis 90 pour cent des quotas. Pour cette part de quotas, les avantages engendrés par leur gratuité ne sont ni imputables à l'État ni accordés au moyen de ressources d'État[1205], car cette gratuité est imposée par le législateur de l'Union. Il ne s'agit donc pas d'aides au sens de l'article 107 TFUE.

639. Quant au reliquat dont le régime de délivrance est laissé à l'appréciation des États, l'appréciation est plus complexe. Si l'on retient la marge d'appréciation comme critère principal d'imputation, on peut admettre que ce reliquat engendre des avantages imputables aux États et utilisant des ressources d'État : au regard de l'article 10 de la directive 2003/87, il est possible de soutenir sans spéculer que les États ont choisi, parmi les deux options prévues par le législateur de l'Union, de renoncer à des ressources. Néanmoins, la solution retenue par la Commission, consistant à faire tomber l'ensemble des quotas alloués par le PNA sous le coup de l'article 107 TFUE, semble assez clairement excessive[1206]. L'appréciation « au prorata » proposée en doctrine[1207] paraît plus satisfaisante en cantonnant la qualification d'aide aux quotas dont la gratuité procède d'un choix de l'État. Dans ce cas néanmoins, la difficulté devient pratique : il faudrait déterminer concrètement dans un PNA la part des quotas qualifiables d'aides. Si ces quotas ne parviennent pas à toutes les entreprises, il

[1204] V., *supra*, n° 463.
[1205] On admettre en effet que la perspective selon laquelle l'État *aurait pu* vendre ces quotas est ici très éloignée de la réalité.
[1206] À la suivre, on pourrait ainsi considérer, par exemple, qu'une exonération de taxe environnementale, ou de l'impôt sur les sociétés, ferait tomber l'ensemble des règles régissant ces impôts sous le contrôle de la Commission.
[1207] T. M. RUSCHE, « Emissions Trading », *op. cit.*, pp. 380-381.

faudrait admettre que certaines sont aidées et d'autres non, alors qu'elles ont toutes obtenues des quotas gratuits en application d'un même PNA.

640. En somme, le nécessaire formalisme dans la qualification des PNA pourrait amener à croire que ces derniers ne comportent pas d'aides, sauf pour une portion limitée dont le contrôle est malaisé en pratique. Il serait alors peut être indiqué de chercher à interdire de tels avantages par le moyen d'autres règles que le droit des aides et d'autres voies de sanction du traité. Le manquement, sur la base d'une violation des règles de la directive ou mêmes des libertés de circulation, pourrait être une solution préférable, en termes de rigueur juridique.

641. Il faut ajouter que la qualification des PNA proposée par la Commission souffre d'une autre faiblesse. En effet, la Commission se contente de soutenir que les quotas gratuits confèrent des avantages sélectifs à leurs bénéficiaires sans préciser son appréciation de la sélectivité. Le fait que de tels avantages puissent exister entre les entreprises soumises aux PNA paraît crédible[1208], mais ce constat aurait nécessité des appréciations en détail des règles de ces plans, auxquelles la Commission ne s'est pas prêtée. La Commission semble plutôt affirmer que les entreprises soumises au SEEQE sont aidées par rapport à celles qui y échappent. Or, une telle proposition est discutable si elle est appréciée en termes d'imputation[1209]. Le champ d'application du SEEQE est déterminé de façon précise par le législateur, par énumération dans la directive 2003/87 des secteurs d'activité et des GES concernés[1210]. De ce point de vue, les éventuels avantages sélectifs engendrés par le SEEQE semblent difficilement imputables aux États membres.

642. En somme, placée dans la situation d'une mesure nationale partiellement indéterminée, la Commission ressent le besoin de justifier son analyse en termes d'imputation, et opte pour une solution qui étend son pouvoir d'encadrement, sans pour autant parvenir à une qualification tout à fait convaincante. Cette situation peut se retrouver au sujet d'autres mesures partiellement indéterminées engendrées par le SEEQE.

[1208] *Ibid*., pp. 376-377 ; M. HEIDENHAIN (dir.), *European State Aid Law*, *op. cit.*, p. 282.

[1209] Elle est également discutable au regard de la jurisprudence : dans l'arrêt des quotas de NO_x, la Cour de justice a admis cette forme de sélectivité au motif que les entreprises hors du mécanisme national d'échange de quotas étaient soumises à des normes nationales d'émission équivalentes, mais moins favorables que cette réglementation économique. Or, s'agissant des PNA, la Commission n'a pas visé de normes de ce genre, dont on ne sait d'ailleurs pas si elles devraient être nationales ou prises au niveau de l'Union. En ce sens, G. CATTI DE GASPERI, *op. cit.*, pp. 794-795, qui ne mentionne toutefois que la jurisprudence du Tribunal.

[1210] Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003, préc., article 3 et annexes I et II.

2) Les aides d'État engendrées par le système européen d'échange de quotas d'émission réformé

643. À l'origine du fonctionnement du SEEQE, les PNA constituaient la principale source potentielle d'aides d'État. L'évolution de ce mécanisme oblige néanmoins à renouveler l'analyse. En effet, la directive 2009/29[1211] a procédé à une réforme d'ampleur du SEEQE, inaugurant une troisième phase d'émission, de 2013 à 2020, régie par des règles nouvelles pour les installations fixes[1212]. La réforme concerne notamment les deux circonstances qui faisaient que des PNA contenaient potentiellement ou réellement des aides d'État : elle aboutit à une centralisation accrue de l'allocation des quotas au profit de la Commission ainsi qu'à la modification du régime de leur délivrance[1213]. Concrètement, les PNA ont disparu. Bien que les États soient toujours chargés d'identifier les entreprises soumises au mécanisme[1214] et de l'acte de délivrance des quotas, ils agissent désormais conformément aux mesures harmonisées définies par la Commission. Cette dernière détermine le nombre total de quotas qui seront alloués dans l'Union[1215], mais aussi les règles régissant tous les aspects concrets de la délivrance des quotas. Par ailleurs, le législateur est revenu sur le régime originel de délivrance. Le principe est désormais celui de la délivrance à titre onéreux des quotas, étant entendu qu'il souffre de nombreuses exceptions[1216].

[1211] Directive 2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009,

[1212] Aux fins de cette étude, nous excluons les règles spéciales relatives au secteur de l'aviation, dans la mesure où elles n'ont pas donné lieu, à notre connaissance, à des décisions interprétant l'article 107 FUE, ce qui pourrait s'expliquer notamment par des motifs politiques, l'application du SEEQE étant à ce jour suspendue pour les vols en provenance et à destination d'aérodromes situés hors du territoire des États membres de l'Union et de l'Association européenne de libre-échange (v. décision n° 377/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 avril 2013, dérogeant temporairement à la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté (JO L 113 du 24 avril 2013, p. 1)).

[1213] La réforme ne se limite bien évidemment pas à ces évolutions, notamment car elle élargit les GES et les secteurs d'activité concernée par le SEEQE et, de manière générale, vise à parvenir aux objectifs du « plan énergie-climat ». Sur ces objectifs, v. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions 23 janvier 2008, Deux fois 20 pour 2020, saisir la chance qu'offre le changement climatique (COM(2008) 30 final) ; Y. PETIT, « Environnement », *op. cit.*, n°s 214-224 ; P. THIEFFRY, « Renforcement du système d'échanges de quotas d'émission de gaz à effet de serre : l'Union européenne prête pour l'après Kyoto », *op. cit*.

[1214] Cette identification se réalise toujours par la procédure d'octroi des autorisations d'émettre des GES, nécessaire à l'exploitation d'une installation émettant des GES visés par la directive, et qui contiennent l'obligation de restituer des quotas soumettant les bénéficiaires au SEEQE ; v. directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003, préc., telle que modifiée par la directive 2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009, préc., articles 4-7.

[1215] *Ibid*., articles 9-9 bis ; v. les actes adoptés sur cette base : décision 2010/384/UE de la Commission du 9 juillet 2010, relative à la quantité de quotas à délivrer pour l'ensemble de la Communauté pour 2013 dans le cadre du système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne (JO L 175 du 10 juillet 2010, p. 36) ; décision 2010/634/UE de la Commission du 22 octobre 2010, adaptant la quantité de quotas à délivrer pour l'ensemble de l'Union pour 2013 dans le cadre du système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne et abrogeant la décision 2010/384/UE (JO L 279 du 23 octobre 2010, p. 34).

[1216] *Ibid.*, articles 10-10 *quater*. Sur l'évolution du SEEQE, v. C. CHENEVIERE, « Le régime juridique de l'*emission trading* européen dès 2013 », *op. cit.*, pp. 24 et s. ; G. LO SCHIAVO, « The Emission Trading Scheme in Phase III and the New Californian Cap-and-Trade System : a Comparative Assessment », *EEELR*, 2012, n° 6,

644. Cette évolution ne provoque pas pour autant la disparition des hypothèses d'aides d'État. Au contraire, la directive 2009/29 tendrait plutôt à les multiplier. La Commission a d'ailleurs publié des lignes directrices spécialement consacrées aux aides dans le contexte du SEEQE[1217] qui constituent un document très utile pour identifier les mesures pouvant relever de l'article 107 TFUE. Elles indiquent que ces derrières ne se limitent pas aux opérations de délivrance des quotas, mais apparaissent en application de régimes divers. À ce stade des développements, il semble pertinent d'axer l'analyse sur les hypothèses où la qualification d'aide nécessite une opération complexe d'imputation : dans le cadre du SEEQE réformé, certaines des mesures nationales susceptibles de donner lieu à des avantages sont partiellement indéterminées, notamment sous l'effet de diverses décisions d'exécution prises par la Commission.

645. Tout d'abord, il est possible de considérer les avantages qui pourraient procéder de l'allocation des quotas en les distinguant en fonction du régime de délivrance. S'agissant des quotas onéreux, on sait que cette modalité n'est pas, en soi, hors du champ de l'article 107 TFUE, car les règles retenues par les États pourraient toujours contenir des différences de traitement entre les entreprises[1218]. Or, la directive 2009/29 pose les règles générales de répartition de ces quotas entre les États membres, tout en chargeant la Commission de déterminer par voie de règlement des règles communes pour la mise aux enchères[1219]. Les aides doivent donc être appréciées à la lumière de ce règlement. Force est de constater que celui-ci contient des règles très précises, qui sont relatives à tous les aspects de l'allocation à titre onéreux[1220]. Il fait également obligation aux États de désigner une plateforme d'échange des quotas, le cas échéant commune, et un adjudicateur, qui peut être un organe de l'État ou une entreprise, à qui il appartiendra concrètement d'exécuter les règles de la mise aux

---

p. 106, spéc. pp. 109 et s. ; M. MOUGEOT, F. NAEGELEN, « Les marchés de permis d'émission – Principes et évolution », *in* G. J. MARTIN, B. PARANCE (dir.), *La régulation environnementale*, *op. cit.*, p. 91, spéc. pp. 96 et s. ; M. POHLMANN, « The European Union Emissions Trading Scheme », *op. cit.*, spéc. pp. 353 et s. ; N. DE SADELEER, « Le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre : entre ambition et prudence », *RDUE*, 2009, n° 4, p. 703.

[1217] Lignes directrices concernant certaines aides d'État dans le contexte du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre après 2012 (2012/C 158/04) (JO C 158 du 5 juin 2012, p. 4).

[1218] Décision de la Commission du 2 avril 2007, relative au PNA notifié par l'Autriche, préc., pt. 12.

[1219] Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003, préc., telle que modifiée par la directive 2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009, préc., article 10 paragraphes 1 et 2.

[1220] Règlement (UE) n° 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010, relatif au calendrier, à la gestion et aux autres aspects de la mise aux enchères des quotas d'émission de gaz à effet de serre conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté (JO L 302 du 18 novembre 2010, p. 1).

enchères[1221]. Ainsi, la marge de manœuvre des États membres paraît extrêmement réduite, de sorte qu'il est difficile d'envisager dans ce cadre des avantages qui pourraient leur être imputables.

646. Cela étant, malgré le principe posé par la directive 2009/29, la délivrance à titre onéreux reste limitée lors des premières années de la troisième phase d'émission : il est prévu que 80 pour cent des quotas soient délivrés à titre gratuit en 2013, cette part devant diminuer progressivement jusqu'à atteindre 30 pour cent en 2020 et laisser place à une allocation onéreuse totale en 2027[1222]. Seules les entreprises relevant de certains secteurs devront acheter tous leurs quotas dès 2013[1223]. Toutefois, afin d'éviter des distorsions comparables à celles produites par une pluralité de PNA durant les premières périodes, la directive prévoit, à nouveau, que la Commission adopte des mesures d'exécution, cette fois pour inscrire l'allocation gratuite dans un cadre harmonisé. La situation est alors proche de celle des quotas onéreux. La Commission a pris une décision établissant des « référentiels *ex ante* » à partir desquels sont calculées, en fonction des produits issus de leurs activités, les quantités de quotas pour toutes les installations dans l'Union soumises au SEEQE[1224]. Cette décision prévoit également que les actes de délivrance ne peuvent être exécutés avant l'autorisation préalable de la Commission, laquelle contrôle les listes établies par les États visant les installations concernées et le nombre de quotas alloués[1225]. L'allocation gratuite intervient ainsi dans le cadre des conditions très précises définies par la Commission et sous son contrôle étroit. De la sorte, les avantages octroyés dans ce cadre paraissent difficilement imputables aux États membres[1226].

647. Pour autant, les hypothèses d'aides accordées à l'occasion de la délivrance de quotas n'ont pas tout à fait disparu sous l'effet de la centralisation réalisée par la directive 2009/29. Il subsiste des régimes spécifiques de délivrance. En particulier, l'article 10 *quater* aménage des règles dérogatoires autorisant une allocation transitoire de quotas gratuits. Ces règles

---

[1221] *Ibid.*, chapitres V, VII et VIII ; v. commentaire T. BONNEAU, *Revue de Droit bancaire et financier*, 2011, n° 2, comm. 76 ; J.-C. BANCAL ET AL., « Droit du marché carbone », *op. cit.*, n°s 24-27.

[1222] Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003, préc., telle que modifiée par la directive 2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009, préc., article 10 *bis* paragraphe 11.

[1223] *Ibid.*, article 10 *bis* paragraphe 3.

[1224] Décision 2011/278/UE de la Commission du 27 avril 2011, définissant des règles transitoires pour l'ensemble de l'Union concernant l'allocation harmonisée de quotas d'émission à titre gratuit conformément à l'article 10 *bis* de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 103 du 17 mai 2011, p. 1), annexe I ; le Tribunal a jugé que la Commission disposait à cette fin d'un large pouvoir d'appréciation : Trib. UE, 7 mars 2013, *Pologne/Commission*, T-370/11, non encore publié au Recueil, pt. 36.

[1225] *Ibid.*, article 15 ; un contrôle similaire est assuré pour les quotas alloués aux installations entrant dans le SEEQE pendant la période d'émission : v. article 19.

[1226] Du reste, ni l'allocation onéreuse ni l'allocation gratuite du régime général ne sont mentionnées dans les lignes directrices de la Commission relative aux aides dans le contexte du SEEQE.

bénéficient à certains États membres seulement pour la modernisation de la production d'électricité[1227], et leur application est d'ailleurs conditionnée à l'établissement d'un plan national d'investissements. Or, les quotas de l'article 10 *quater* ne relèvent pas de la décision harmonisant les modalités de délivrance des quotas gratuits[1228]. Faute de disposer d'un pouvoir d'exécution formellement équivalent, la Commission a recouru à un document d'orientation pour poser des principes communs non contraignants à l'allocation des quotas gratuits de l'article 10 *quater*[1229]. Les États membres éligibles disposent donc d'une importante marge de manœuvre : ils peuvent choisir de procéder à l'allocation provisoire de quotas gratuits et définir leurs méthodes de répartition de ces quotas, bien que la Commission ait le pouvoir de contrôler certains de leurs actes en vertu des paragraphes 5 et 6 de l'article 10 *quater*.

648. Dans ces conditions, la Commission a annoncé, dans le document d'orientation[1230] puis dans les lignes directrices relatives aux aides dans le contexte du SEEQE[1231], que ces allocations gratuites pouvaient relever de l'article 107 TFUE. Cette position a été ensuite réitérée dans le cadre de la procédure de contrôle instituée par les paragraphes 5 et 6 de l'article 10 *quater*[1232] : dans certaines décisions prises sur cette base, la Commission, tout en admettant sur le principe que les États remplissaient les conditions d'octroi définies par la directive, indiquaient par ailleurs que les quotas gratuits pourraient comporter des aides et qu'ils ne devaient pas être délivrés avant qu'une décision adoptée en application des articles 107 et 108 TFUE ne l'autorise[1233]. Les États membres ayant généralement introduit une

---

[1227] Il concerne les réseaux d'électricité nationaux peu ou pas connectés au reste du réseau européen ainsi que les États qui réunissent des taux assez élevés de production d'électricité à partir de combustibles fossiles et un niveau de richesse de la population inférieur à la moyenne européenne.

[1228] *Ibid.*, article 2.

[1229] Communication de la Commission – Document d'orientation concernant l'application facultative de l'article 10 *quater* de la directive 2003/87/CE (JO C 99 du 31 mars 2011, p. 9).

[1230] *Ibid.*, pt. 27.

[1231] Lignes directrices concernant certaines aides d'État dans le contexte du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre après 2012 (2012/C 158/04), préc., pts. 40-42.

[1232] En application de ces dispositions, les États membres concernés doivent adresser une demande comportant certaines informations ainsi qu'une méthode de répartition des quotas à la Commission, celle-ci pouvant la rejeter. Elle ne se substitue donc pas aux États dans la détermination des règles applicables.

[1233] Ces décisions sont disponibles en ligne, dans la langue de l'État membre destinataire, ou dans une version traduite en langue anglaise : http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/cap/auctioning/documentation_en.htm. V. décision de la Commission du 23 mai 2012, concerning the application pursuant to Article 10c (5) of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council to give transitional free allocation for the modernisation of electricity generation notified by Cyprus (C(2012) 3260 final), pt. 9 ; décision de la Commission du 23 mai 2012, concerning the application pursuant to Article 10c (5) of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council to give transitional free allocation for the modernisation of electricity generation notified by Estonia (C(2012) 3271 final), pt. 9 ; décision de la Commission du 6 juillet 2012, concerning the application pursuant to Article 10c (5) of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council to give transitional free allocation for the modernisation of electricity generation notified by the Czech Republic (C(2012) 4576 final), pt. 13 ; décision de la Commission du 6 juillet 2012,

notification en ce sens, une série de décisions adoptées dans le cadre formel du pouvoir d'encadrement ont précisé les conditions auxquelles l'article 10 *quater* pouvait donner lieu à des aides.

649. Ces décisions, prises sur la base des articles 107 et 108 TFUE, sont particulièrement remarquables car on y trouve une justification assez solide sur le terrain de l'imputation. Preuve qu'elle tient compte de l'harmonisation du domaine où elle exerce son pouvoir et de la jurisprudence pertinente, la Commission s'est fondée sur les arrêts *Deutsche Bahn*[1234] et *Puffer*[1235] au stade de l'appréciation de l'utilisation de ressources d'État. Sur cette base, elle a considéré que la mesure était imputable à l'État car elle résultait *« d'actes d'un gouvernement faisant usage de la dérogation permise, mais non impérative, en vertu de l'article 10 quater de la directive SEEQE »*[1236]. Fondant l'utilisation de ressources d'État sur le choix réel de l'allocation gratuite au détriment des enchères, et la sélectivité sur une différence de traitement entre les entreprises soumises au SEEQE, la Commission en déduit la présence d'une aide. Ces qualifications formelles adoptées durant la troisième phase d'émission, somme toute plus convaincantes que celles proposées lors des deux phases précédentes, paraissent à la fois cohérentes et conformes à la jurisprudence, notamment par la référence au choix dans l'opportunité de l'action qui emporte l'imputation.

650. Ces dernières considérations n'épuisent cependant pas les hypothèses d'aides engendrées par la directive 2009/29. Deux exemples peuvent être développés. En premier lieu, les lignes directrices relatives aux aides dans le contexte du SEEQE visaient la

---

concerning the application pursuant to Article 10c (5) of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council to give transitional free allocation for the modernisation of electricity generation notified by Romania (C(2012) 4564 final), pt. 17 ; décision de la Commission du 30 novembre 2012, concerning the application pursuant to Article 10c (5) of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council to give transitional free allocation for the modernisation of electricity generation notified by Hungary (C(2012) 8675 final), pt. 13.

[1234] TPICE, 5 avril 2006, *Deutsche Bahn/Commission*, préc.

[1235] CJCE, 23 avril 2009, *Puffer*, préc.

[1236] Décision de la Commission du 27 juin 2012, State aid SA.34250 (2012/N) – Cyprus – Allocation of free allowances in the electricity sector under the trading scheme for greenhouse gas emissions after 2012 (C(2012) 4243 final), pts. 22-23 ; décision de la Commission du 27 juin 2010, State aid SA.33449 (2012/N) – Estonia – Transitional free allocation of greenhouse gas emission allowances for the modernisation of electricity generation installations (C(2012) 4226 final), pts. 25-26 ; décision de la Commission du 5 décembre 2012, State aid SA.34753 (2012/N) – Romania – Transitional free allocation of greenhouse gas certificates for electricity producers under Article 10c of the ETS Directive (C(2012) 8776 final), pts. 23-24 ; décision de la Commission du 19 décembre 2012, State aid SA.33537 (2012/N) – The Czech Republic – Transitional free allocation of greenhouse gas emission allowances for the modernisation of electricity generation installations (C(2012) 8777 final), pts. 24-25 ; décision de la Commission du 19 décembre 2012, State aid SA.34086 (2012/N) – Hungary – Investments aiming at the modernisation of the Hungarian energy sector under Article 10 c) EU ETS Directive (C(2012) 9463 final), pts. 29-30.

possibilité[1237], prévue par la directive[1238], de prendre des mesures financières en faveur de secteurs exposés à des fuites de carbone, c'est-à-dire à des délocalisations consécutives à la perte de compétitivité engendrée par le mécanisme. Dans ce cadre, les subventions accordées sont des aides d'État soumises au pouvoir d'encadrement de la Commission[1239], ce qui ne semble pas critiquable en termes d'imputation au vu de la marge de choix nationale. En revanche, la position adoptée au sujet des aides finançant les projets commerciaux de démonstration axés sur le captage et le stockage géologique du CO_2 et les technologies innovantes est plus discutable. Le paragraphe 8 de l'article 10 *bis* de la directive 2009/29 prévoit qu'une quantité définie de quotas provisionnés dans la réserve pour les nouveaux entrants pourra être utilisée pour financer des projets d'aides de ce genre. Sur cette base, la Commission a adopté une décision définissant les modalités concrètes du versement de cette aide[1240] : y sont définis les coûts pertinents des projets pouvant être aidés, les critères de leur admissibilité et ceux appliqués lors la procédure de sélection[1241]. La décision précise également la procédure applicable. Schématiquement, il est prévu que la Commission lance des appels de proposition destinés aux États membres. Les États membres sont chargés de recevoir les projets, de vérifier que les critères d'éligibilité sont remplis et, le cas échéant, d'en proposer le financement à la Banque européenne d'investissement (BEI), laquelle se prononce sur leur viabilité, à la suite de quoi la Commission prendra des décisions d'approbation[1242]. Suite à cette approbation intervient le versement de l'aide : les États membres, et la Commission agissant *« au nom des États membres »*, fournissent à la BEI les quotas puisés dans la réserve, que cette dernière monétise en les cédant sur la marché, puis transfère les recettes aux États membres, lesquels, concrètement, accordent les financement aux entreprises[1243]. Les États devront de surcroît se conformer aux règles supplémentaires

[1237] Lignes directrices concernant certaines aides d'État dans le contexte du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre après 2012 (2012/C 158/04), préc., pts. 23-31.
[1238] Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003, préc., telle que modifiée par la directive 2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009, préc., article 10 *bis* paragraphe 10.
[1239] Décision de la Commission du 2 mai 2013, State aid SA.35543 (2013/N) – United Kingdom – Compensation for indirect EU ETS costs in the UK (C(2013) 2380 final), pt. 21.
[1240] Décision 2010/670/UE de la Commission du 3 novembre 2010, établissant les critères et les mesures pour le financement de projets commerciaux de démonstration axés sur le captage et le stockage géologique du CO_2 sans danger pour l'environnement, ainsi que de projets de démonstration de technologies innovantes liées aux énergies renouvelables, dans le cadre du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté établi par la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 290 du 6 novembre 2010, p. 39).
[1241] *Ibid.*, articles 3, 6 et 8.
[1242] *Ibid.*, article 5.
[1243] *Ibid.*, articles 10-11.

contenues dans la décision d'attribution de la Commission qui régissent notamment les situations d'échec ou de modification du projet[1244].

651. En somme, les États membres sont appelés à participer, avec la BEI, à l'exécution d'un programme d'aide institué par le législateur environnemental, au moyen de ressources procurées par les actifs créés par le législateur, qui vise à financer des projets définis par la Commission, suivant les modalités que cette dernière pose et dont elle contrôle le respect. Dans ce contexte, il est alors surprenant de constater que la Commission n'exclut pas un contrôle en application de l'article 107 TFUE. La décision instituant le programme indique en effet que les paiements sont subordonnés à l'autorisation par la Commission des éléments d'aides que les projets pourraient contenir et rappelle aux États l'obligation de notification préalable contenue à l'article 108 TFUE[1245]. Dans cette hypothèse, on en conviendra, les conditions jurisprudentielles de l'imputation ne sont pas tout à fait réunies, notamment car les États n'ont aucune obligation de participer aux projets. Il n'en reste pas moins que ces derniers ont une responsabilité pour le moins limitée dans les avantages qu'ils accordent et qu'ils apparaissent surtout comme de simples exécutants des volontés du législateur environnemental de l'Union et de la Commission. Si, à notre connaissance, aucune procédure formelle de contrôle n'a été engagée par la Commission, le fait même qu'elle mentionne cette possibilité montre combien elle tend à admettre facilement l'imputation d'une mesure aux États.

652. Au final, ces dernières considérations amènent à deux constats. Premièrement, la Commission, dans toutes les hypothèses envisagées, n'exclut que très rarement l'exercice de son pouvoir. En général, elle considère que les avantages pris en application de la législation environnementale de l'Union sont imputables à l'État et justifie plus ou moins explicitement sa position en ce sens. Deuxièmement, il apparaît que les qualifications proposées par la Commission ne sont pas toujours convaincantes en termes d'imputation. Le cas du financement des projets de captage de CO_2 conduit finalement à s'interroger sur les critères jurisprudentiels définissant le résultat de cette opération : dans cette hypothèse, l'imputation des avantages à l'État paraît discutable, mais on ne saurait dire que la Commission contredit la jurisprudence. Il convient donc de s'interroger sur l'acception précise de l'imputation en droit des aides d'État, qui peut être enrichie dans le contexte d'une étude des problèmes suscités par les procédures d'autorisation prévues par le droit dérivé.

[1244] Décision d'exécution de la Commission du 18 décembre 2012, décision d'attribution dans le cadre du premier appel à propositions du programme de financement NER300 (C(2012) 9432 final), spéc. annexe II.

[1245] Décision 2010/670/UE de la Commission du 3 novembre 2010, considérant 4, 7 et article 5 paragraphe 3.

Section II) L'exercice du pouvoir d'encadrement complexifié par la présence de procédures d'autorisation dans le droit dérivé

653. La rencontre entre le pouvoir d'encadrement et le pouvoir d'harmonisation peut parfois soulèver des questions particulièrement complexes. C'est en particulier le cas lorsque les actes de droit dérivé instaurent des procédures particulières d'autorisation qui sont des sources de concurrence entre le pouvoir d'harmonisation et le pouvoir d'encadrement (I). Dans cette situation particulière, les recours devant le juge, dont certains sont toujours pendants, permettent d'approfondir les relations entre ces pouvoirs (II).

I) Les procédures d'autorisation, source de concurrence entre le pouvoir d'harmonisation et le pouvoir d'encadrement

654. La concurrence entre les pouvoirs d'encadrement et d'harmonisation se pose à des degrés différents selon le domaine concret considéré. En premier lieu, dans le domaine des exonérations de droit d'accises, une procédure conduit les organes de l'Union à autoriser des exonérations *ad hoc* de taxes sur la base d'une directive, lesquelles exonérations peuvent être interdites par la Commission, ce qui donne lieu à un conflit entre les pouvoirs (A). En second lieu, dans le contexte du SEEQE, la procédure d'autorisation prévue par la directive 2003/87 conduit la Commission à prendre position sur l'existence d'aides. En ce cas, il y a une confusion entre les pouvoirs (B).

A) La procédure d'autorisation *ad hoc* d'exonérations de droits d'accises : le conflit entre les pouvoirs

655. Sous l'empire des règles actuelles de l'harmonisation des droits d'accises sur les produits énergétiques, définies par la directive 2003/87, il existe une multitude de dispositions dérogatoires permettant aux États membres d'introduire diverses exonérations et réductions d'impôts. Un régime se distingue toutefois : le paragraphe premier de l'article 18 autorise les États membres à prolonger temporairement l'application des très nombreuses exonérations spécifiques énumérées à l'annexe II de la directive.

656. En réalité, cette disposition est héritée d'une des deux directives précédentes harmonisant les droits d'accises sur les huiles minérales et qui ont été abrogées par la

directive 2003/96. La directive 92/81, harmonisant la structure de ces accises[1246], prévoyait en effet une procédure spéciale au paragraphe 4 de son article 8, par laquelle le Conseil, à la demande d'un ou plusieurs États membres, et sur proposition de la Commission, pouvait autoriser des exonérations ou réductions d'impôt *« pour des raisons de politiques spécifiques »*. Le Conseil n'a guère attendu pour recourir à cette possibilité : le jour même de l'adoption de la directive 92/81, il adoptait une décision autorisant une cinquantaine de dérogations spéciales[1247]. À l'occasion de l'adoption de la directive 2003/96, les autorisations contenues dans cette décision et les nombreuses décisions qui ont suivi ont été consolidées en annexe, une procédure d'autorisation *ad hoc* étant par ailleurs maintenue à l'article 19.

657. Ainsi, le Conseil, sur proposition de la Commission, dispose du pouvoir d'autoriser « à la carte » les États membres à aménager des exonérations dans leurs taxes sur l'énergie. Or, les mesures ainsi autorisées donnent lieu à un avantage fiscal, donc financé par l'abandon de recettes publiques, à leurs bénéficiaires qui peuvent être des entreprises. Elles réunissent donc à première vue les conditions constitutives de l'aide d'État. Dès lors, si la Commission entend exercer son pouvoir de contrôle à l'égard des réductions d'impôts autorisées, il peut naître un conflit, particulièrement complexe à arbitrer, entre le pouvoir d'exécution procédant de l'harmonisation environnementale et le pouvoir d'encadrement.

658. Des exemples existent en pratique. Ainsi en est-il d'une première affaire où la Commission a exercé son pouvoir d'encadrement à l'encontre de mesures spécialement autorisées en application de la directive 92/81. À l'origine, la Commission avait contrôlé, sur la base de l'actuel article 108 TFUE, une exonération de taxes sur les biocarburants, tout en considérant qu'elle correspondait aux dispositions de la directive 92/81 relative à des « projets pilotes »[1248]. Cette première décision avait été annulée par le Tribunal dans l'arrêt *BP Chemicals*, au motif que l'exonération en question ne correspondait pas à ce dispositif[1249]. Le juge avait néanmoins indiqué, par un *obiter dictum*, que la mesure litigieuse n'était pas nécessairement contraire à la directive car elle aurait pu être autorisée par le truchement de la

---

[1246] Directive 92/81/CEE du Conseil du 19 octobre 1992, préc.

[1247] Décision 92/510/CEE du Conseil du 19 octobre 1992, autorisant les États membres à continuer à appliquer à certaines huiles minérales utilisées à des fins spécifiques les réductions de taux d'accise ou les exonérations d'accises existantes, conformément à la procédure prévue à l'article 8 paragraphe 4 de la directive 92/81/CEE (JO L 316 du 31 octobre 1992 p. 16).

[1248] Il s'agit de la décision de la Commission du 9 avril 1997 [SG(97) D/3266] relative à un régime d'aides aux biocarburants français, dont le texte n'est pas disponible. Cette décision faisait suite à une première décision par laquelle la Commission avait interdit le projet d'exonération au bénéfice des biocarburants initialement envisagé : décision 97/542/CE de la Commission du 18 décembre 1996, relative aux exonérations fiscales pour les biocarburants en France (JO L 222, du 12 août 1997, p. 26).

[1249] TPICE, 27 septembre 2000, *BP Chemicals/Commission*, T-184/97, Rec. p. II-3145, pt. 70 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2000, n° 11, comm. 356.

procédure spéciale du paragraphe 4 de l'article 8[1250]. Tirant les conclusions de cet arrêt, l'État membre en cause avait sollicité et obtenu la décision 2002/266/CE du Conseil sur la base de cet article[1251].

659. La Commission n'a pas pour autant renoncé à son pouvoir d'encadrement : elle avait ouvert une nouvelle procédure de contrôle en application de l'actuel article 108 TFUE à l'encontre de l'exonération désormais autorisée. Dans sa décision, elle s'est référée à plusieurs reprises à la décision 2002/266/CE, notamment pour constater que l'exonération s'y conformait et qu'elle était provisoire[1252]. Au final, la mesure était qualifiée d'aide, mais sa compatibilité était admise, *« dans la mesure où elle [était] octroyée dans les limites et selon les modalités autorisées par la décision 2002/266/CE »*[1253].

660. En somme, dans cette décision, le fait que la mesure en cause soit autorisée par une décision du Conseil et que l'État s'y conforme parfaitement n'a aucunement empêché l'exercice du pouvoir d'encadrement. Cette circonstance semble uniquement faire pencher la balance en faveur de la compatibilité, l'État ne l'ayant pas opposé au stade de la qualification. Dans les circonstances de cette affaire, ce dernier n'avait certainement pas intérêt à contester la position de la Commission. Un accord de principe semblait exister quant à la compatibilité de l'exonération avec le marché intérieur et la décision prise sur la base de l'actuel article 108 TFUE, conjointement avec la décision 2002/266/CE, assurait pleinement la conformité du traitement fiscal dérogatoire, tant avec le droit primaire qu'avec le droit dérivé de l'Union.

661. De ce point de vue, c'est en des termes très différents que se présente l'affaire *Alumine.* Celle-ci constitue en effet une parfaite illustration de la situation dans laquelle les effets des décisions d'exécution de la directive 91/82 et le pouvoir de la Commission entrent en conflit. Elle montre surtout la complexité des problèmes juridiques que cette situation engendre.

662. À l'origine de cette affaire, trois États membres avaient obtenu du Conseil une série de décisions successives sur la base du paragraphe 4 de l'article 8 de la directive 92/81. Ces décisions autorisaient puis prolongeaient l'autorisation d'exonérations de taxes sur les huiles

---

[1250] *Ibid.*, pt. 78.

[1251] La décision faisait mention du contexte dans lequel elle avait été adoptée. Elle indiquait notamment qu'une décision de la Commission admettant la compatibilité de l'exonération avec le marché commun avait été adoptée puis annulée, pour des motifs qui ne tenaient pas à l'interprétation du paragraphe 3 de l'actuel article 107 TFUE mais à celle des dispositions de la directive : décision 2002/266/CE du Conseil du 25 mars 2002, autorisant la France à appliquer un taux différencié de droits d'accise sur des biocarburants, conformément à l'article 8, paragraphe 4, de la directive 92/81/CEE (JO L 92 du 9 avril 2002, p. 22), considérants 14 et 16.

[1252] Décision 2002/266/CE du Conseil du 25 mars 2002, autorisant la France à appliquer un taux différencié de droits d'accise sur des biocarburants, conformément à l'article 8, paragraphe 4, de la directive 92/81/CEE (JO L 92 du 9 avril 2002, p. 22), pts. 281, 365, 381 et 384.

[1253] *Ibid.*, article 1.

minérales accordées à certains producteurs d'alumine identifiés sur la base de critères géographiques. D'emblée, il faut préciser que leurs considérants liminaires contenaient des appréciations sur les effets des mesures autorisées dans le marché intérieur dont la teneur a évolué avec le temps. Dans les premières de ces décisions, la Commission et le Conseil convenaient que les exonérations autorisées *« n'entraîn[aient] pas de distorsions de concurrence et qu'elles n'entrav[aient] pas le bon fonctionnement du marché intérieur »*[1254]. Toutefois, dans les décisions suivantes, les prises de positions relatives aux effets des exonérations sur le marché intérieur ont disparu[1255], et la dernière d'entre elles précisait qu'elle ne préjugeait pas de l'issue d'éventuelles procédures de contrôle des aides d'État[1256].

663. C'est dans ce contexte que la Commission a décidé d'ouvrir une procédure de contrôle des exonérations de taxe au profit des producteurs d'alumine. Alors que ces mesures étaient autorisées par des décisions successives d'exécution d'une directive, prises à l'unanimité au Conseil sur proposition de la Commission elle-même, et qu'elles avaient été tolérées durant presque dix années au motif qu'elles ne produisaient pas d'effets sur le marché intérieur, on comprend que les États membres aient tenté de faire obstacle au pouvoir d'encadrement. Ensembles avec les parties intervenantes, ils ont opposé à la Commission les décisions du Conseil. En substance, ils soutenaient que la sécurité juridique et la protection de la confiance légitime interdisaient à cette dernière de remettre en cause un traitement fiscal autorisé itérativement et que le Conseil avait tenu compte des effets sur la concurrence lorsqu'il avait adopté ses décisions, un des États membres allant jusqu'à prétendre que dans les

[1254] Décision 92/510/CEE du Conseil du 19 octobre 1992, autorisant les États membres à continuer à appliquer à certaines huiles minérales utilisées à des fins spécifiques les réductions de taux d'accise ou les exonérations d'accises existantes, conformément à la procédure prévue à l'article 8 paragraphe 4 de la directive 92/81/CEE (JO L 316 du 31 octobre 1992, p. 16), considérants 4-5 ; décision 93/697/CE du Conseil du 13 décembre 1993, autorisant certains États membres à appliquer ou à continuer à appliquer à certaines huiles minérales utilisées à des fins spécifiques des réductions ou des exonérations d'accise conformément à la procédure prévue à l'article 8 paragraphe 4 de la directive 92/81/CEE (JO L 321 du 23 décembre 1993, p. 29), considérants 4-5 ; décision 96/273/CE du Conseil, du 22 avril 1996, autorisant certains États membres à appliquer ou à continuer à appliquer à certaines huiles minérales utilisées à des fins spécifiques des réductions ou des exonérations d'accise selon la procédure prévue à l'article 8 paragraphe 4 de la directive 92/81/CEE (JO L 102 du 25 avril 1996, p. 40), considérants 4-5.

[1255] Décision 1999/255/CE du Conseil du 30 mars 1999, autorisant certains États membres, conformément à la directive 92/81/CEE, à appliquer ou à continuer à appliquer à certaines huiles minérales des réductions de taux d'accise ou des exonérations d'accises, et portant modification de la décision 97/425/CE (JO L 99 du 14 avril 1999, p. 26) ; décision 1999/880/CE du Conseil du 17 décembre 1999, autorisant les États membres à appliquer ou à continuer à appliquer à certaines huiles minérales utilisées à des fins spécifiques les réductions de taux d'accise ou les exonérations d'accises existantes, conformément à la procédure prévue à la directive 92/81/CEE (JO L 331 du 23 décembre 1999, p. 73).

[1256] Décision 2001/224/CE du Conseil du 12 mars 2001, relative aux taux réduits et aux exonérations de droits d'accise sur certaines huiles minérales utilisées à des fins spécifiques (JO L 84 du 23 mars 2001, p. 23), considérant 5.

circonstances de l'affaire, les décisions prises sur la base de la directive 92/81 valaient décisions d'autorisation au titre de l'article 108 TFUE[1257].

664. Au stade de la qualification, la Commission a indiqué que les décisions du Conseil ne faisaient pas obstacle à son pouvoir. Mieux, elles participaient des éléments constitutifs d'une aide sélective : parce qu'elles limitaient l'autorisation des exonérations à des parties bien définies du territoire des États concernés, exécuter ces décisions aboutissait à une forme de sélectivité régionale[1258]. C'est au stade de la qualification de la mesure au regard des différentes catégories élaborées par le règlement de procédure[1259] que la Commission a répondu au sujet de l'obstacle que pourraient constituer les décisions d'autorisation prises sur la base de la directive 92/81. Considérant que les mesures en cause constituaient de aides nouvelles, puisqu'elle n'avait jamais pris de décision à leur égard sur la base de l'article 108 TFUE, elle a précisé que les directives *« qui n'ont pour objet que l'harmonisation fiscale, n'enlèvent rien à [l'obligation et la compétence qui sont les siennes d'apprécier la compatibilité de l'aide nouvelle avec le marché commun]. Ces actes ne sauraient préjuger l'appréciation de la compatibilité sur la base des critères fixés à l'article [107], paragraphes 2 et 3, du traité »*[1260].

665. Pour autant, elle n'a pas ignoré totalement les singularités du cas d'espèce : les décisions d'autorisation ne produisent pas d'effets lors de la qualification mais sont mentionnées au stade de la récupération de l'aide. Après avoir conclu à l'incompatibilité des exonérations en cause avec le marché intérieur au regard des lignes directrices sur les aides d'État à l'environnement, la Commission a consacré une importante motivation sur ses conséquences. Elle a admis à ce stade les incohérences du cadre juridique et sa contribution à cette situation. Tout d'abord, elle a reconnu que les bénéficiaires pouvaient avoir une confiance légitime dans la régularité des exonérations, car elles étaient autorisées par le Conseil. La Commission a ensuite souligné les conséquences regrettables de sa double casquette lui permettant de proposer des décisions autorisant certaines mesures, pour au final interdire ces dernières en tant que garante de la sanction des actuels articles 107 et 108 TFUE. Elle considérait ainsi qu'on *« ne s'attendrait certainement pas à ce que la Commission propose au Conseil d'autoriser la prorogation d'une exonération existante si*

[1257] Décision 2006/323/CE de la Commission du 7 décembre 2005, concernant l'exonération du droit d'accise sur les huiles minérales utilisées comme combustible pour la production d'alumine dans la région de Gardanne, dans la région du Shannon et en Sardaigne, mise en œuvre respectivement par la France, l'Irlande et l'Italie (JO L 119 du 4 mai 2006, p. 12), pts. 26, 32-34, 37-39, 49 et 51.
[1258] *Ibid.*, pts. 58-64, spéc. pt. 63.
[1259] Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999, tel que modifié par le règlement (UE) n° 734/2013 du Conseil du 22 juillet 2013, préc., article 1.
[1260] Décision 2006/323/CE de la Commission du 7 décembre 2005, préc., pts. 66 et 70.

elle devait trouver dans cette dernière une aide incompatible avec le marché commun »[1261]. Enfin, elle avait admis que la situation prêtait à confusion, car les décisions d'autorisation prises sur la base de la directive contenaient des positions, qui lui étaient imputables, sur l'absence d'effets des exonérations litigieuses sur le marché intérieur[1262]. Dès lors, en vertu du principe de la confiance légitime, il n'y avait pas lieu d'exiger la récupération des aides versées, du moins jusqu'au jour de l'ouverture de la procédure[1263].

666. Ainsi, les exonérations d'accises, régulièrement autorisées par le Conseil dans le cadre de l'exécution d'une directive du législateur environnemental, sont interdites par le traité. Selon la Commission, le pouvoir d'encadrement peut donc annihiler les effets du pouvoir d'harmonisation, auquel la Commission participe pourtant. Cependant, à ce jour, la validité de cette décision de la Commission reste sujette à caution. Elle est à l'origine d'une véritable saga contentieuse qui n'a pas encore trouvé son terme à ce jour.

667. En effet, les États membres destinataire de la décision ainsi que certains bénéficiaires de l'aide ont intenté un recours devant le Tribunal qui a annulé la décision litigieuse par un raisonnement plutôt radical : sans aborder les vingt trois moyens formulés par les parties, il en a soulevé un d'office, tiré d'un défaut de motivation dans la qualification des mesures nationales au regard des catégories d'aides contenues dans le règlement de procédure[1264]. La motivation du juge s'explique par le fait qu'un des critères de définition de l'aide est qu'elle fausse la concurrence. De ce point de vue, les considérants liminaires des premières décisions d'autorisation des exonérations d'accises, selon lesquels ces dernières ne produisaient pas de distorsions incompatibles avec marché intérieur, pouvaient conduire à douter de leur qualification. Or, la décision litigieuse n'avait pas motivé outre mesure le rejet de certaines qualifications au regard du règlement de procédure[1265]. Entre les lignes, le Tribunal semblait avant tout sanctionner l'inconséquence de la Commission.

668. Cet arrêt avait toutefois quelques failles dont la Commission a su tirer parti. En particulier, le Tribunal n'avait pas invité les parties à présenter leurs observations au sujet de du moyen soulevé d'office tiré du défaut de motivation. La Commission avait contesté ce

---

[1261] *Ibid.*, pt. 96.
[1262] *Ibid.*, pt. 97.
[1263] *Ibid.*, pts. 93-100.
[1264] TPICE, 12 décembre 2007, *Irlande e.a./Commission*, T-50/06, T-56/06, T-60/06, T-62/06 et T-69/06, Rec. p. II-172*, Pub.somm., pt. 46 ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2008, n° 2, comm. 57 ; obs. C. NOWAK, *EStAL*, 2008, n° 4, p. 718.
[1265] *Ibid.*, pts. 56-64. Le Tribunal indiquait que la mesure aurait pu être qualifiée de mesure qui *« ne constituait pas une aide au moment de sa mise en vigueur, mais qui est devenue une aide par la suite en raison de l'évolution du marché commun et sans avoir été modifiée par l'État membre »* au sens du v) du b) de l'article 1er du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999, tel que modifié par le règlement (UE) n° 734/2013 du Conseil du 22 juillet 2013, préc.

point à l'occasion d'un pourvoi, amenant la Cour à annuler l'arrêt *Alumine* rendu en première instance pour violation du principe du contradictoire[1266]. Avant de renvoyer l'affaire, la Cour a néanmoins répondu sur les autres moyens soulevés par les parties, dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, pour contredire le fond du raisonnement du Tribunal : en substance, la Commission avait valablement motivé sa qualification au regard du règlement de procédure, notamment parce que la catégorie du règlement de procédure qui était en cause se définissait en fonction de l'évolution de la situation du marché commun, et non de prises de position antérieures des institutions[1267]. L'affaire fut ensuite renvoyée devant le Tribunal.

669. Cette nouvelle étape ne parvient toutefois pas à clore l'affaire *Alumine*. Sans entrer dans le détail de la motivation, il y a lieu de préciser, à ce stade, que le Tribunal a conclu, une seconde fois, à la nullité de la décision de la Commission, en se fondant notamment sur l'imputation[1268]. Un second pourvoi fut alors intenté par la Commission, cette fois à l'encontre de l'arrêt de renvoi. À ce jour, l'affaire est toujours pendante devant la Cour[1269].

670. Dès lors que la solution du Tribunal n'est pas définitive, il vaut mieux garder son analyse en détail pour les considérations à venir relatives aux enjeux et aux solutions à apporter aux problèmes juridiques posés par les procédures d'autorisation contenues dans les directives environnementales. À ce stade, il semble opportun d'aborder le cas des procédures d'autorisation contenues dans le SEEQE, car elles donnent lieu à des conséquences comparables en termes d'insécurité juridique.

B) La procédure d'autorisation des plans nationaux d'allocation des quotas d'émission de gaz à effet de serre : la confusion entre les pouvoirs

671. L'existence d'une procédure de contrôle préalable des PNA, prévue par la directive 2003/87 pour les deux premières phases d'allocation, a donné lieu à des problèmes qui peuvent être rapprochés de ceux issus des directives sur l'harmonisation des accises sur l'énergie. Ils se posent toutefois en des termes quelque peu différents. D'une part, les

---

[1266] CJUE, 2 décembre 2009, *Commission/Irlande e.a.*, C-89/08 P, Rec. p. I-11245, pts. 60-62.

[1267] *Ibid.*, pts. 70-87, spéc. pts. 73-74. En effet, au regard du v) du b) de l'article 1er du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999, tel que modifié par le règlement (UE) n° 734/2013 du Conseil du 22 juillet 2013, préc., était en cause la qualification de la mesure en cause par rapport à la catégorie de « *[mesure qui] ne constituait pas une aide au moment de sa mise en vigueur, mais qui est devenue une aide par la suite en raison de l'évolution du marché commun et sans avoir été modifiée par l'État membre* ». À la lecture de cette disposition, cette qualification s'apprécie uniquement en fonction du critère de l'évolution du marché commun, les positions antérieures des institutions, qui ne sont pas visées par cette disposition, étant à cet égard indifférentes. V., en ce sens, CJCE, 22 juin 2006, *Belgique/Commission*, C-182/03 et C-217/03, préc., pt. 71.

[1268] Trib. UE, 21 mars 2012, *Irlande/Commission*, T-50/06 RENV, T-56/06 RENV, T-60/06 RENV, T-62/06 RENV et T-69/06 RENV, non encore publié au Recueil.

[1269] CJUE, *Commission/Irlande e.a.*, C-272/12 P, affaire en cours.

décisions sur la base de la directive 2003/87 ont été prises, non pas par le Conseil, mais par la Commission, ce qui pourrait expliquer qu'elle ne s'est pas contredite par des décisions en application des articles 107 et 108 TFUE. Il est donc difficile de parler de conflit entre le pouvoir harmonisation et le pouvoir d'encadrement, du moins dans les mêmes termes que pour le cas de l'affaire *Alumine*. En revanche, l'insécurité juridique provoquée par l'existence de la procédure d'autorisation dans la directive 2003/87 est très importante car il y a presque confusion entre celle-ci et la procédure formelle de contrôle des aides.

672. À titre liminaire, il convient de préciser le régime de cette procédure d'autorisation, ainsi que son objet. En vertu du paragraphe premier de l'article 9 de la directive 2003/87, les États membres avaient l'obligation d'élaborer un PNA, puis de le notifier à la Commission et aux autres États membres préalablement à sa mise en œuvre. Suite à l'intervention d'un comité[1270], la Commission, en vertu du paragraphe 3 du même article, disposait d'un délai pour apprécier les PNA au regard des critères établis dans l'annexe III de la directive et pouvait adopter une décision de rejet, faisant obstacle à la délivrance des quotas. Toute modification ultérieure du plan devait également être approuvée.

673. La portée de ce pouvoir d'autorisation[1271] a été précisée par la jurisprudence. La Commission disposait ainsi d'un pouvoir strictement limité à l'examen de la compatibilité du PNA concerné avec les critères contenus dans l'annexe III, puisque la responsabilité de l'élaboration du PNA appartenait aux États membres et qu'ils disposaient à cet égard de la relative marge de manœuvre qui leur était accordée par le législateur de l'Union[1272]. Ainsi, la Commission ne pouvait se substituer à l'État dans la détermination du nombre de quotas à

[1270] Le comité en question, institué par l'article 8 de la décision 93/389/CEE du Conseil, du 24 juin 1993, relative à un mécanisme de surveillance des émissions de CO2 et des autres gaz à effet de serre dans la Communauté (JO L 167 du 9 juillet 1993, p. 31), est devenu le comité sur le changement climatique depuis l'entrée en vigueur de la décision n° 280/2004/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 relative à un mécanisme pour surveiller les émissions de gaz à effet de serre dans la Communauté et mettre en œuvre le protocole de Kyoto (JO L 049 du 19 février 2004, p. 1).

[1271] La Tribunal a pu considérer que cette procédure, qui n'aboutit qu'à des décisions de rejet, ne peut être considérée comme débouchant sur des autorisations car les décisions n'étaient pas constitutives de droit et que l'absence de décision de rejet d'un PNA ne revenait pas, par fiction, à l'autoriser : TPICE, ordonnance du 30 avril 2007, *EnBW Energie Baden-Württemberg/Commission*, préc., pts. 114-122. Outre que cette argumentation doit être replacée dans son contexte, à savoir une comparaison avec l'actuel article 108 TFUE, il est difficile de suivre le Tribunal, car on voit mal comment interpréter l'absence de rejet autrement qu'une autorisation .

[1272] CJUE, 29 mars 2012, *Commission/Estonie*, C-505/09 P, préc., pts. 49-54 ; confirmant l'arrêt TPICE, 23 septembre 2009, Estonie/Commission, T-263/07, préc., pts. 53-54 ; CJUE, 29 mars 2012, *Commission/Pologne*, C-504/09 P, préc., pts. 46-52, obs. v. MICHEL, *Europe*, 2012, n° 6, comm. 258 ; confirmant l'arrêt TPICE, 23 septembre 2009, *Pologne/Commission*, T-183/07, préc., pts. 85-88 ; TPICE, 7 novembre 2007, *Allemagne/Commission*, T-374/04, Rec. p. II-4431, pt. 116 ; Trib. UE, 22 mars 2011, *Lettonie/Commission*, T-369/07, Rec. p. II-1039, pt. 46 ; sur certaines de ces affaires, v. N. SINGH GHALEIGH, « Emissions trading before the European Court of Justice: market making in Luxembourg », *op. cit.*, p. 367 ; P. KROMAREK, « La jurisprudence communautaire relative à la directive 2003/87 », *op. cit.* ; J. A.W. VAN ZEBEN, « The European Emissions Trading Scheme Case Law », *op. cit*.

allouer ou la méthode choisie pour définir leur répartition[1273]. Toute modification proposée par l'État, qu'elle corresponde ou non à une modification suggérée par la Commission, devait être appréciée[1274]. De manière générale, les États membres sont présumés être libres d'adopter des régimes non prévus explicitement dans le silence de la directive sur un aspect précis du PNA[1275]. La principale dimension active du pouvoir de la Commission résidait dans le pouvoir d'adopter des orientations à destination des États pour la mise en œuvre des critères de l'annexe III[1276].

674. Dans ce contexte, c'est le contenu de l'un de ces critères qui favorisait la relative confusion entre cette procédure d'autorisation des PNA et la procédure de contrôle exercée dans le cadre normal du pouvoir d'encadrement. Plus précisément, le cinquième critère de l'annexe III de la directive 2003/87 disposait que *« [c]onformément aux exigences du traité, notamment ses articles [107 et 108], le plan n'opère pas de discrimination entre entreprises ou secteurs qui soit susceptible d'avantager indûment certaines entreprises ou activités »*. Cette disposition contenait ainsi un principe général d'égalité de traitement qui peut être appliqué de façon autonome[1277], mais aussi une mention directe des bases juridiques du droit des aides d'État. La Commission était ainsi appelée à apprécier la régularité des PNA au regard des articles 107 et 108 TFUE dans le contexte de la procédure d'autorisation prévue par le droit dérivé.

675. L'introduction de cette mention pourrait s'expliquer par les contraintes matérielles et temporelles auxquelles a été confrontée la Commission au lancement du SEEQE[1278]. Il était question de mettre en œuvre un instrument nouveau, ayant dès l'origine vocation à évoluer, par étapes, en fonction de l'expérience acquise[1279]. Dans ce contexte expérimental, la Commission était déjà chargée d'assurer le contrôle des PNA qui sont des actes somme toute complexes, et les éléments d'aides étaient loin d'être évidents à identifier. L'insertion d'une référence aux actuels articles 107 et 108 TFUE dans les critères de contrôle permettait alors d'assurer, faute de mieux, une sorte de contrôle informel des aides et de leur compatibilité.

[1273] CJUE, 29 mars 2012, *Commission/Pologne*, C-504/09 P, préc., pts. 64-68, 78-85 ; CJUE, 29 mars 2012, *Commission/Estonie*, C-505/09 P, préc., pts. 63-69 et 82-87.

[1274] TPICE, 23 novembre 2005, *Royaume-Uni/Commission*, T-178/05, Rec. p. II-4807, pt. 61.

[1275] TPICE, 7 novembre 2007, *Allemagne/Commission*, T-374/04, préc., pts. 83 et 110-112 ; obs. D. SIMON, *Europe*, 2008, n° 1, comm. 26.

[1276] Étant entendu que ces orientations peuvent constituer une autolimitation de son pouvoir de contrôle : *ibid.*, pts. 110-112.

[1277] TPICE, 7 novembre 2007, *Allemagne/Commission*,T-374/04, préc., pts. 152-153.

[1278] T. M. RUSCHE, « Emissions Trading », *op. cit.*, p. 373. Il semble même que ces contraintes aient été humaines : J. DE SÉPIBUS, « The European emission trading scheme put to the test of state aid rules », *op. cit.*, spéc. note 32 de page 5.

[1279] Article 30 de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003, préc ; CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor*, préc., pts. 57 et 60 et s.

Cette orientation est sous-entendue dans la lettre adressée aux États membres par les directions générales de la concurrence et de l'environnement de la Commission : il y est indiqué que la notification formelle des PNA en exécution de l'article 108 TFUE n'est pas exigée, mais qu'une attention particulière sera portée aux éléments d'aides lors de la vérification des PNA notifiés en application de la directive 2003/87[1280]. Le caractère expérimental du mécanisme paraît déteindre sur le contrôle des aides. La procédure d'autorisation instituée par la directive apparait ainsi comme un pis-aller, favorisant la célérité et permettant à la Commission de ne pas s'engager outre mesure sur la qualification et la compatibilité des PNA au regard de l'article 107 TFUE. En pratique, et à notre connaissance, aucune procédure formelle de contrôle des aides n'a été engagée durant les deux premières phases d'émission. Les PNA ont ainsi échappé au pouvoir d'encadrement, du moins dans le cadre formel qui est le sien en vertu de l'article 108 TFUE.

676. On ne saurait pour autant dire que les PNA ont échappé à tout contrôle au titre du droit des aides. Si les orientations pour leur élaboration adoptées par la Commission ne fournissent pas d'éléments substantiels à ce sujet[1281], les décisions de rejet prises sur la base de l'article 9 de la directive, faisant application du cinquième critère de l'annexe III de la directive, contiennent des indications sur leur qualification et leur compatibilité au regard de l'article 107 TFUE. Du point de vue formel, il s'agit là de simples prises de position, qui reflètent bien la prudence de la Commission. En effet, les éléments relatifs à la qualification et à la compatibilité sont rédigés au mode conditionnel et, surtout, se trouvent uniquement dans les motifs des décisions de rejet. Cette pratique subtile semble être le moyen choisi par la Commission pour assurer le quasi contrôle des aides, sans pour autant inscrire des éléments de qualification ou d'appréciation de compatibilité dans le dispositif, ce qui leur aurait donné force obligatoire.

677. Cette façon de procéder a été inaugurée dès la première phase d'émission. Ainsi, dans les motifs de deux de ses décisions, la Commission avait reproché aux États la création de réserves spéciales qui auraient permis une allocation supplémentaire de quotas à certaines installations industrielles au cours de la période d'émission, sans que les bénéficiaires ne soient clairement identifiés *ex ante*, en faisant une application autonome du principe de non

---

[1280] Commission européenne, DG environnement et concurrence, 17 mars 2004, ENV C2/PV/amh/D(2004)420149, préc., p. 3.

[1281] Communication de la Commission du 7 janvier 2004, sur les orientations visant à aider les États membres à mettre en œuvre les critères qui figurent à l'annexe III de la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, et les conditions dans lesquelles il y a force majeure (COM(2003) 830 final), pt. 2.1.5 : en substance, la Commission s'est contenté de rappeler l'existence des article 107 et 108 TFUE.

discrimination du cinquième critère de l'annexe III[1282]. Or, elle avait ensuite ajouté que cette réserve *pourrait* être également constitutive d'une aide incompatible[1283]. Par la suite, la Commission indiquait, toujours dans le corps de la motivation, que les éléments d'aides contenus dans le PNA *pourraient* être compatibles avec le marché intérieur si l'État en cause procédait aux modifications qu'elle indiquait dans le dispositif[1284]. Toutefois, au final, les articles premier et deuxième de ce dispositif, qui indiquaient respectivement les éléments du PNA contraires aux critères de l'annexe III et les modifications aptes à résoudre cette violation, ne contenaient aucune référence au droit des aides. Ils indiquaient seulement que le PNA devait être modifié en vertu du cinquième critère qui semble ici être invoqué de façon autonome.

678. Cette pratique a été reconduite durant la seconde période d'émission. La Commission a même été plus précise. Dans un premier temps, les motifs de ses décisions de rejet identifiaient divers éléments d'aides et indiquaient généralement que leur compatibilité était douteuse. Par la suite, toujours dans les motifs, la Commission indiquait que la compatibilité de ces aides potentielles avec l'article 107 TFUE, expressément visées par renvoi aux éléments de motivation qui les identifiaient, pourrait toutefois être assurée à la condition que les modifications du PNA qu'elle recommandait à l'article 2 du dispositif de ses décisions soient effectuées. Cette position a été systématiquement reproduite pour les aides incompatibles putatives engendrées, notamment, par l'allocation d'un nombre de quotas disproportionné par rapport aux réductions de GES escomptées[1285], par l'imprécision de la méthode d'allocation au niveau des installations[1286], par une mise en réserve de quotas[1287], par

[1282] Décision de la Commission du 20 octobre 2004, relative au PNA notifié par la France, préc., pt. 4 ; décision de la Commission du 8 mars 2005, relative au PNA notifié par la Pologne, préc., pts. 7-8.
[1283] Décision de la Commission du 20 octobre 2004, relative au PNA notifié par la France, préc., pt. 5 ; décision de la Commission du 8 mars 2005, relative au PNA notifié par la Pologne, préc., pt. 9.
[1284] Décision de la Commission du 20 octobre 2004, relative au PNA notifié par la France, préc., pt. 7 ; décision de la Commission du 8 mars 2005, relative au PNA notifié par la Pologne, préc., pt. 12.
[1285] Par exemple, décision de la Commission du 18 octobre 2007, relative au PNA notifié par le Portugal, préc., v. le pt. 13 visant le pt. 8.
[1286] Par exemple, décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par la Grèce, préc., v. le pt. 25 visant le pt. 19 ; décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par la Lettonie, préc., v. le pt. 17 visant le pt. 16 ; décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par la Lituanie, préc., v. le pt. 24 visant le pt. 22 ; décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par le Luxembourg, préc., v. le pt. 18 visant le pt. 17 ; décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par la Slovaquie, préc., v. le pt. 21 visant le pt. 16 ; décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par la Suède préc., v. le pt. 20 visant le pt. 16 ; décision de la Commission du 31 août 2007, relative au PNA notifié par le Danemark, préc., v. le pt. 8 visant le pt. 5 ; décision de la Commission du 26 octobre 2007, relative au PNA notifié par la Roumanie, préc., v. le pt. 22 visant les pts. 14-15.
[1287] Par exemple, décision de la Commission du 26 mars 2007, relative au PNA notifié par la France, préc., v. le pt. 9 visant les pts. 6-7.

le régime d'allocation des quotas aux nouveaux entrants dans le mécanisme[1288] ou encore par le traitement privilégié de certaines entreprises[1289].

679. Cette pratique générale s'accompagne de déclinaisons particulières. Ainsi, dans quelques décisions, la Commission a soutenu que si les États concernés entendaient maintenir certains aspects du PNA, il y aurait lieu de les notifier en vertu de l'article 108 TFUE, afin qu'ils fassent l'objet d'une procédure de contrôle formel, dont elle avertissait par avance que le résultat pourrait être celui d'une incompatibilité avec l'article 107 TFUE[1290]. Dans d'autres décisions, la Commission semblait faire une sélection : elle invitait expressément les États membres à ne modifier que certains des aspects du PNA qui pourraient contenir des aides, d'autres étant alors ignorés[1291]. Parfois, elle n'invitait tout simplement pas les États à modifier les éléments d'aides identifiés[1292]. Enfin, dans d'autres décisions, la référence aux éléments devant être amendés pour contrariété avec l'article 107 TFUE n'était pas explicite, la Commission se bornant à renvoyer à l'article 2 du dispositif énumérant les modifications des PNA qui garantiraient leur conformité à la directive[1293].

680. En somme, la Commission construit son contrôle informel des aides en parallèle avec le contrôle des autres critères de l'annexe III. Ce contrôle informel se greffe, en quelque sorte, à un contrôle à titre principal : certains régimes des PNA qui contreviennent à l'un ou l'autre des critères de l'annexe III peuvent également contenir des aides d'État. Dans cette hypothèse, le rejet du PNA, inscrit dans le dispositif, se double de prises de position sur l'existence d'aides et leur compatibilité.

681. Il est vrai que pour la Commission, l'existence de cette procédure de contrôle comprenant une appréciation des PNA au regard de l'article 107 TFUE revêt les avantages de la célérité et de la souplesse. Il n'en reste pas moins qu'elle prête à confusion, dans une

---

[1288] Par exemple, décision de la Commission du 16 janvier 2007, relative au PNA notifié par la Belgique, préc., v. le pt. 28 visant les pts. 21-22 ; décision de la Commission du 26 février 2007, relative au PNA notifié par l'Espagne, préc., v. le pt. 15 visant le pt. 10.

[1289] Par exemple, décision de la Commission du 26 mars 2007, relative au PNA notifié par la République Tchèque, préc., v. le pt. 18 visant le pt. 17 ; décision de la Commission du 15 mai 2007, relative au PNA notifié par l'Italie, préc., v. le pt. 27 visant le pt. 10.

[1290] V., par exemple, décision de la Commission du 26 mars 2007, relative au PNA notifié par la France, préc., pt. 7 ; décision de la Commission du 16 avril 2007, relative au PNA notifié par la Hongrie, préc., pt. 27.

[1291] V., par exemple, décision de la Commission du 16 janvier 2007, relative au PNA notifié par la Belgique, préc : au pt. 28, la Commission ne fait référence qu'aux points 20 et 21 de ses motifs, alors que d'autres éléments d'aides ont été identifiées aux points 19, 27 et 28 ; décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par la Slovaquie, préc. : au pt. 21, la Commission ne fait référence qu'au pt. 16 de ses motifs, alors que d'autres éléments d'aides ont été identifiées au point 15.

[1292] V., par exemple, décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par le Royaume-Uni, préc. : le pt. 6 ne mentionne pas les actuels articles 107 et 108 TFUE.

[1293] V., par exemple, décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par Malte, préc., pt. 21 ; décision de la Commission du 18 juillet 2007, relative au PNA notifié par Chypre, préc., pt. 22 ; décision de la Commission du 16 janvier 2007, relative au PNA notifié par les Pays-Bas, préc., pt. 33.

mesure plus importante que la procédure d'autorisation prévue par la directive 2003/96 : la Commission est ici explicitement chargée de vérifier l'existence et la compatibilité des aides, mais dans son office d'exécution du droit dérivé. Cela entraîne une confusion importante avec le contrôle des aides effectué dans le cadre formel de l'article 108 TFUE. En dernière analyse, la circonstance qui semble éviter la confusion totale est que le dispositif des décisions de rejet prises sur la base de l'article 9 de la directive 2003/87 est vierge de référence au droit des aides d'État.

682. Il n'en reste pas moins que cette situation a donné lieu à un contentieux. Certaines des entreprises qui étaient soumises à des PNA ont intenté des actions à l'encontre des décisions de rejet de la Commission, en pointant précisément cette ambiguïté. En résulte un arbitrage du juge, qu'il convient d'expliquer en appréciant, de manière plus générale, les enjeux du contentieux né de l'instauration de procédure d'autorisation dans les directives ayant pour objet la protection de l'environnement.

II) Les procédures d'autorisation devant le juge : l'approfondissement des relations entre le pouvoir d'encadrement et le pouvoir d'harmonisation

683. Les procédures d'autorisation instituées par les directives relatives aux droits d'accises harmonisés sur l'énergie et au SEEQE ont donné lieu à deux séries d'affaires distinctes qui posent des questionnements assez complexes. Une question commune à ces deux séries d'affaires est celui de la valeur qu'il convient d'accorder aux éléments relatifs au droit des aides contenus dans les actes d'harmonisation (A). Une question particulière aux affaires en matière de droits d'accises est celle de l'évolution des critères de l'imputation (B).

A) La question de la valeur juridique des prises de position nées dans le pouvoir d'harmonisation

684. Les prises de position relatives au droit des aides et nées dans le pouvoir d'harmonisation se présentent sous des formes diverses. Les décisions de rejet prises sur la base de la directive 2003/87, contiennent des éléments explicites de qualification et d'application du régime juridique en application de l'article 107 TFUE. Quant aux actes pris sur la base de la directive 92/81, ils contenaient des références aux actuels articles 107 et 108 TFUE mais aussi des considérations qui pourraient être comprises comme des éléments de qualification d'une aide. Puisque, *mutatis mutandis*, il existe des similitudes entre ces affaires, il semble justifié de comparer comment le juge les a tranchées, a plus forte raison si l'on

ajoute qu'il est possible de déceler certaines contradictions entre les solutions jurisprudentielles : la jurisprudence reconnaissant le caractère informel du contrôle des aides sur la base de la directive 2003/87 (1) paraît infirmée par la position du Tribunal dans l'affaire *Alumine* (2).

1) La reconnaissance jurisprudentielle du caractère informel du contrôle des aides sur la base de la directive 2003/87

685. La jurisprudence relative au SEEQE illustre bien les enjeux pratiques de la concurrence entre les pouvoirs d'harmonisation et d'encadrement : confronté à la pratique de contrôle informel des aides contenues dans les PNA développée par la Commission, le juge a reconnu ce caractère informel et en a tiré toutes les conséquences.

686. Les affaires dont il s'agit trouvent leur origine dans des recours en annulation intentés par des entreprises à l'encontre de certaines décisions de rejet des PNA. Il faut conserver ce contexte à l'esprit car il est important pour comprendre la façon dont se sont posées les questions relatives au droit des aides d'État. En effet, de nombreux recours ont été déclarés irrecevables en application des règles procédurales régissant le contentieux de l'annulation devant les juridictions de l'Union[1294] : ils étaient intentés par des entreprises ayant échoué, en tant que requérantes ordinaires, à démontrer leur qualité pour agir à l'encontre de décisions de rejet des PNA dont ils n'étaient pas destinataires[1295]. Or, deux de ces recours sont remarquables aux fins de cette étude. Ils ne se distinguent ni par les prétentions des entreprises — qui soutenaient que les allocations de quotas réalisées en exécution des PNA litigieux avantageaient certaines de leurs concurrentes[1296] ou que le rejet de certains aspects du plan concerné n'était pas légal[1297] — ni par leur résultat — puisqu'ils ont été considérés

[1294] Sur ces décisions de rejet, v. P. KROMAREK, « La jurisprudence communautaire relative à la directive 2003/87 », *op. cit.* ; J. A.W. VAN ZEBEN, « The European Emissions Trading Scheme Case Law », *op.cit.*, pp. 123-125.

[1295] Sur la qualité pour agir, v., généralement, G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 562-567 ; en droit des aides d'État, V. KREUSCHITZ, « Some Thoughts on the Jurisprudence of European Courts Concerning the Admissibility of Actions against State Aid Decisions », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, *op. cit.*, p. 369.

[1296] La contestation de l'allocation litigieuse par le moyen d'un recours dirigé contre une décision de *rejet* d'un PNA semble à première vue paradoxale. Toutefois, cette situation s'explique par le fait que le rejet ne concernait pas l'allocation litigieuse, de sorte qu'on pouvait interpréter le silence de la Commission comme une autorisation : TPICE, ordonnance du 30 avril 2007, *EnBW Energie Baden-Württemberg/Commission*, T-387/04, Rec. p. II-1195, pt. 38.

[1297] TPICE, ordonnance, 1er octobre 2007, *US Steel Košice/Commission*, T-27/07, Rec. p. II-128*, Pub.somm., pts. 28-29. Il est à noter que le contexte de cette seconde affaire était complexifié par des règles particulières contenues dans un traité d'adhésion et qui autorisaient un traitement fiscal avantageux de l'entreprise requérante, mais cette circonstance ne sera pas ici évoquée car elle n'est pas nécessaire à la compréhension des éléments qui nous intéressent en particulier.

irrecevables —, mais par le fait que les requérantes s'étaient fondées sur le droit des aides d'État pour essayer de justifier leur qualité à agir.

687. Dans l'affaire *EnBW Energie*, était en cause la décision de rejet du PNA allemand pour la première phase d'émission[1298]. La requérante considérait qu'il convenait de la qualifier de décision adoptée en matière d'aides d'État, car c'était là sa véritable nature[1299]. Cette nature serait avérée par la lettre commune des directions générales de la concurrence et de l'environnement[1300], par la teneur du cinquième critère de l'annexe III de la directive 2003/87, ainsi que par le contenu de la décision elle-même. Il faudrait en effet déduire de ces éléments que la Commission admettait la présence d'aides potentiellement incompatibles dans le PNA et qu'elle choisissait de les contrôler sur la base de l'article 9 de la directive[1301]. Dès lors, la requérante considérait que les conditions de la qualité pour agir applicables en droit des aides d'État lui étaient applicables, en particulier celles liées à la contestation de la légalité des décisions de la Commission par les entreprises concurrentes des bénéficiaires d'aides[1302].

688. Le Tribunal a toutefois réfuté cette analyse. Partant du constat que la base juridique de la décision de rejet litigieuse était la directive, et non les actuels articles 107 et 108 TFUE[1303], il a rejeté la requalification de la décision d'autorisation du PNA. La procédure de la directive ne permettait qu'un examen préliminaire des éléments d'aides contenus dans les PNA qui peut donner lieu à une procédure formelle d'examen de contrôle des aides mais ne saurait préjuger de son issue[1304]. En se référant à l'arrêt *BP Chemicals*[1305] susmentionné, rendu au sujet des directives relatives à l'harmonisation des droits d'accises, il a jugé par ailleurs que ni la directive, qui était fondée à titre exclusif sur l'actuel article 92 TFUE, ni des mesures dépourvues de force obligatoire comme la lettre commune des directions générales de la Commission, ne peuvent limiter le champ du droit des aides. En l'absence de base pertinente, la directive n'était pas un *lex specialis* organisant un contrôle spécial des aides et ne pouvait donc produire des effets équivalents à ceux d'une décision prise sur le fondement de l'article 108 TFUE[1306]. Enfin, le cinquième critère de l'annexe III de la directive ne faisait que

---

[1298] Décision de la Commission du 7 juillet 2004, relative au PNA notifié par l'Allemagne (C(2004) 2515/2 final).
[1299] TPICE, ordonnance du 30 avril 2007, *EnBW Energie Baden-Württemberg/Commission*, préc., pt. 68.
[1300] Commission européenne, DG environnement et concurrence, 17 mars 2004, ENV C2/PV/amh/D(2004)420149, préc.
[1301] TPICE, ordonnance du 30 avril 2007, *EnBW Energie Baden-Württemberg/Commission*, préc., pts. 63-69.
[1302] *Ibid*., pts. 74 et s.
[1303] *Ibid*., pt. 100.
[1304] *Ibid*., pts. 131-133.
[1305] TPICE, 27 septembre 2000, *BP Chemicals/Commission*, préc.
[1306] *Ibid*., pt. 134.

rappeler le principe général selon lequel le droit dérivé doit être exécuté dans le respect du traité, tandis que la lettre commune des directions générales de la Commission ne constituait qu'une position provisoire sur l'application du droit des aides dans le contexte du SEEQE[1307].

689. Cette position a par la suite été précisée dans l'affaire *US Steel Košice*[1308], où la validité de la décision de rejet partiel du PNA slovaque pour la seconde période d'émission était en cause[1309]. En l'espèce, et toujours aux fins de démontrer la réalisation des conditions de recevabilité du recours en annulation, l'entreprise requérante soutenait qu'elle était directement concernée par la décision litigieuse en se fondant sur le droit des aides : selon elle, le PNA avait été rejeté notamment en ce qu'il contenait une aide dont elle était bénéficiaire et son intérêt à agir devait donc être évalué au regard de ce statut de bénéficiaire d'une aide d'État[1310].

690. Là encore, le Tribunal a refusé de valider cette argumentation. Il s'est tout d'abord fondé pour cela sur la rédaction de la décision de rejet : la motivation relative aux aides d'État consistait en des *« formules prudentes et peu rigoureuses »*, lesquelles attestaient que la Commission n'avait effectué qu'une appréciation provisoire du régime litigieux du PNA au regard des règles relatives aux aides d'État. La décision litigieuse ne saurait préjuger le fait qu'une procédure formelle de contrôle soit ouverte sur la base de l'article 108 TFUE ni avoir des conséquences juridiques équivalentes à celles d'une décision qui en découlerait[1311]. Cette solution a été confirmée sans détours par la Cour, saisie sur pourvoi : on ne pouvait soutenir que la Commission se soit prononcée sur l'existence d'aides, puisqu'elle avait expressément indiqué la possibilité d'un contrôle formel ultérieur[1312].

691. Dans ces affaires, si le juge parvient à des conclusions semblables et refuse d'assimiler les décisions de rejet prises en exécution de la directive avec des décisions de contrôle formel des aides, il utilise toutefois deux arguments différents. Dans l'ordonnance *EnBW Energie*, le juge semble valider une thèse de l'autonomie des pouvoirs : les décisions de la Commission prises dans le contexte de l'harmonisation ne sauraient être assimilées à des décisions d'aides car le législateur, en l'espèce, n'avait pas le pouvoir de substituer la procédure de l'article 9 de la directive à la procédure formelle de l'article 108 TFUE. Dès lors, les prises de position contenues dans la décision de rejet étaient adoptées hors du cadre formel du pouvoir

---

[1307] *Ibid*., pts. 135-136.
[1308] TPICE, ordonnance, 1er octobre 2007, *US Steel Košice/Commission*, préc.
[1309] Décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par la Slovaquie, préc.
[1310] TPICE, ordonnance, 1er octobre 2007, *US Steel Košice/Commission*, préc., pt. 67.
[1311] *Ibid*., pt. 72.
[1312] CJCE, ordonnance, 19 juin 2008, *US Steel Košice/Commission*, C-6/08 P, Rec. 2008 p. I-96*, Pub.somm., pt. 74.

d'encadrement et n'avaient aucune valeur en droit des aides d'État. Dans les ordonnances *US Steel Košice* en première instance et en pourvoi, l'argument déterminant est différent : la décision de rejet n'était pas une décision d'aide car elle était rédigée d'une manière telle qu'elle ne contenaient pas, dans son dispositif, d'appréciations définitives sur les éléments d'aides d'État. Cela sous entend que la solution pourrait être différente si le dispositif de la décision de rejet contenait une qualification d'aide ou l'application du régime qui y est attaché. Il semblerait donc que ces deux éléments soient appelés à jouer, ce qui pourrait confirmer une jurisprudence antérieure[1313].

692. En tout état de cause, ces considérations permettent d'évaluer, au final, la situation dans laquelle ont été placés les PNA, et qui a perduré durant les deux premières périodes d'émission prévues par le SEEQE. Pour des raisons de célérité et pour s'épargner un contrôle complexe des aides, la Commission a développé une pratique qui met en péril le bon fonctionnement du SEEQE.

693. En effet, ainsi que l'a relevé le juge, le contrôle des éléments d'aides réalisé par les décisions de rejet prises sur la base de la directive 2003/87 n'était qu'informel. Rappelons par ailleurs qu'à notre connaissance, aucune décision en matière d'aides n'a été adoptée au sujet des PNA durant les deux périodes d'émission. Dès lors, ce contrôle, et la procédure qui le fonde, ne sauraient produire des effets équivalents au contrôle formel dans l'exercice de l'actuel article 108 TFUE. Notamment, ils ne réalisent pas l'accomplissement de la notification préalable de l'aide exigée au titre de son paragraphe 3.

694. À cet égard, il est extrêmement discutable que la Commission ait indiqué, dans la lettre commune des directions générales de l'environnement et de la concurrence[1314], que cette notification n'était pas nécessaire pour la première phase d'émission. Cette obligation de notification a valeur de droit primaire et elle est impérative. La Commission n'a pas le pouvoir de créer des dérogations à cette règle par d'autres voies que celles établies par le traité, c'est-à-dire par l'adoption de règlements d'exemption[1315]. De ce point de vue, et si l'on

---

[1313] La Cour, au sujet de la confiance légitime qui aurait pu naître, dans le chef de bénéficiaires d'aides, de conclusions adoptées au sein du Conseil, a jugé que ces dernières exprimaient *« une volonté de nature politique et ne sauraient, en raison de leur contenu, produire des effets de droit dont les justiciables pourraient se prévaloir devant la Cour. Par ailleurs, lesdites conclusions ne peuvent en aucun cas lier la Commission dans l'exercice de ses compétences propres, lesquelles lui sont confiées en matière d'aides d'État par le traité »* : CJCE, 22 juin 2006, *Belgique/Commission*, C-182/03 et C-217/03, préc., pt. 151.

[1314] Commission européenne, DG environnement et concurrence, 17 mars 2004, ENV C2/PV/amh/D(2004)420149, préc., p. 3, reproduite en Annexe.

[1315] Le paragraphe 4 de l'article 108 TFUE dispose en effet que la Commission *« peut adopter des règlements concernant les catégories d'aides d'État que le Conseil a déterminées, conformément à l'article 109, comme pouvant être dispensées de la procédure prévue au paragraphe 3 du présent article »*.

admet que les PNA pouvaient contenir des aides[1316], la teneur de cette lettre apparaît tout à fait contestable : en dernière analyse, la Commission, c'est-à-dire l'organe à qui incombe au premier chef la responsabilité du contrôle des aides, invitait très directement les États membres à violer le traité et, en particulier, la règle qui garantit l'efficacité de ce contrôle en consacrant son caractère préalable.

695. Or, cette dérogation illégale, qui relève du « petit arrangement » avec les règles du traité entre la Commission et les États membres, est loin d'être dépourvue de conséquences : le caractère informel du contrôle ne résout pas la non conformité des actes nationaux d'exécution que constituent les PNA avec le droit des aides d'État. Indépendamment de la question de la compatibilité au regard du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE[1317], l'exécution de l'allocation des quotas sans notification au titre de l'actuel article 108 TFUE peut en effet apparaître comme constitutive d'une aide illégalement versée. Or, ainsi que le rappelait le Tribunal dans l'ordonnance *EnBW Energie*, l'obligation de notification préalable est d'effet direct, de sorte que rien ne s'opposait à ce qu'un recours soit intenté dans l'ordre interne afin d'obtenir la sanction du paragraphe 3 de l'article 108 TFUE[1318].

696. Placé dans cette situation, le juge national ne saurait être lié par les prises de position de la Commission contenues dans les décisions de rejet[1319] puisqu'elles sont informelles[1320]. Il lui aurait fallu évaluer la qualification des PNA par lui-même[1321] et, en cas de doutes, en l'espèce prévisibles, poser une question préjudicielle à la Cour. Dans l'hypothèse où cette dernière reconnaitrait la présence d'une aide, le juge national aurait alors dû en tirer toutes les conséquences, notamment en prenant les mesures provisoires aptes à garantir les intérêts des justiciables, en invalidant les actes nationaux, et en ordonnant la récupération des avantages

---

[1316] Si la qualification des PNA retenue par la Commission durant les deux premières périodes d'émission est discutable, il ne saurait être exclu que l'allocation du reliquat de cinq ou dix pour cent de quotas à titre gratuit contiennent des éléments d'aides : v. *supra*, n°s 632 et s .

[1317] Les décisions ultérieures de compatibilité d'une aide ne couvrent pas leur illégalité car cela reviendrait à priver la règle de la notification préalable de son effet utile : CJCE, 21 novembre 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e.a./France*, C-354/90, Rec. 1991 p. I-5505, pt. 12 ; CJCE, 5 octobre 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, C-368/04, Rec. p. I-9957, pt. 42 ; v., plus récemment, CJCE, 12 février 2008, *CELF et ministre de la Culture et de la Communication*, C-199/06, Rec. p. I-469 ; obs. C. GIOLITO, *Concurrences*, 2008, n° 2, p. 140 ; CJCE, 11 mars 2010, *CELF et ministre de la Culture et de la Communication*, C-1/09, Rec. p. I-2099 ; obs. J. DERENNE, *Concurrences*, 2010, n° 3, p. 129 ; G. ROZET, B. STROMSKY, « L'application de la discipline des aides d'État : la quête judiciaire d'un nouveau Graal », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, *op. cit.*, p. 425.

[1318] TPICE, ordonnance du 30 avril 2007, *EnBW Energie Baden-Württemberg/Commission*, préc., pt. 134.

[1319] V., *contra*, T. M. RUSCHE, « Emissions Trading », *op. cit.*, p. 374.

[1320] En ce sens, v. J.-P. KEPPENNE, K. GROSS, « Quelques considérations sur le rôle du juge national dans le contrôle des aides d'État », *op. cit.*, p. 400.

[1321] En ce sens, CJCE, 22 mars 1977, *Steinike & Weinlig*, préc., pt. 14 ; CJCE, 15 juillet 2004, *Pearle e.a.*, *préc.*, pt. 31.

accordés par l'allocation de quotas gratuits[1322]. Il est à croire qu'une telle situation aurait pu fortement mettre à mal un PNA, c'est-à-dire, *in fine*, le bon le fonctionnement du SEEQE.

697. En somme, la sécurité juridique des PNA et, par voie de conséquence, de la réalisation des objectifs environnementaux du SEEQE, aurait du être assurée par une procédure formelle d'examen en application de l'actuel article 108 TFUE, *a fortiori* si la Commission prétendait qu'ils contenaient des mesures contraires à l'actuel article 107 TFUE[1323]. En choisissant de contourner le cadre normal du contrôle des aides, la Commission a ainsi fait courir un risque réel à un outil déterminant de la politique environnementale de l'environnement[1324]. Du reste, des alternatives au contrôle formel des aides existaient pour sécuriser les PNA. Il aurait notamment pu être envisageable d'adopter un règlement d'exemption par catégories spécial sur la base du règlement du Conseil habilitant la Commission en ce sens[1325], afin de les faire échapper de plein droit à l'obligation de notification[1326]. Si la Commission ne recourt pas à une telle solution, cela s'explique certainement par le fait que, contrairement au contrôle informel, elle aurait pour effet d'évincer totalement son pouvoir de contrôle des PNA.

698. La jurisprudence rendue dans le contexte de SEEQE permet en tout état de cause de conclure que les éléments relatifs au droit des aides contenus dans des actes adoptés dans le contexte de l'harmonisation et formulés de manière non impérative n'ont pas de valeur en droit des aides d'État. Or, l'arrêt *Alumine* sur renvoi du Tribunal semble contredire ce principe.

[1322] CJCE, 21 novembre 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e.a./France*, préc., pt. 12 ; CJCE, 1er octobre 2003, *van Calster et Cleeren*, C-261/01 et C-262/01, Rec. p. I-12249, pt. 64 ; CJCE, 21 juillet 2005, *Xunta de Galicia*, C-71/04, Rec. p. I-7419, pt. 50 ; CJCE, 5 octobre 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, C-368/04, Rec. p. I-9957, pts. 46-47.

[1323] En ce sens, v. C. GIOLITO, « La procédure de contrôle des aides d'État peut-elle être utilisée pour contrôler la bonne application d'autres dispositions du droit communautaire ? », *op. cit.*, p. 164.

[1324] De surcroît, on ne voit pas ce qui pourrait s'opposer à un recours intenté aujourd'hui : le fait que les PNA n'existent plus depuis le 1er janvier 2013 en raison de la réforme du SEEQE n'enlève rien au fait que les entreprises ayant reçu des quotas gratuits soient des bénéficiaires potentiels d'aides d'État non notifiées.

[1325] Règlement (CE) nº 994/98 du Conseil du 7 mai 1998 sur l'application des articles 92 et 93 du traité instituant la Communauté européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales (JO L 142 du 14 mai 1998, p. 1) : le iii) du paragraphe 1 de l'article premier prévoit en effet que des aides à l'environnement peuvent être ainsi exemptées de l'obligation de notification.

[1326] Une autre solution consisterait en une décision du Conseil prise sur la base de l'alinéa 3 du paragraphe 2 de l'article 108 TFUE qui a le pouvoir de décider de la compatibilité de toute mesure d'aide. Elle est toutefois certainement moins réaliste : cette procédure est rarement utilisée et reste subordonnée à la démonstration de « circonstances exceptionnelles », notion certes largement indéterminée, mais que la Cour interprète comme signifiant que le pouvoir du Conseil revêt un caractère d'exception : CJCE, 29 juin 2004, *Commission/Conseil*, C-110/02, Rec. p. I-6333, pts. 30-31 ; à ce sujet, v. M. DONY, F. RENARD, C. SMITS (collab.), *Contrôle des aides d'État*, *op. cit.*, nos734-736 ; G. COSMAS, « Les conditions d'application de l'article 93, paragraphe 2, troisième alinéa, du traité CE », *in Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden Baden, Nomos, 1999, p. 39.

2) La position contraire du Tribunal dans l'affaire Alumine

699. En termes de concurrence entre les pouvoirs, les deux séries d'affaires rendues dans le contexte des directives 92/81 et 2003/87 paraissent comparables sur un point : celui de la valeur qu'il s'agit d'accorder aux prises de position relatives à des éléments du droit des aides lorsqu'elles sont contenues dans des actes pris dans le cadre du pouvoir d'harmonisation. Dans les affaires relatives au SEEQE, les PNA sont régis par les décisions de rejet prises sur la directive et potentiellement par le droit des aides d'État, les appréciations relatives à ce droit étant contenues, au mode conditionnel, dans les motifs desdites décisions. Or, dans l'affaire *Alumine*, les exonérations d'accises interdites par la Commission sur la base de l'article 107 TFUE sont régies par des décisions d'autorisation du Conseil qui contiennent des éléments sur leurs effets sur le marché intérieur, lequel est par ailleurs un critère de définition de l'aide.

700. Il paraît alors justifié de comparer les deux séries d'affaires, d'autant que la solution du Tribunal dans l'affaire *Alumine* semble contredire la jurisprudence rendue dans le domaine du SEEQE. Il n'est d'ailleurs pas certain qu'elle soit conforme à l'arrêt sur pourvoi rendu par la Cour dans cette affaire.

701. Il faut rappeler que dans l'affaire *Alumine*, était en cause la légalité d'une décision de la Commission déclarant incompatibles avec le marché intérieur des exonérations de taxes pourtant autorisées par le Conseil. Ce dernier avait adopté sur la base de la procédure idoine de la directive 92/81 des décisions où il considérait, avec la Commission, que les exonérations n'avaient pas d'effets sur le marché intérieur. La Cour, dans son arrêt sur pourvoi, avait annulé l'arrêt du Tribunal de première instance pour un motif procédural mais avait apprécié, par *obiter dictum*, le raisonnement au fond.

702. Il est difficile de mesurer la portée de cet *obiter dictum* sur les questions qui retiennent ici l'attention. En l'espèce, il était avant tout question de contrôler une erreur de droit alléguée du Tribunal relative à la qualification des mesures nationales litigieuses au regard d'une catégorie du règlement de procédure[1327]. Il est vrai que cette question soulevait celle de savoir si les prises de position sur les effets des exonérations sur le marché intérieur issues des décisions du Conseil pouvaient avoir des conséquences sur cette qualification. Toutefois, si la

[1327] CJUE, 2 décembre 2009, *Commission/Irlande e.a.*, C-89/08 P, préc., pts. 70-87 : était en cause la qualification de la mesure en cause par rapport à la catégorie de « *[mesure qui] ne constituait pas une aide au moment de sa mise en vigueur, mais qui est devenue une aide par la suite en raison de l'évolution du marché commun et sans avoir été modifiée par l'État membre* », au sens du v) du b) de l'article 1er du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999, tel que modifié par le règlement (UE) n° 734/2013 du Conseil du 22 juillet 2013, préc.

Cour a répondu par la négative, c'est uniquement parce que le critère pertinent pour apprécier la catégorie en question était un changement de circonstances dans le marché intérieur, et que des prises de position du Conseil étaient à cet égard indifférentes[1328]. En d'autres termes, ces prises de position sont écartées parce qu'elles n'ont aucun intérêt pour définir la catégorie en cause au vu de sa définition légale. Toutefois, il est remarquable de noter que la Cour a ajouté que cette considération valait *« a fortiori lorsque l'appréciation éventuellement différente portée antérieurement par la Commission sur la mesure nationale en cause l'a été, comme en l'espèce, dans le cadre d'une procédure autre que celle du contrôle des aides d'État »*[1329], ce qu'elle avait déjà jugé, en substance, dans un arrêt antérieur. Le juge semble ainsi indiquer que l'origine de ces prises de position, c'est-à-dire le contexte de l'harmonisation des droits d'accises, était également un élément qui excluait que l'on puisse en tenir compte dans le contexte, tout autre, du droit des aides d'État.

703. La Cour avait ensuite renvoyé l'affaire, donnant lieu à un second arrêt du Tribunal qu'il convient de commenter. D'emblée, on précise à cet égard que cet arrêt sur renvoi s'est en partie fondé sur des arguments tenant à l'imputation, mais que ces derniers seront envisagés juste après, de façon à pouvoir se concentrer, à ce stade, sur les éléments de motivation relatifs à la valeur des prises de position contenues dans les actes d'harmonisation. En effet, ces derniers, outre qu'ils sont déjà fort substantiels, sont tout à fait remarquables car le Tribunal ne semble pas s'être totalement conformé aux indications de l'arrêt de pourvoi de la Cour.

704. En l'espèce, au stade de renvoi, les requérants avaient soulevé de nombreux griefs afin d'obtenir l'annulation de la décision de la Commission interdisant les aides d'État contenues dans les exonérations d'accises pourtant autorisées par le Conseil sur la base de la directive 91/81. Ces griefs étaient notamment tirés de la violation du principe de sécurité juridique, du principe de présomption de validité et de l'effet utile des actes de l'Union et du principe du respect de la confiance légitime[1330]. En substance, les requérants soutenaient que la Commission avait violé ces principes et, partant, adopté une décision illégale en interdisant

[1328] La catégorie en cause étant celle de « *[mesure qui] ne constituait pas une aide au moment de sa mise en vigueur, mais qui est devenue une aide par la suite* en raison de l'évolution du marché commun *et sans avoir été modifiée par l'État membre »* (souligné par nous), la qualification s'apprécie uniquement en fonction du critère de l'évolution du marché commun. Les positions antérieures des institutions, qui ne sont pas visées par cette disposition, sont donc indifférentes. V., en ce sens, CJCE, 22 juin 2006, *Belgique/Commission*, C-182/03 et C-217/03, préc., pt. 71.

[1329] CJUE, 2 décembre 2009, *Commission/Irlande e.a.*, C-89/08 P, préc., pt. 74.

[1330] Trib. UE, 21 mars 2012, *Irlande/Commission*, préc., pt. 45.

les exonérations litigieuses car cela revenait à annihiler les effets de la décision d'exécution de la directive[1331].

705. Le Tribunal, après avoir rappelé la jurisprudence de principe sur la présomption de validité des actes de l'Union et l'exigence de sécurité juridique[1332], a ensuite consacré certains développements à échafauder une interprétation systémique du traité. En substance, il a jugé que l'harmonisation des législations fiscales et le droit des aides d'État étaient des instruments différents utilisés en vue de l'accomplissement de la même finalité : l'élimination des diverses formes de distorsions nuisant au bon fonctionnement du marché intérieur[1333]. Dès lors, « la mise en œuvre cohérente de ces différentes règles impose de considérer que […] la notion de distorsion de concurrence revêt la même portée et le même sens en matière d'harmonisation des législations fiscales nationales et en matière d'aides d'État »[1334]. Le Tribunal ajoutait alors que la procédure d'autorisation ad hoc des exonérations d'accises reposait sur une appréciation des distorsions de concurrence que les mesures autorisées engendrent[1335]. Le Tribunal paraît ainsi indiquer — mais son raisonnement n'est pas absolument limpide — qu'une décision du Conseil autorisant des exonérations de taxes, proposée par la Commission qui ne conteste pas sa validité, avait valeur de position de l'Union sur le fait que les distorsions créées sont acceptables dans le marché intérieur, et que cette position a une valeur en droit des aides d'État.

706. Ceci étant posé, le Tribunal a consacré la quasi totalité de ses développements à répondre à un argument de la Commission lié à un élément précis du cadre juridique de cette affaire et qui pouvait renverser ces premières conclusions. Il faut rappeler que les exonérations d'accises litigieuses étaient autorisées par une série de décisions, dont il est vrai que les premières contenaient, dans leurs considérants, une mention selon laquelle les exonérations ne causaient pas de distorsions de concurrence. Toutefois, la dernière d'entre elles, la décision 2001/224/CE, non seulement ne contenait plus de mentions similaires, mais précisait qu'elle ne préjugeait pas de l'issue d'éventuelles procédures *« relatives aux distorsions de fonctionnement du marché unique qui pourraient être intentées »* notamment sur la base du contrôle des aides d'État[1336]. Cela hypothéquait l'argument selon lequel l'autorisation valait position définitive sur les effets distorsifs des mesures fiscales autorisées. De surcroît, la Commission soutenait que l'autorisation du Conseil n'était pas une condition

[1331] *Ibid*., pt. 58.
[1332] *Ibid*., pts. 59-62.
[1333] *Ibid*., pts. 63-71.
[1334] *Ibid*., pt. 72.
[1335] *Ibid*.
[1336] Décision 2001/224/CE du Conseil du 12 mars 2001, préc., considérant 5.

suffisante pour que l'exonération soit accordée car le droit des aides d'État restait applicable. Elle s'était notamment pour cela fondée, précisément, sur le contenu de la décision 2001/224/CE[1337].

707. Cela explique certainement pourquoi le Tribunal a focalisé des pans très importants de sa motivation à apprécier la portée de la décision 2001/224/CE. En substance, il a jugé que la décision 2001/224/CE ne pouvait être interprétée comme subordonnant ses effets à une procédure formelle de contrôle des aides, car cela reviendrait à admettre qu'il puisse y avoir une incohérence entre l'autorisation d'exonérations et l'interdiction des aides qu'elles engendrent[1338]. Par ailleurs, la Commission n'avait pas cherché à contester la validité de la décision alors qu'elle serait à l'évidence remise en cause par sa décision d'incompatibilité sur la base de l'article 108 TFUE. Dès lors, la décision d'interdiction des exonérations litigieuses au titre de la violation de l'article 107 TFUE portait atteinte à la sécurité juridique et à la présomption de légalité de la décision 2001/224/CE[1339].

708. Ainsi, le Tribunal a conclu une seconde fois à la nullité de la décision de la Commission. Ce raisonnement peine toutefois à convaincre. Dès le départ, le Tribunal juge que les décisions autorisant des exonérations valent position de l'Union quant aux effets des exonérations litigieuses sur le marché intérieur. Il cherche ensuite à interpréter la teneur de la décision 2001/224/CE pour savoir si le Conseil a subordonné son autorisation au contrôle des aides. En somme, le Tribunal semble admettre que les décisions d'autorisation des accises et leurs considérants liminaires peuvent avoir un effet dans le champ du droit des aides d'État, voire même que le Conseil peut déterminer l'applicabilité du droit des aides en exécutant une directive.

709. Or, cette position paraît contraire à la jurisprudence relative aux décisions de rejet des PNA dans le contexte du SEEQE. En vertu de ces arrêts, les prises de position contenues dans les actes adoptés hors du cadre formel du pouvoir d'encadrement n'ont aucune valeur en droit des aides d'État, du moins lorsqu'ils ne contiennent pas de position formelle définitive sur la qualification et la compatibilité, ce qui était le cas en l'espèce. Plus généralement, elle paraît contraire à l'interprétation systémique du traité selon laquelle les pouvoirs d'encadrement et d'harmonisation ne se définissent pas, juridiquement, l'un par rapport à l'autre[1340]. Il n'est pas exclu qu'elle soit également contraire à l'arrêt sur pourvoi de la Cour dans l'affaire *Alumine*, avec les réserves que l'on a énoncées. Au final il semble que la solution de la Commission

[1337] Trib. UE, 21 mars 2012, *Irlande/Commission*, préc., pt. 79.
[1338] *Ibid*., pts. 80-96.
[1339] *Ibid*., pts. 100-105.
[1340] V. *supra*, n°s 564 et s.

dans la décision à l'origine de l'affaire soit valable sur le fond : le contrôle des exonérations d'accises n'est pas empêché par les prises de position contenues dans les considérants des décisions d'autorisation du Conseil et l'insécurité juridique engendrée est prise en compte au stade de la récupération.

710. Il faut toutefois ajouter que les éléments qui précèdent ne résument pas totalement l'arrêt sur renvoi du Tribunal. Il existe en effet quelques éléments de motivation relatifs à l'imputation des exonérations d'accises. Bien qu'ils soient en quelque sorte greffés sur le raisonnement général construit sur la cohérence et la sécurité juridique, ces éléments de motivation paraissent décisifs.

711. Pour résumer cette argumentation, on peut dire que le Tribunal est parti du constat que les États se conformaient parfaitement à une série de décisions adoptées régulièrement par le Conseil[1341]. Il a également indiqué que le droit des aides d'État visait les mesures unilatérales des autorités nationales, de sorte qu'elles doivent être imputables aux États membres pour être qualifiées d'aides[1342]. Or, certains éléments constitutifs de l'aide en l'espèce, à savoir un prélèvement fiscal inférieur aux *minimas* harmonisés et son octroi dans des zones géographiques limitées, n'étaient pas imputables aux États. Le Tribunal s'est alors référé à l'arrêt *Deutsche Bahn*, en soutenant que la mention des articles 107 et 108 TFUE dans la décision 2001/224/CE ne pouvait viser que des cas où les États membres disposeraient d'une marge de manœuvre dans l'exercice d'une dérogation prévue par le droit dérivé[1343].

712. Ensuite, le Tribunal rejette l'argument selon lequel le pouvoir d'harmonisation ne pouvait empiéter sur le droit des aides d'État car la condition d'imputation validerait l'analyse contraire. Les exonérations étant en l'espèce autorisées expressément, les avantages qu'elles procurent étaient imputables au législateur de l'Union[1344]. Cette situation faisait obstacle à ce que la Commission, qui n'avait jamais contesté la légalité des autorisations, puisse qualifier les mesures litigieuses d'aides, en raison de ce défaut d'imputation à l'État[1345].

713. Ainsi, le Tribunal a introduit des éléments relatifs à l'imputation dans son argumentation et en a déduit des conséquences très importantes pour apprécier la légalité de la décision en cause. C'est en effet sur cette base qu'il a conclu à l'erreur de droit de la Commission, qualifiant à tort les exonérations d'aides d'État. Cette considération appelle deux remarques

---

[1341] Trib. UE, 21 mars 2012, *Irlande/Commission*, préc., pts. 76-78.
[1342] *Ibid*., pts. 73-74
[1343] *Ibid*., pt. 94.
[1344] *Ibid*., pt. 98.
[1345] *Ibid*., pts. 99 et 103-104.

714. En premier lieu, et indépendamment du fond de cet argument, la validité de cet arrêt en renvoi est fortement sujette à caution, pour des motifs procéduraux. Si le pourvoi intenté à son encontre par la Commission est toujours pendant, les conclusions de l'avocat général, rendues récemment[1346], permettent de disposer de quelques éléments sur la solution envisageable. Elles expliquent avant tout pourquoi l'argument de l'imputation a été comme fondu dans le raisonnement sur la sécurité juridique et la présomption de légalité. En effet, l'avocat général Bot indique que les parties demanderesses au renvoi n'ont pas invoqué de moyens tirés de l'imputabilité de la mesure à l'Union[1347]. En réalité, c'est le Tribunal qui a introduit cette question dans le débat, en invitant les parties à s'exprimer à cet égard[1348]. Il a ensuite greffé, somme toute assez artificiellement, ce moyen à celui tiré de la violation des principes de sécurité juridique et de présomption de légalité. Or, selon l'avocat général, ces deux moyens étaient différents et indépendants[1349]. De surcroît, le moyen tiré de l'imputation était le véritable motif de l'annulation de la décision litigieuse[1350]. Aussi, s'agissait-il, au final, d'un moyen sur la légalité au fond d'une décision, soulevé d'office par le juge. Or, les moyens de ce genre ne peuvent en principe être examinés par le juge de l'Union que s'ils sont invoqués par le requérant[1351]. C'est pour ces motifs que l'avocat général invite la Cour à annuler l'arrêt de renvoi et à renvoyer de nouveau l'affaire devant le Tribunal car elle n'est pas en état d'être jugée[1352].

715. En second lieu, et si l'on fait abstraction de ces questions procédurales, il reste à mesurer la portée au fond de l'arrêt du Tribunal. En amenant le débat sur le terrain de l'imputation, le Tribunal propose ici de reconsidérer les critères constitutifs de l'imputation à l'État en droit des aides. En effet, la situation d'espèce ne correspondait pas exactement à celle en cause dans les arrêts *Deutsche Bahn* et *Puffer* : ceux-ci n'ont admis l'imputation d'une mesure nationale au législateur de l'Union que dans la situation très précise où une règle de droit dérivé obligeait tous les États membres à adopter une mesure déterminée[1353]. Or, dans le cas de l'affaire *Alumine*, les États membres en cause disposaient toujours d'une marge de manœuvre : il étaient autorisés, et non pas obligés, de créer l'exonération. Ils

[1346] Concl. Y. BOT sous C-272/12 P, *Commission/Irlande e.a.*, préc., présentées le 18 juillet 2013.
[1347] *Ibid.*, pt. 57.
[1348] *Ibid.*, pt. 63.
[1349] *Ibid.*, pt. 69.
[1350] *Ibid.*, pt. 84.
[1351] *Ibid.*, pt. 55 ; v. CJCE, 2 avril 1998, *Commission/Sytraval et Brink's France*, C-367/95 P, Rec. p. I-1719, pt. 67, CJCE, 2 décembre 2009, *Commission/Irlande e.a.*, C-89/08 P, Rec. p. I-11245, pt. 40.
[1352] Concl. Y. BOT ss. C-272/12 P, *Commission/Irlande e.a.*, préc., pts. 85-86.
[1353] TPICE, 5 avril 2006, *Deutsche Bahn/Commission*, préc., pt. 102 ; CJCE, 23 avril 2009, *Puffer*, C-460/07, préc., pt. 70.

disposaient donc d'une option assurant la conformité de leurs actes avec le droit des aides d'État : celle de renoncer à recourir à la possibilité offerte par le Conseil.

716. À ce stade, le débat semble rester ouvert. Si la Cour suit l'avocat général, le Tribunal risque, à l'occasion d'un nouvel arrêt sur renvoi, d'annuler de nouveau la décision de la Commission sur la base de l'imputation si celle-ci est soulevée par les parties, ce qui pourrait donner lieu à un troisième pourvoi de la Commission dans cette affaire. La Cour dispose toujours de la possibilité de préciser, par *obiter dictum*, et dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, l'interprétation qu'il convient de donner à la question de l'imputation. En somme, la balle est dans le camp de la haute juridiction de l'Union.

717. Sur la base de ces dernières remarques, il convient de discuter de la possibilité d'une réinterprétation des critères constitutifs d'une mesure au législateur de l'Union en se basant, tout comme le Tribunal, sur des affaires rendues hors du cadre du droit des aides d'État.

B) La question de l'évolution des critères de l'imputation à la lumière de la jurisprudence hors du droit des aides d'État

718. Indépendamment des considérations procédurales, le raisonnement au fond du Tribunal relatif à l'imputation des exonérations litigieuses dans l'affaire *Alumine* est loin d'être injustifié. Dans l'absolu, il ne paraît pas absurde de prétendre qu'une mesure autorisée par le Conseil en exécution d'une directive ne soit pas imputable à l'État membre qui s'y conforme. De surcroît, cette interprétation pourrait trouver un écho dans la jurisprudence relative à d'autres règles prescriptives que l'article 107 TFUE. Dès lors, il paraît justifié de s'intéresser aux solutions retenues hors du droit des aides d'État. L'opération d'imputation semble en effet également valable en matière de libertés de circulation et d'impositions intérieures (1). S'il doit y avoir un rapprochement entre les matières, il convient d'apprécier la solution de la Cour dans l'arrêt *Ouzo* pour reconsidérer les critères de l'imputation (2).

1) L'opération d'imputation en matière de libertés de circulation et d'impositions intérieures

719. D'emblée, il convient de préciser qu'il n'est pas soutenu que les solutions retenues au sujet de ces autres règles prescriptives sont inévitablement transposables au droit des aides d'État. Il est en effet question de pans du droit de l'Union développés avant tout par la jurisprudence, de sorte que la casuistique rend parfois téméraires les tentatives de systématisation trop directes. De surcroît, il existe des différences d'ordre procédural : les affaires relatives aux libertés de circulation et aux impositions intérieures qui nous intéressent

ici parviennent généralement dans le prétoire de la Cour de justice par la voie de la question préjudicielle ou du manquement, tandis que l'affaire *Alumine* trouve son origine dans un recours en annulation à l'encontre d'une décision de la Commission. En bref, ce qui est valable dans le cadre du contentieux de la légalité des directives au regard des actes pris pour leur exécution en matière d'impositions intérieures et de libertés de circulation ne l'est pas nécessairement dans celui de l'application du droit des aides.

720. Il n'en reste pas moins que le parallèle peut sembler fondé. Tout d'abord, il est effectué par le Tribunal lui-même dans l'arrêt *Alumine* : lorsqu'il évoque ensembles et la présomption de légalité des directives et l'imputation[1354], il mentionne à plusieurs reprises l'arrêt *Ouzo*[1355] qui concerne les impositions intérieures discriminatoires interdites par l'actuel article 110 TFUE. Par ailleurs, dans un arrêt relatif aux relations entre les libertés de circulation, le droit dérivé et les mesures nationales d'exécution, la Cour a établi l'imputation de la mesure en cause au législateur de l'Union à un stade préalable de son contrôle[1356]. Enfin, une affaire à ce jour pendante pourrait confirmer l'intérêt du parallèle. La Cour est actuellement saisie d'une question préjudicielle relative à l'application de la libre circulation des marchandises à l'encontre de certains aspects d'un mécanisme national de certificats verts mettant en œuvre la directive 2001/77[1357]. Or, pour apprécier l'applicabilité de l'actuel article 34 TFUE, l'avocat général a apprécié à titre préalable le degré d'harmonisation réalisé par cette directive[1358]. Au vu de ces premières considérations, il paraît ainsi justifié de tirer certains enseignements des affaires en matière de liberté de circulation et d'impositions intérieures.

721. À ce jour, les études générales consacrées aux relations croisées entre le droit primaire, le droit dérivé et les mesures nationales d'exécution restent assez rares et aboutissent à des conclusions contrastées[1359]. Pour ce qui concerne spécifiquement la matière environnementale, la doctrine aborde cette question en traitant des dérogations aux libertés de

---

[1354] Trib. UE, 21 mars 2012, *Irlande/Commission*, préc., pts. 59-61 et 95 ; le rapprochement avec l'arrêt *Ouzo* a également pu être suggéré par les États : v. Ministère des Finances de la Suède, mémorandum du 22 octobre 2012, « Review of the 2008 Community Guidelines on State Aid for Environmental Protection and environmental support measures in the 2008 General Block Exemption Regulation (GBER) », p. 2, disponible en ligne : http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_state_aid_environment/index_en.html#replies.

[1355] CJCE, 5 octobre 2004, *Commission/Grèce*, dit « Ouzo », C-475/01, Rec. p. I-8923.

[1356] CJUE, 26 octobre 2010, *Schmelz*, C-97/09, Rec. p. I-10465, pt. 54.

[1357] V. CJUE, *Essent Belgium*, C-204/12, affaire en cours.

[1358] Concl. Y. BOT, présentées le 8 mai 2013, pt. 70.

[1359] F. DINTILHAC, « Rapprochement des législations », *Rép. communautaire Dalloz*, n°s 268-273 ; K. MORTELMANS, « The Relationship Between the Treaty Rules and Community Measures for the Establishment and Functioning of the Internal Market – Towards a Concordance Rule », *CML Rev.*, 2002(6), p. 1303 ; K. E. SORENSEN, « Reconciling secondary legislation with the Treaty rights of free movement », *EL Rev.*, 2011(3), p. 339 ; v., pour le cas particulier des rapports entre l'article 110 TFUE et l'harmonisation fiscale : D. BERLIN, *Politique fiscale*, vol. I., *op. cit.*, n°s 72-73.

circulation[1360]. Or, en se basant sur une analyse de l'imputation en droit positif, il est possible de suggérer une présentation générale de ces relations sous l'angle de l'imputation qui, à notre connaissance, n'a pas été envisagée comme telle en doctrine.

722. Il a déjà été précisé ci-dessus que l'imputation pouvait être comprise comme une opération nécessaire pour le juge qui se trouve confronté à une mesure nationale d'exécution du droit dérivé contraire à une norme de droit primaire : il cherche à apprécier qui, du législateur de l'Union ou de l'État membre, est réellement à l'origine de cette violation. Dans le contexte de la sanction de règles prescriptives du droit primaire autres que l'article 107 TFUE[1361], cette opération reste fondamentale car elle permet d'appliquer le régime de sanction approprié. Dans le système juridictionnel de l'Union de droit, la violation du traité imputable au législateur de l'Union relève du contentieux de la légalité. En revanche, la violation imputable aux États membres relève du recours en manquement et, lorsque les dispositions sont d'effet direct, de la compétence du juge national, le cas échéant à la suite d'une question préjudicielle en interprétation.

723. Sur cette base, il paraît possible d'apprécier les arrêts relatifs à la sanction des libertés de circulation contenues dans le traité sous l'angle de l'imputation. Cette opération étant plus ou moins implicite, on peut l'identifier de la manière suivante : lorsqu'est en cause la conformité au droit primaire d'un acte national d'exécution du droit dérivé, il est possible de considérer que cet acte est imputable à l'Union si le juge admet de contrôler la légalité du droit dérivé que l'acte national exécute.

724. Il faut pour cela partir d'un schéma général de la sanction des libertés de circulation dans le domaine du droit dérivé. Lorsqu'il est allégué qu'une mesure nationale relevant du champ d'une directive[1362] est prise en violation d'une liberté de circulation, la Cour apprécie

---

[1360] N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, *op. cit.*, spéc. n°s 218, 221-223 et 234, qui l'aborde principalement sous l'angle de la licéité des dérogations à la libre circulation des marchandises ; C. VIAL, *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, *op. cit.*, qui l'aborde sous l'angle de la marge de manœuvre du juge dans la recherche d'un équilibre entre protection de l'environnement et libre circulation des marchandises ; L. IDOT, « Protection de l'environnement, libre circulation, libre concurrence : bilan de la jurisprudence de la Cour de justice », *LPA*, 2006, n° 119, p. 24, n°s 9-11.

[1361] À cet égard, v. K. LENAERTS, « La systémique des voies de recours dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *op. cit.*

[1362] La première étape du contrôle peut consister, dans certaines hypothèses, à vérifier que la mesure nationale dont il est question relève bien du champ d'une directive. Si ce n'est pas le cas, elle relève des règles prescriptives du traité et ne peut être justifiée qu'au regard des dérogations prévues par le régime juridique qu'elles déclenchent. V., par exemple, CJCE, 15 novembre 2005, *Commission/Autriche*, C-320/03, Rec. p. I-9871, pts. 74-84 ; v. concl. L. A. GEELHOED ss. cet arrêt, pts. 70-84 ; obs. F. MARIATTE, *Europe*, 2006, n° 1, comm. 11.

la complétude de la directive en question[1363] : il résulte d'une jurisprudence déjà ancienne que si la simple existence d'un acte de droit dérivé ne fait pas obstacle à la sanction des règles du traité, il faut toutefois tenir compte du degré d'harmonisation du domaine considéré[1364]. À cet égard, la doctrine, sur la base de la jurisprudence[1365], explique généralement que les États membres ne sauraient justifier des mesures nationales qualifiées d'entraves en se fondant sur les dérogations aux libertés de circulation — notamment l'article 36 TFUE ou les exigences impératives d'intérêt général — lorsque la mesure nationale est prise dans le contexte d'une harmonisation complète, car la protection d'intérêts légitimes relève désormais du régime prévu par le droit dérivé[1366]. Toutefois, les effets de l'harmonisation totale se font également ressentir sur l'application des règles prescriptives elles-mêmes[1367]. En effet, dans l'hypothèse où l'harmonisation réalisée par l'acte considéré n'est que partielle, les libertés de circulation restent applicables[1368]. Au contraire, lorsque l'harmonisation du domaine est complète, la Cour juge avec constance que *« les mesures nationales y relatives doivent être appréciées au regard des dispositions de cette mesure d'harmonisation et non pas de celles du traité [FUE] »*[1369]. Ainsi, la conformité au droit de l'Union des mesures nationales d'exécution

---

[1363] Il s'agit là d'une opération tout à fait similaire à celle qu'elle effectue pour contrôler la compatibilité avec un acte de droit dérivé des mesures nationales qui ajoutent, dans le domaine régi par l'acte, des éléments non prévus par celui-ci, et qui peut donner lieu à ce que la doctrine appelle la préemption d'un domaine : v., *supra*, n° 552.

[1364] CJCE, 10 décembre 1985, *Motte*, 247/84, Rec. p. 3887, pt. 16.

[1365] CJCE, 5 octobre 1977, *Tedeschi/Denkavit*, 5/77, Rec. 1555, pt. 35 ; CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, 148/78, Rec. p. 1629, pt. 4 ; CJCE, 8 novembre 1979, *Denkavit Futtermittel*, 251/78, Rec. p. 3369, pt. 14 ; CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, Rec. p. I-2553, pt. 18 ; CJCE, 12 novembre 1998, *Commission/Allemagne*, C-102/96, Rec. p. I-6871, pt. 21 ; CJCE, 22 octobre 2002, *National Farmers' Union*, C-241/01, Rec. p. I-9079, pt. 48 ; CJCE, 9 juin 2005, *HLH Warenvertrieb et Orthica*, C-211/03, C-299/03 et C-316/03 à C-318/03, Rec. p. I-5141, pts. 58-59.

[1366] V., par exemple, L. DUBOUIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6ème éd., *op. cit.*, n° 595.

[1367] *Comp*. F. DINTILHAC, « Rapprochement des législations », *op. cit.*, n° 272, selon qui il conviendrait de distinguer l'effet de l'harmonisation complète sur les libertés de circulation et sur les justifications qui y sont attachées, notamment car l'exclusion des règles sur les libertés de circulation n'était pas systématique dans quelques arrêts plutôt anciens. Toutefois, dans des arrêts plus récent, la Cour fait explicitement le lien entre l'exclusion de l'article 36 TFUE et l'exclusion générale des règles prescriptives du traité : v., par exemple, CJUE, 6 septembre 2012, *Commission/Belgique*, C-150/11, non encore publié au Recueil, pt. 79.

[1368] CJCVE, 1986, *Ministère public/Muller*, 304/84, Rec. p. 1511, pt. 14 ; CJCE, 7 novembre 1989, *Nijman*, 125/88, Rec. p. 3533, pts. 10-11 ; CJCE, 16 janvier 2003, *Commission/Espagne*, C-12/00, Rec. I. 459, pts. 51-70 ; CJCE, 26 janvier 2006, *Commission/Espagne*, C-514/03, préc., pt. 23 ; CJCE, 14 décembre 2006, *Commission/Autriche*, C-257/05, préc., pt. 18 ; CJCE, 29 novembre 2007, *Commission/Autriche*, C-393/05, préc., pt. 29 ; CJUE, 21 décembre 2011, *Commission/Autriche*, C-28/09, non encore publié au Recueil, pt. 111 ; obs. A. RIGAUX, *Europe*, 2012, n° 2, comm. 75 ; obs. L. GRARD, « Droit européen des transports – 15 novembre 2011/15 février 2012 », *Rev. dr. transp.*, 2012, n° 1, chron. 1, v. n° 1.

[1369] CJCE, 23 novembre 1989, *Parfümerie-Fabrik 4711/Provide*, 150/88, Rec. p. 3891 pt. 28 ; CJCE, 12 octobre 1993, *Vanacker et Lesage*, C-7/92, Rec. p. I-4947, pt. 9 ; CJCE, 13 décembre 2001, *DaimlerChrysler*, C-324/99, Rec. p. I-9897, pt. 32 ; CJCE, 24 octobre 2002, *Linhart et Biffl*, C-99/01, Rec. p. I-9375, pt. 18 ; CJCE, 14 décembre 2004, *Radlberger Getränkegesellschaft et S. Spitz*, C-309/02, Rec. p. I-11763, pt. 53 ; CJCE, 14 décembre 2004, *Swedish Match*, C-210/03, Rec. p. I-11893, pt. 81 ; CJCE, 9 mars 2006, *Matratzen Concord*, C 421/04, Rec. p. I-2303, pt. 20 ; CJCE, 18 janvier 2007, *Brzeziński*, C-313/05, Rec. p. I-513 ; CJCE, 24 janvier 2008, *Roby Profumi*, C-257/06, Rec. p. I-189, pt. 14 ; CJCE, 16 décembre 2008, *Gysbrechts et Santurel Inter*, C-205/07, Rec. p. I-9947, pt. 33 ; CJCE, 1er octobre 2009, *HSBC Holdings et Vidacos Nominees*,

d'une directive réalisant l'harmonisation complète d'un domaine dépend uniquement de l'acte de droit dérivé pertinent. Puisque l'État membre ne dispose pas d'une marge de manœuvre, le droit dérivé s'interpose entre les règles au sommet de la hiérarchie des normes de l'ordre juridique de l'Union et celles adoptées dans les ordres juridiques internes.

725. Pour autant, le législateur de l'Union lui-même n'est pas exonéré du respect des règles du traité[1370]. C'est alors que la situation peut s'entendre en termes d'imputation : lorsqu'une mesure d'exécution du droit dérivé est prise par l'État ne disposant d'aucune marge de manouvre[1371], il est possible que la question de sa conformité avec le droit primaire soit résolue en termes de légalité du droit dérivé[1372]. L'arrêt *Schmelz*[1373] confirme cette analyse. En l'espèce, un juge national avait interrogé la Cour au sujet de la conformité de dispositions relatives à l'harmonisation de la TVA[1374] avec diverses règles du traité. Les dispositions litigieuses prévoyaient que les États membres ne pouvaient accorder une franchise de TVA aux petites et moyennes entreprises que lorsque leurs exploitants avaient établi leur résidence sur leur territoire. La Cour, constatant que la mesure en cause était constitutive d'une entrave à la libre prestation de service, a par ailleurs estimé que cette entrave procédait d'une interdiction directe posée par la directive, de sorte qu'elle *« ne saurait être imputée aux États membres »*[1375]. Rappelant que le législateur de l'Union est lui-même soumis au respect de cette liberté, elle s'est alors enquis de la légalité de la directive elle-même[1376].

C-569/07, Rec. p. I-9047, pt. 26 ; CJUE, 6 octobre 2011, *Bonnarde*, préc., pt. 22 ; CJUE, 14 mars 2013, *Commission/France*, C-216/11, non encore publié au Recueil, pt. 27. Dans l'arrêt CJCE, 30 avril 2009, *Lidl Magyarország*, C-132/08, Rec. p. I-3841, ce principe est inscrit non seulement au pt. 42 des motifs, mais aussi au 3) du dispositif.

[1370] En ce sens, CJCE,17 mai 1984, *Denkavit Nederland*, 15/83, Rec. p. 2171, pt. 15, CJCE, 9 août 1994, *Meyhui*, C-51/93, Rec. p. I-3879, pt. 11 ; CJCE, 25 juin 1997, *Kieffer et Thill*, C-114/96, Rec. p. I-3629, pt. 27.

[1371] Cette marge de manœuvre peut être supprimée soit en raison de l'harmonisation complète du domaine, soit lorsque la mesure nationale est prise en exécution d'une directive d'harmonisation minimale contentant certaines règles impératives. Sur ce point, les jurisprudences en matière d'aides et de libertés de circulation se rejoignent : CJUE, 26 octobre 2010, *Schmelz*, préc. ; CJCE, 23 avril 2009, *Puffer*, préc. V. *supra*, n°s 611-612.

[1372] L'arrêt *DaimlerChrysler* de la Cour a précisé que c'est parce que le juge national l'ayant saisi d'une question préjudicielle *« ne met[tait] pas en cause la validité […] du règlement »* au regard des libertés de circulation qu'elle s'est contentée d'apprécier la conformité du droit national avec la directive : CJCE, 13 décembre 2001, *DaimlerChrysler*, préc., pt. 30. Il a pu être soutenu que le juge était réticent à soulever par lui-même la question de la validité du droit dérivé : K. E. SORENSEN, « Reconciling secondary legislation with the Treaty rights of free movement », *op. cit.*, p. 360.

[1373] CJUE, 26 octobre 2010, *Schmelz*, préc. ; obs. A.-L. MOSBRUCKER, *Europe*, 2010, n° 12, comm. n° 416.

[1374] Sixième directive 77/388/CEE du Conseil du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme (JO L 145 du 13 juin 1977, p. 1), articles 24, paragraphe 3, et 28 *decies* et la directive effectuant la refonte de cette première, à savoir la directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée (JO L 347 du 11 décembre 2006, p. 1), article 283, paragraphe 1, c).

[1375] CJUE, 26 octobre 2010, *Schmelz*, préc., pt. 54.

[1376] *Ibid.*, pt. 50.

726. En somme, la sanction des règles du droit primaire à l'encontre des mesures nationales d'exécution des directives[1377] répond à un schéma comparable à celui du droit des aides d'État. La principale différence est que dans cette dernière matière, l'imputation de la mesure au législateur de l'Union s'oppose à la qualification d'aide, donc au conflit de normes, là où la sanction des libertés de circulation aboutit à un contrôle de légalité. Les rapprochements sont donc permis, ce qui conduit à s'intéresser en particulier à l'arrêt *Ouzo*.

2) La solution de la Cour dans l'arrêt Ouzo *et la possible reconsidération des critères de l'imputation*

727. L'arrêt *Ouzo*[1378] paraît déterminant aux fins des présents développements car le Tribunal y faisait référence dans l'arrêt *Alumine* sur renvoi[1379]. À l'origine de cette affaire, la Commission avait intenté un recours en manquement à l'encontre de la Grèce au motif que cette dernière, en prévoyant un taux d'accise sur le ouzo inférieur à celui frappant les autres boissons alcooliques, manquerait aux obligations qui lui incombaient en vertu de l'actuel article 110 TFUE interdisant les impositions intérieures discriminatoires[1380].

728. Or, en l'espèce, la directive 92/83[1381], plus précisément le 1) de son article 23, prévoyait que cet État membre, *en particulier*, *pouvait* appliquer ce droit d'accise réduit sur le ouzo[1382]. La Grèce ne faisait donc qu'exercer une autorisation précise du droit dérivé. La

---

[1377] Des observations similaires pourraient être effectuées dans le domaine des droits fondamentaux. Alors que les États membres sont soumis aux droits fondamentaux quand ils mettent en œuvre le droit dérivé (CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf*, 5/88, Rec. p. 2609, pt. 19 ; CJUE, 26 février 2013, *Aklagaren/Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, non encore publié au Recueil, pts. 17-19 ; obs. F. PICOD, *JCP G*, 2013. 312 ; D. SIMON, *Europe*, 2013, n° 4, comm. 154), ces droit peuvent servir de base à un contrôle de légalité d'une directive obligeant les États à adopter des mesures qui pourraient les violer : CJCE, 10 juillet 2003, *Booker Aquaculture et Hydro Seafood*, C-20/00 et C-64/00, Rec. p. I-7411, pts. 44-45 et pts. 88-92 ; obs. D. CHARLES-LE BIHAN, « Chronique de jurisprudence communautaire (année 2003) », *RDR*, 2005, n° 330, chron. n° 2, v. n° 13 ; CJCE, 7 juin 2006, *Parlement/Conseil*, C-540/03, Rec. p. I-5769, pts. 21-23 ; v., également, concl. J. KOKOTT ss. cet arrêt, pts. 43-45. On trouvera également des considérations similaires dans les concl. P. CRUZ VILLALÓN ss. CJUE, 26 février 2013, *Aklagaren/Hans Åkerberg Fransson*, pt. 27. L'imputation se retrouve aussi en matière de responsabilité non contractuelle de l'Union, par exemple, lorsque le préjudice allégué procède d'un embargo sur l'importation de certaines marchandises décidé par l'Union et exécuté par l'État membre : TPICE, 11 janvier 2002, *Biret International/Conseil*, T-174/00, Rec. p. II-17 ; v., également, 15 décembre 1977, *Dietz/Commission*, 126/76, Rec. p. 2431, pts 3-6 ; CJCE, 19 mai 1992, *Mulder e.a./Conseil et Commission*, C-104/89 et C-37/90, Rec. p. I-3061, pts 8-9. Il s'agit là toutefois d'un schéma assez classique, l'imputation d'un acte fautif à son auteur étant une condition générale des régimes de responsabilité : *v°* « Responsabilité », *in* D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, spéc. pp. 1345-1346.

[1378] CJCE, 5 octobre 2004, *Commission/Grèce*, dit « Ouzo », préc. ; obs. F. MARIATTE, *Europe*, 2004, n° 12, comm. 398 ; obs. D. V. TSIROS, *Columbia Journal of European Law*, 2006, p. 809

[1379] Trib. UE, 21 mars 2012, *Irlande/Commission*, préc., pts. 59-61 et 95.

[1380] Sur le régime de cette interdiction, v. D. BERLIN, *Politique fiscale*, vol. I, *op. cit.*, n°s 38 et s. ; A. MAITROT DE LA MOTTE, *Droit fiscal de l'Union européenne*, *op. cit.*, n°s 78 et s.

[1381] Directive 92/83/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant l'harmonisation des structures des droits d'accises sur l'alcool et les boissons alcooliques (JO L 316 du 31 octobre 1992, p. 21).

[1382] Selon la directive, *« [l]es États membres suivants* peuvent *appliquer des taux réduits, pouvant être inférieurs au taux minimal, mais non inférieurs de plus de 50 % au taux d'accise national normal sur l'alcool éthylique pour les produits suivants: […] 2)* la République hellénique*, en ce qui concerne la boisson spiritueuse anisée*

Cour, au vu de la particularité de cette situation, avait demandé à la Commission si un tel recours ne revenait pas à mettre en cause la légalité de la directive 92/83 et avait invité le Conseil à prendre position à ce sujet[1383]. Selon ce dernier, la Commission commettait un détournement de procédure, puisque sa requête en manquement revenait à contester la légalité de l'article 23 de la directive, alors que la voie de droit appropriée était le recours en annulation. La Commission contestait cette interprétation. Son recours en manquement ne viserait que le comportement de la Grèce et ne mettrait nullement en cause la validité de la directive. Au soutien de cette argumentation, la Commission se fondait sur l'arrêt *Socridis*[1384], dans lequel la Cour avait admis que dès lors que l'État membre disposait d'une marge de manœuvre dans le contexte de l'harmonisation fiscale[1385], les violations de l'article 110 TFUE par le droit national ne sauraient donner lieu à un contrôle de légalité des directives d'harmonisation en cause[1386].

729. Sur la base de cet arrêt, la Commission soutenait, dans l'affaire *Ouzo*, que la directive n'était pas en soi illégale. Elle n'obligeait nullement la Grèce à pratiquer le taux réduit litigieux, mais lui accordait à cet effet une permission, c'est-à-dire qu'elle lui laissait une marge de manœuvre[1387]. C'est donc le *choix* de l'État membre de recourir à la faculté offerte par la directive qui était visé par la Commission[1388]. À suivre cette dernière, la Grèce disposait de deux options. Il lui était loisible de se prévaloir de la permission de pratiquer le taux réduit autorisé par le législateur mais, dans ce cas, elle violait l'article 110 TFUE. La seule possibilité conforme au droit de l'Union était que la Grèce exerce *« la 'liberté' paradoxale »*[1389] de renoncer au droit d'accise réduit portant prévu par le législateur.

730. Néanmoins, la Cour a donné tort sur ce point à la Commission, ce qui paraît constituer un revirement par rapport à l'arrêt *Socridis*[1390], *a fortiori* si l'on tient compte du fait que

---

définie dans le règlement (CEE) no 1576/89, qui est incolore et a une teneur en sucre égale ou inférieure à 50 grammes par litre et dans laquelle l'alcool aromatisé par distillation dans des alambics traditionnels discontinus en cuivre, d'une capacité égale ou inférieure à 1 000 litres, doit représenter au moins 20 % du titre alcoométrique acquis du produit final » (souligné par nous).

[1383] Concl. A. TIZZANO ss. CJCE, 5 octobre 2004, *Commission/Grèce*, dit « Ouzo », préc., pt. 16.

[1384] CJCE, 17 juin 1999, *Socridis*, C-166/98, Rec. p. I-3791.

[1385] Était ici en cause la directive 92/84/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant le rapprochement des taux d'accises sur l'alcool et les boissons alcoolisées (JO L 316 du 31 octobre 1992, p. 29).

[1386] les directives *« ne violent pas le traité dès lors qu'elles laissent aux États membres une marge d'appréciation suffisamment large pour leur permettre de les transposer dans un sens conforme aux exigences du traité »* : CJCE, 17 juin 1999, *Socridis*, préc., pt. 19 ; v., également, pt. 20. Cette solution ne va pas sans rappeler les arrêts dans lesquels la Cour parvient à proposer une interprétation de la directive qui est conforme au traité : CJCE, 10 juillet 1984, *Dansk Denkavit*, 42/83, Rec. p. 2649 ; à ce sujet, D. BERLIN, *Politique fiscale*, vol. I, *op. cit.*, n° 72 et note 94 de bas de page 54.

[1387] Concl. A. TIZZANO ss. CJCE, 5 octobre 2004, *Commission/Grèce*, dit « Ouzo », préc., pts. 31-34.

[1388] *Ibid.*, pts. 49-51.

[1389] *Ibid.*, pt. 51.

[1390] V., en ce sens, obs. D. V. TSIROS, sur CJCE, 5 octobre 2004, *Commission/Grèce*, dit « Ouzo », préc., *op. cit.*

l'arrêt *Ouzo* fut rendu en assemblée plénière. Selon la Cour, la circonstance que la directive autorisait le droit d'accise litigieux et que l'État se soit conformé à ses dispositions faisait obstacle au manquement, car cela aboutissait à contester la légalité de cette dernière[1391].

731. L'affaire *Ouzo* concerne donc une situation assez comparable à celle de l'affaire *Alumine*. Dans cette dernière affaire, les États membres, qui jouissaient de l'autorisation d'accorder des droits d'accises, tombaient sous le coup de l'incompatibilité s'ils exerçaient cette possibilité. La seule option conforme au droit de l'Union était donc de s'abstenir de prendre une mesure autorisée dans le contexte de l'harmonisation. On comprend également qu'elle puisse être entendue en termes d'imputation. Il était question de savoir si la voie de droit idoine pour sanctionner le droit d'accises inférieur sur le ouzo était celle permettant de censurer le législateur de l'Union ou celle permettant de sanctionner les États membres.

732. On comprend que le Tribunal ait fait référence à cet arrêt dans l'affaire *Alumine*. Il faut toutefois mesurer toutes les conséquences de sa proposition. Il convient de préciser que le Tribunal, par analogie avec l'arrêt *Ouzo*, soutenait que le droit des aides d'État ne pouvait pas s'appliquer à des mesures par lesquelles l'État se conformait purement et simplement à une autorisation du législateur, mais uniquement à des mesures où l'État disposerait d'une marge de manœuvre[1392]. Sur ce plan, le parallèle est quelque peu maladroit, puisque faire référence à la marge de manœuvre de l'État revient à mentionner un critère probablement abandonné par la Cour dans l'arrêt *Ouzo*, dans un revirement par rapport à l'arrêt *Socridis*[1393]. Néanmoins, en faisant référence aux mesures *« se conformant purement et simplement à une autorisation délivrée par une institution de l'Union »*, le Tribunal semble suggérer de procéder au même revirement en droit des aides. Pour définir l'imputation d'une mesure au législateur, il conviendrait de compléter avec ce critère de la conformité à une autorisation le critère de la marge de manœuvre consacré par les arrêt *Deutsche Bahn* et *Puffer*[1394] — dont on peut considérer qu'il n'est pas rempli dans l'affaire *Alumine* puisque l'État dispose toujours du choix de ne pas jouir de son autorisation. En somme, dès lors que le législateur fixe le *contenu*

[1391] CJCE, 5 octobre 2004, *Commission/Grèce*, dit « Ouzo », préc., pts. 15-16.
[1392] Trib. UE, 21 mars 2012, *Irlande/Commission*, préc., pt. 95.
[1393] Il faut préciser que l'existence d'une marge de choix pourrait se retrouver dans l'arrêt *Schmelz* : la franchise d'impôts qui était à l'origine de la différence de traitement fiscal ici litigieuse procédait d'un choix, laissé aux État membres, de continuer à appliquer un régime de TVA spécial pour les petites et moyennes entreprises (concl. J. KOKOTT, pt. 31).
[1394] TPICE, 5 avril 2006, *Deutsche Bahn/Commission*, préc., pt. 102 ; CJCE, 23 avril 2009, *Puffer*, C-460/07, préc., pt. 70.

précis d'une mesure, celle-ci lui est imputable, nonobstant le choix de l'État membre quant à l'opportunité de l'adopter[1395].

733. Dès lors, et en dernière analyse, il semble que c'est cet alignement de jurisprudence dont devra connaître la Cour lorsqu'elle aura à trancher l'affaire *Alumine*. Il paraît donc indiqué, à titre prospectif, de discuter de la portée de ces options. À cet égard, la faiblesse principale de l'arrêt du Tribunal est de traduire les enjeux de l'arrêt *Alumine* en termes de légalité. En substance, le Tribunal soutenait, au terme de sa démonstration, que la solution de la Commission revenait à mettre en cause la légalité de la décision d'autorisation du Conseil. Sur ce point, on peut s'écarter à double titre de ce raisonnement. En premier lieu, l'interdiction du droit des aides d'État frappe ici non pas tant cette décision que l'acte national subséquent. Si la mesure est contraire au droit des aides, le législateur ne fait que créer indirectement les conditions de cette violation en raison en choisissant de la permettre. C'est le choix de l'État quant à l'opportunité de l'adopter qui est directement constitutif de la violation. De ce point de vue, l'arrêt *Ouzo* semble assez discutable[1396]. On peut en effet se ranger à l'avis de la Commission selon lequel les directives sur l'harmonisation des droits d'accises *« permettent simplement un traitement fiscal favorable à ce stade de l'harmonisation de la législation fiscale. Elles ne le prescrivent pas »*[1397]. En deuxième lieu, il faut tenir compte des aspects procéduraux de ce dernier arrêt : la Cour a seulement refusé d'admettre un manquement de l'État concerné et d'écarter la directive au motif d'une illégalité manifeste, mais elle n'a jamais indiqué pour autant qu'un recours en annulation dirigée contre cette directive ne pourrait aboutir[1398]. De la sorte, la garantie de l'actuel article

---

[1395] Il s'agit ici de l'interprétation de l'arrêt *Schmelz* retenue par l'avocat général Trstenjak dans ses conclusions dans l'affaire *Commission/Autriche* : la mesure en cause dans cette affaire était imputable à l'État, car la directive pertinente obligeait les États à prendre des mesures en vue d'accomplir un objectif déterminé, sans pour autant définir avec précision le contenu même de ces mesures : concl. V. TRSTENJAK ss. CJCE, 21 décembre 2011, *Commission/Autriche*, C-28/09, préc., pts. 56-57.

[1396] On peut sur ce point se référer aux conclusions de l'avocat général Tizzano dans l'affaire *Ouzo* puisqu'elles ont été suivies par la Cour. Ce dernier justifiait sa solution en soutenant, notamment, que la position de la Commission aboutirait à renvoyer aux destinataires d'un acte la responsabilité de l'appréciation de la légalité ou de l'illégalité du comportement qu'il autorise. On voit difficilement comment cette critique pourrait s'accorder avec la jurisprudence selon laquelle les États membres restent soumis au traité lorsqu'ils transposent les directives. Il relevait ensuite qu'un autre État membre que la Grèce jouissait d'une autorisation *ad hoc* pour adopter un taux d'accise réduit, ce qui revient à admettre que le comportement illégal d'un État pourrait être justifié par le comportement illégal d'un autre État. Il arguait enfin que la Commission s'était gardée de contester le mesure litigieuse en temps utile, sans que l'on sache s'il visait par là la participation de la Commission à la procédure législative ou le recours en annulation, et sans préciser ce qu'il entendait par « en temps utile ». : v. concl. Tizzano ss. CJCE, 5 octobre 2004, *Commission/Grèce*, dit « Ouzo », préc., pts. 49-54.

[1397] Décision 2008/715/CE de la Commission du 11 mars 2008, préc., pt. 48.

[1398] CJCE, 5 octobre 2004, *Commission/Grèce*, dit « Ouzo », préc., pts. 12 et 18-24 ; *comp*. K. E. SORENSEN, « Reconciling secondary legislation with the Treaty rights of free movement », *op. cit*., selon qui la Cour indiquerait dans cette affaire que les cas d'annulation du droit dérivé pourraient être cantonnés aux hypothèses d'illégalités particulièrement manifestes.

110 TFUE, qui prime sur le droit dérivé, restait assurée, mais par une autre voie de droit. Or, il faut rappeler qu'en droit des aides d'État, la jurisprudence semble indiquer qu'une mesure qui n'est pas imputable aux États membres n'est pas une aide. L'imputation d'une mesure à l'Union permet donc au pouvoir d'harmonisation de faire obstacle au pouvoir d'encadrement, sans permettre pour autant la garantie de l'article 107 TFUE par la voie de l'annulation du droit dérivé.

734. Alors que la définition des critères de l'imputation peut être, au final, une question d'arbitrage politique entre le pouvoir d'harmonisation et le pouvoir d'encadrement, il ne faut pas négliger que la règle dont ce dernier assure la sanction est hiérarchiquement supérieure au droit dérivé adopté par le législateur. Il serait certainement plus raisonnable de s'en tenir à une acception stricte de l'imputation, sauf à ouvrir la porte à des mesures nationales, certes autorisées dans leur teneur, mais discrétionnaire du point de vue de leur existence, *a fortiori* car le critère alternatif du choix du contenu pourrait, dans certaines hypothèses, s'avérer difficile à manier.

Conclusion du Chapitre II

735. De même que l'État membre, le législateur de l'Union doit tenir compte du droit des aides d'État lorsqu'il entend mettre en œuvre des instruments économiques de la protection de l'environnement. Ce droit produit toutefois une contrainte fort différente de celle qui pèse sur le législateur national car elle doit s'apprécier en fonction de l'opération d'imputation.

736. En raison de la présence d'un critère d'imputation à l'État parmi les conditions constitutives de l'aide, le législateur de l'Union n'est pas destinataire de l'interdiction posée à l'article 107 TFUE. Les conséquences de l'opération d'imputation empêchent que le droit dérivé soit invalidé en application de cette disposition. Les choix du législateur se répercutent alors sur les actes des États membres. Lorsque le droit dérivé contient des obligations de faire précises, il peut permettre l'adoption de mesures nationales qui violeraient l'article 107 TFUE si elles étaient adoptées unilatéralement par les États. En revanche, si le législateur amène les États membres à adopter des instruments économiques tout en leur accordant une marge de manœuvre, la conformité des actes nationaux d'exécution avec le droit de l'Union peut être sujette à caution et dépend en dernière analyse du pouvoir discrétionnaire d'encadrement de la Commission. La teneur des rapports entre le droit des aides et le droit dérivé de l'Union dépend ainsi avant tout du contenu concret des obligations que ce dernier prévoit.

737. Les cas où le droit dérivé prévoit des procédures particulières d'autorisation de mesures nationales qui sont susceptibles de constituer des aides constituent les situations les plus complexes à résoudre. Il existe alors un risque d'incohérence entre les obligations découlant du droit des aides et les autorisations accordées sur la base du droit dérivé. Les pouvoirs d'harmonisation et d'encadrement peuvent entrer en concurrence. Dans le cas des PNA, la contradiction existant entre les décisions d'autorisation prises sur la base de la directive instaurant le SEEQE et l'obligation de notifier au préalable les aides a engendré une insécurité quant à la légalité des mesures nationales d'exécution. S'agissant des exonérations de droits d'accises, la procédure spéciale d'autorisation créée par les actes de l'harmonisation fiscale a donné lieu à une contradiction directe entre des décisions du Conseil exécutant une directive et des décisions de la Commission exécutant le droit des aides d'État. À ce stade, l'issue de cette confrontation n'est pas encore connue, mais on sait qu'elle pourrait déboucher sur une évolution des critères de l'imputation en droit des aides.

Conclusion du Titre I

738. Dans le domaine environneemntal, où le droit dérivé est foisonnant, l'intérêt d'examiner les rapports juridiques nés du droit des aides en lien avec ceux découlant de la législation de l'Union est attesté. Les formes d'interactions entre ces deux sources d'obligations sont multiples.

739. Distinguer précisément ces deux pouvoirs permet d'examiner les grandes lignes des relations qu'ils entretiennent. Le droit des aides peut être compris comme fondant un pouvoir d'encadrement des politiques nationales de la protection de l'environnement. La Commission exerce une compétence exclusive de contrôle de l'application des exceptions à une règle prescriptive. Elle ne se substitue pas aux États membres dans la définition de ces politiques, mais dispose de la possibilité d'interdire ou d'autoriser certaines mesures. Seul le législateur de l'Union dispose du pouvoir de se substituer aux États membres. Ces deux strates de règles ont des champs autonomes. Le pouvoir du législateur n'est pas défini en fonction du droit des aides et l'étendue du pouvoir d'encadrement va au-delà des domaines harmonisés.

740. Ce schéma paraît clair, mais l'étude des rapports concrets entre ces deux pouvoirs montre qu'ils sont complexes, en particulier lorsqu'ils coïncident pour régir les mêmes mesures environnementales. L'idée selon laquelle l'harmonisation environnementale peut être une solution pour résoudre les problèmes de concurrence dans l'Union est relativisée, si ce n'est contredite. Le législateur de l'Union peut créer les conditions de l'application du droit des aides lorsqu'il amène les États à adopter des mesures d'exécution qui prennent la forme d'instruments économiques. Dès lors que l'harmonisation n'est pas complète, les rapports entre les pouvoirs semblent avant tout placés sous le sceau des relations potentiellement conflictuelles entre deux strates de normes de l'ordre juridique de l'Union.

741. Dans ce cas, le droit des aides est un élément qu'il convient d'intégrer au moment de l'élaboration du droit dérivé. Le droit dérivé est également un élément dont la Commission doit tenir compte lors de l'exercice de son pouvoir d'encadrement. Ce contexte est la source de développements importants du droit des aides, en particulier de la portée de l'opération de l'imputation d'une mesure au législateur de l'Union qui permet de résoudre les situations ou le droit dérivé et l'article 107 TFUE régissent cumulativement les mêmes mesures. Dans certains cas, la Commission s'écarte du cadre procédural du droit des aides, au risque de favoriser une illégalité des actes nationaux d'exécution des directives. Dans d'autres cas, elle

contredit les actes d'exécution pris par le Conseil lorsqu'il s'agit de protéger son pouvoir d'encadrement.

742. Le droit des aides apparaît au final comme un instrument dont les effets sur le bon fonctionnement du marché intérieur restent limités. En particulier, il ne peut imposer des obligations de faire aux États et ne peut dès lors aboutir à leur imposer, même indirectement, un certain niveau de protection de l'environnement. Il semble ainsi s'ajouter à l'harmonisation environnementale sans pouvoir réellement la remplacer. Il convient toutefois de relativiser cette assertion. Sans remettre en cause la limite intrinsèque du droit des aides qui ne peut intervenir que par voie de prescriptions négatives, l'exercice extensif du pouvoir d'encadrement pourrait constituer la source d'une quasi-harmonisation du domaine environnemental.

Titre II) L'exercice extensif du pouvoir d'encadrement, source d'une quasi-harmonisation du domaine environnemental

743. L'harmonisation du domaine environnemental par l'Union peut être entendue comme un processus d'édiction d'actes de portée générale contenant des normes impératives s'imposant à tous les États membres. Par le truchement de ces actes, les institutions de l'Union expriment leur volonté et définissent les objectifs et les moyens d'une action commune de la protection du milieu naturel[1399]. L'objet des présents développements est d'indiquer que l'application du droit des aides d'État pourrait aboutir à un résultat assez proche. On assiste en effet dans le droit positif à l'élaboration d'une strate de réglementation des mesures de la protection du milieu naturel s'ajoutant à celle du législateur environnemental de l'Union. Il s'agit là d'un aspect de la portée de l'application du droit des aides d'État : elle produit une quasi-harmonisation dans le domaine de la protection de l'environnement.

744. Alors que cette quasi-harmonisation procède du pouvoir d'encadrement, les conditions de son existence ainsi que sa teneur doivent être précisés. Les articles 107 et 108 TFUE permettent en effet à la Commission uniquement d'interdire ou d'autoriser certaines mesures nationales de la protection de l'environnement en vue de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur par la définition du régime juridique des aides d'État. Le rôle de cette institution est d'appliquer le paragraphe 3 de l'article 107 TFUE en vertu duquel *« l'incompatibilité des aides étatiques avec le marché commun n'est ni absolue ni inconditionnelle »*[1400]. On a vu par ailleurs dans les développements qui précèdent que ce pouvoir d'encadrement ne permettait pas d'obliger les États membres à adopter des normes environnementales communes.

745. En réalité, cette quasi-harmonisation s'explique principalement par la manière dont la Commission exerce concrètement son pouvoir de définition du régime juridique des aides. Cette institution a en effet mobilisé toutes les procédures et tous les actes à sa disposition pour développer substantiellement aussi bien la portée que le fond du régime juridique des aides à l'environnement. Dans certains cas, elle semble agir aux frontières extrêmes du cadre qui limite son pouvoir, si ce n'est même au-delà. C'est cette pratique concrète que l'on peut

[1399] Pour une définition de l'harmonisation environnementale, v. *supra*, n°s 535 et s.
[1400] CJCE, 16 décembre 1992, *Lornoy e.a./État belge*, C-17/91, Rec. p. I-6523, pt. 29 ; CJCE, 27 octobre 1993, *Scharbatke/Allemagne*, C-72/92, Rec. p. I-5509, pt. 19.

qualifier « d'exercice extensif » du pouvoir d'encadrement, qui conduit à la quasi-harmonisation du domaine environnemental.

746. Afin de vérifier cette proposition, on peut s'attacher aux actes de la Commission qui définissent le régime juridique des aides à l'environnement pour souligner que les rapports juridiques qui en sont issus partagent des traits communs avec ceux nés de l'harmonisation environnementale. En premier lieu, il s'agit de préciser la valeur juridique de ces actes. Cette première analyse permet de souligner que l'exercice extensif a donné lieu à un acquis matériel relativement conséquent qui constitue une véritable réglementation générale des politiques nationales de la protection de l'environnement (Chapitre I). En second lieu, il faut s'attacher au contenu de cette réglementation. Alors que son objet premier est de concrétiser le paragraphe 3 de l'article 107 TFUE afin d'assurer un équilibre entre la libre concurrence dans le marché intérieur et l'objectif de protection de l'environnement, on constate que l'exercice extensif du pouvoir d'encadrement amène la Commission à s'intéresser à ce second objectif lui-même. La pratique de la Commission en vient à faire du droit des aides un outil d'orientation des objectifs et des moyens des politiques environnementales nationales (Chapitre II).

Chapitre I) L'exercice extensif à l'origine d'une réglementation générale des politiques nationales de la protection de l'environnement

747. Les règles afférentes à la compatibilité des aides à l'environnement avec l'article 107 TFUE sont contenues dans des décisions individuelles[1401], des règlements de base et d'exécution pour lesquels le Conseil intervient[1402], ainsi que des actes dont la singularité est de ne pas relever de la nomenclature établie par le traité. Par ailleurs, diverses procédures de contrôle existent, selon que sont appréciées des aides nouvelles ou des aides existantes[1403]. Le régime juridique des aides à l'environnement est donc contenu dans des actes de nature diverse et sanctionné par des procédures particulières. Or, il se trouve que l'exercice extensif de son pouvoir par la Commission dans ce cadre juridique aboutit à une véritable réglementation générale des mesures de la protection du milieu naturel. À certains égards, cette dernière peut être rapprochée de l'harmonisation environnementale réalisée par le législateur de l'Union.

748. Pour vérifier cette proposition, il faut souligner, tout d'abord, que la Commission a su utiliser tous les actes et procédures à sa disposition en les combinant parfois. Elle a de la sorte adopté une réglementation de plus en plus précise des instruments économiques de la protection de l'environnement et trouvé les moyens de la faire respecter, en développant parfois certaines pratiques discutables au regard du cadre établi par le traité et le droit dérivé. Cette réglementation consiste ainsi en un ensemble d'actes généraux qui sont issus de l'exercice extensif du pouvoir d'encadrement dans le domaine environnemental (Section I). Par ailleurs, les règles générales dont il est question s'appliquent à tous les instruments économiques de la protection de l'environnement, qu'ils soient ou non harmonisés par le législateur environnemental de l'Union. Si l'on se concentre sur l'application du droit des aides dans le domaine harmonisé, il est possible de constater, dans ce contexte particulier, et au regard de l'exercice concret du pouvoir d'encadrement, une relative confusion entre les règles générales nées du pouvoir d'encadrement et celles procédant de l'harmonisation dans le domaine environnemental (Section II).

[1401] V. le paragraphe 2 de l'article 108 TFUE.
[1402] V. le paragraphe 4 de l'article 108 TFUE et l'article 109 TFUE.
[1403] V. les paragraphes 1 et 3 de l'article 108 TFUE.

Section I) Les actes généraux issus de l'exercice du pouvoir d'encadrement dans le domaine environnemental

749. Dans sa pratique, la Commission a précisé à l'avance le sens de sa politique dans le domaine environnemental en inscrivant des conditions spéciales de compatibilité dans des actes généraux. Il convient tout d'abord de mettre en rapport cet exercice extensif avec le cadre formel établi par le traité : la pratique de la Commission aboutit à la coexistence de deux catégories d'actes généraux relatifs aux aides à l'environnement, dont l'une n'est pas prévue par le traité. De ce point de vue, la politique réglementaire à l'origine de ces actes généraux est ambivalente (I). Une fois que la nature de ces actes généraux est précisée, il est possible, ensuite, d'envisager leurs effets contraignants sur les politiques environnementales des États membres, afin de souligner qu'ils produisent une contrainte relativement proche de l'harmonisation environnementale (II).

I) Les actes généraux issus d'une politique réglementaire ambivalente

750. La politique réglementaire de la Commission en matière d'aides à l'environnement est ambivalente à deux égards si on la met en rapport avec le cadre du traité. D'une part, elle recourt largement à des actes qui ne sont pas mentionnés par le droit primaire et que l'on peut désigner, pour cette raison, comme des actes atypiques (A). D'autre part, elle cumule ces actes atypiques avec un règlement d'exemption par catégories alors que seul ce dernier est prévu par le traité (B).

A) L'ambivalence du recours aux actes atypiques

751. En vertu du droit primaire, la Commission peut définir le régime juridique des aides à l'environnement de deux manières différentes. La Commission dispose tout d'abord d'un pouvoir normatif automne, au sens d'un pouvoir dont l'exercice ne nécessite l'intervention d'aucune autre institution de l'Union, qui est consacré au paragraphe 2 de l'article 108 TFUE. Il s'agit du pouvoir de sanction, par voie de décisions individuelles, de l'article 107 TFUE et notamment des exceptions à la règle de l'incompatibilité qui sont contenues en son troisième paragraphe. Les dispositions de l'article 108 TFUE, mais aussi celles du paragraphe 3 de l'actuel article 107 TFUE qui énumèrent en des termes très généraux les motifs admissibles de compatibilité, confèrent alors à la Commission un important pouvoir discrétionnaire, tant

en termes d'opportunité du contrôle qu'en ce qui concerne le résultat de ce contrôle[1404]. Ce pouvoir n'aboutit normalement qu'à une concrétisation circonstanciée de l'article 107 TFUE, la décision individuelle étant valable uniquement pour le cas d'espèce qu'elle tranche. Par ailleurs, en vertu du paragraphe 4 de l'article 108 TFUE, la Commission a le pouvoir d'adopter des règlements de portée générale qui aboutissent à un degré moindre de concrétisation de l'article 107 TFUE : il posent les conditions auxquelles certaines catégories d'aides peuvent être exemptées de la procédure de notification préalable prévue au paragraphe 3 de l'article 108. Toutefois il ne s'agit pas d'un pouvoir autonome car il procède de l'exécution d'un règlement du Conseil adopté sur la base de l'article 109 TFUE[1405]. Ainsi, le traité institue deux bases juridiques différentes. Ces bases permettent à la Commission de développer le régime juridique de l'aide d'État soit de façon autonome par le moyen d'actes individuels, soit sur habilitation du Conseil en recourant à des actes généraux.

752. La pratique invite à relativiser ce schéma de base. Alors que le Conseil disposait dès 1957[1406] de la compétence d'adopter les actes habilitant la Commission à préciser par voie de règlement les conditions de compatibilité des aides, il n'en a fait usage que relativement récemment, en adoptant le règlement 994/98/CE[1407]. En raison de cette carence, la Commission n'a pu exercer durant longtemps son pouvoir délégué d'adoption d'actes généraux. Pour autant, elle n'est pas restée passive face à l'inaction du Conseil et a cherché à réduire l'insécurité juridique sur la compatibilité des aides à l'environnement engendrée par la très grande généralité du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE[1408]. Elle a exercé de façon extensive son pouvoir d'encadrement, hors du cadre prévu par le traité. Cet exercice extensif s'est concrétisé sous la forme d'un procédé traditionnel de précision des orientations de la

---

[1404] V., en ce sens, CJCE, 17 septembre 1980, *Philip Morris/Commission*, 730/79, Rec. p. 2671, pt. 24 ; CJCE, 24 février 1987, *Deufil/Commission*, 310/85, Rec. p. 901, pt. 18 ; CJCE, 21 mars 1991, *Italie/Commission*, C-303/88, Rec. p. I-1433, pt. 34 ; CJCE, 12 décembre 2002, *France/Commission*, C-456/00, Rec. p. I-11949, pt. 41 ; CJCE, 15 décembre 2005, *Unicredito Italiano*, C-148/04, Rec. p. I-11137, pt. 71 ; sur l'indétermination de la norme habilitante comme source du pouvoir discrétionnaire, v. A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, *op. cit.*, n°s 35 et s. ; v., également, n°s 189-198.

[1405] On a pu parler à cet égard de *« compétence de second degré »* : C. BLUMANN, « L'émergence de l'exemption catégorielle en matière d'aides d'État : le règlement n° 994/98 du 7 mai 1998 », *RMCUE*, 1999, n° 428, p. 319, spéc. p. 320.

[1406] Article 94 TCEE.

[1407] Règlement 994/98/CE du Conseil du 7 mai 1998, sur l'application des articles 92 et 93 du traité instituant la Communauté européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales (JO L 142 du 14 mai 1998, p. 1). Cet acte a été récemment amendé par le règlement (UE) n° 733/2013 du Conseil du 22 juillet 2013 modifiant le règlement (CE) n° 994/98 sur l'application des articles 92 et 93 du traité instituant la Communauté européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales (JO L 204 du 31 juillet 2013, p. 3).

[1408] M. KARPENSCHIF, *Le contrôle communautaire des aides publiques nationales*, thèse, Lyon III, 1999, pp. 22 et s.

politique en matière d'aides d'État[1409] : la Commission a adopté, au sujet des aides à l'environnement, des actes sous forme de lettres puis de communications, appelés encadrements ou lignes directrices. Il s'agit d'actes atypiques, dans la mesure où leur existence n'est pas prévue par la nomenclature des actes consacrée à l'article 288 TFUE[1410].

753. On peut distinguer deux éléments principaux dans ces actes. Tout d'abord, ils contiennent un discours politique et technique se bornant à expliquer les principales orientations de la pratique de la Commission. Ensuite, ils prévoient ce que l'on peut désigner comme des dispositifs d'aides, c'est-à-dire une série de critères précisant les conditions de la compatibilité de certaines catégories d'aides avec le marché intérieur. Ces dispositifs visent des catégories d'aides établies selon leur objectif — aides aux énergies renouvelables, aides à la gestion des déchets, *etc*. — et déterminent précisément leurs caractéristiques, notamment leur forme et leur intensité, ainsi que les investissements qu'elles visent et leurs bénéficiaires[1411]. Ces conditions sont à ce point précises que les États membres peuvent s'y conformer avec un degré certain d'objectivité. Dans les présents développements, le discours explicatif sera laissé de côté car son étude relève de l'analyse du contenu de la politique de la Commission[1412]. En revanche, les autres dispositions doivent faire ici l'objet d'une analyse plus approfondie : sans entrer dans une analyse en détail de leur contenu qui relève également d'une étude de la politique de la Commission, on constate qu'elles remplissent les conditions linguistiques pour être considérées comme des énoncés normatifs, de sorte que leur étude renseigne sur la nature des actes nés de l'exercice extensif du pouvoir d'encadrement.

754. Le développement d'actes atypiques relatifs aux aides à l'environnement a débuté dès 1974, date à laquelle la Commission a adressé aux États membres les premières lignes directrices relatives à l'application du droit des aides d'État aux aides à l'environnement[1413]. Afin d'assurer un équilibre entre la concurrence dans le marché intérieur et un niveau élevé de protection de l'environnement, la Commission a accepté que des aides puissent être autorisées

---

[1409] V., en ce sens, Commission européenne, *Ier Rapport sur la politique de concurrence (1971)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1972, pt. 166 ; à ce sujet, M. MELCHIOR, « Les communications de la Commission – Contribution à l'étude des actes communautaires non prévus par les traités », *in Mélanges Fernand Dehousse*, Paris/Bruxelles, Fernand Nathan/Libor, 1979, p. 243, spéc. n°s 19 et s. V., plus généralement, sur les actes du droit dérivé des aides d'État : M. HEIDENHAIN (dir.), *European State Aid Law*, *op. cit*., pp. 155 et s.

[1410] S. LEFÈVRE, *Les actes communautaires atypiques*, Bruxelles, Bruylant, 2006, n°s 30-341.

[1411] Nous nous inspirons ici des critères posés par le règlement habilitant la Commission a adopter des règlements d'exemption par catégories : règlement 994/98/CE du Conseil du 7 mai 1998, préc., v. le paragraphe 2 de l'article premier.

[1412] V., *infra*, n°s 857 et s.

[1413] Lettre aux États membres (SEC(74) 4264) du 6 novembre 1974, reproduite *in* Commission européenne, *IVème Rapport sur la politique de concurrence (1974)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1975, pts. 175-182.

sur le fondement du b) du paragraphe 3 de l'actuel article 107 TFUE[1414]. Les lignes directrices instauraient en ce sens un dispositif relatif aux *« aides destinées à permettre l'adaptation des entreprises existantes aux législations et réglementations qui leur imposent des charges supplémentaires »*, accompagné de « principes d'application générale » ayant vocation à régir les mesures qui ne remplissaient pas les critères du dispositif susmentionné[1415].

755. À la suite de cet encadrement qui sera reconduit à deux reprises jusqu'en 1993[1416], la Commission a modifié la base principale de la compatibilité des aides à l'environnement. Alors que les lignes directrices de 1974 se fondaient à titre principal sur le b) du paragraphe 3 de l'actuel article 107 TFUE relatif aux *« aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun »*[1417], cette disposition et les lignes directrices qu'elles fondaient avaient trouvé leurs limites[1418]. Dans plusieurs affaires d'aides à l'environnement, la Commission avait dû recourir au c) du paragraphe 3[1419] qui vise notamment les aides *« destinées à faciliter le développement de certaines activités »*. À partir de 1994, les actes relatifs aux aides à l'environnement sont donc basés, à titre principal mais non exclusif[1420], sur ce nouveau fondement[1421], faisant des aides à l'environnement des aides horizontales[1422].

[1414] *IVème Rapport sur la politique de concurrence (1974)*, préc., spéc. pts. 175 et 181.

[1415] *Ibid.*, spéc. pts. 181-182.

[1416] Lettre aux États membres (SG(80) D/8287) du 7 juillet 1980, partiellement reproduite *in Xème Rapport sur la politique de concurrence (1980)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1981, pts. 222-226 ; lettre aux États membres (SG(87) D/3795) du 23 mars 1987, partiellement reproduite *in XVIème Rapport sur la politique de concurrence (1986)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1987, pt. 259 ; ces deux reconductions s'accompagnent de quelques changements mineurs dans les critères du dispositif ; v., enfin, lettre aux États membres (SG(93) D/701) du 18 janvier 1993, reproduite *in XXIIème Rapport sur la politique de concurrence (1992)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1993, p. 435.

[1417] La Commission voyant dans la lutte contre la pollution une *« action concertée de différents États membres en vue de lutter contre une menace commune »* : CJCE, 8 mars 1988, *Exécutif régional wallon/Commission*, 62/87 et 72/87, Rec. p. 1573, pt. 22.

[1418] De manière générale, la jurisprudence a montré l'inadaptation du b) pour connaître de la compatibilité des projets d'aides initiés unilatéralement par un État : CJCE, 15 décembre 2005, *Italie/Commission*, C-66/02, Rec. p. I-10901, pts. 137-142.

[1419] Décision 92/316/CEE de la Commission du 11 mars 1992, relative aux aides envisagées par le gouvernement néerlandais pour encourager une élimination du lisier écologiquement acceptable (JO L 170 du 25 juin 1992, p. 34), pp. 38-39 ; *XXIIème Rapport sur la politique de concurrence (1992)*, *op. cit.*, pts. 75 et 451 ; *XXIIIème Rapport sur la politique de concurrence (1993)*, *op. cit.*, pt. 420.

[1420] Le b) du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE peut toujours être utilisé dans l'hypothèse où les aides financent un projet environnemental mené à l'échelle communautaire : lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01) (JO C 82 du 1er avril 2008, p. 1), pts. 173 et s ; v. P. THIEFFRY, « Environnement – Protection de l'environnement et droit de la concurrence », *op. cit.*, nos 84-86.

[1421] À ce sujet, v. J. JANS, « State Aid and Articles 92 and 93 of the EC Treaty : Does the Polluter Really Pay ? », *EELR*, 1995, n° 4, p. 108, spéc. p. 111 ; L. IDOT, « Environnement et droit communautaire de la concurrence », *JCP G*, 1995. I 3852, nos 43-46.

[1422] C'est-à-dire *« des aides qui n'ont aucune spécificité régionale ou sectorielle mais qui poursuivent un objectif d'intérêt général de nature plus transversale »* : M. DONY, collab. F. RENARD, C. SMITS, *Contrôle des aides d'État*, *op. cit.*, n° 336

756. Outre cette substitution de base juridique, l'évolution des actes atypiques relatifs aux aides à l'environnement se caractérise par une consolidation progressive de la pratique de la Commission en fonction de l'expérience acquise lors de l'adoption de décisions individuelles[1423]. On assiste alors à une inflation considérable du contenu des lignes directrices et encadrements successifs qui font l'objet désormais de révisions régulières. L'encadrement de 1994 ajoute de nouveaux dispositifs concernant des aides aux investissements, non plus seulement pour la mise aux normes environnementales, mais aussi pour le dépassement du niveau de protection de l'environnement prévu par ces normes[1424]. L'encadrement de 2001 contient des dispositifs nouveaux relatifs aux aides à la remise en état des sites pollués, à la relocalisation d'entreprises ou à l'assistance conseil des petites et moyennes entreprises (PME)[1425]. Il inaugure par ailleurs des dispositifs spéciaux pour les aides aux économies d'énergie, la cogénération et les énergies SER[1426], de même que des dispositifs afférents aux aides sous forme de réduction ou d'exonération de taxes[1427]. De surcroît, outre les aides à l'investissement qui étaient seules visées jusqu'alors, des dispositifs d'aides visent désormais également des aides au fonctionnement[1428] afin de soutenir la gestion des déchets ou le « verdissement » de l'énergie[1429]. Les lignes directrices de 2008 parachèvent cette évolution en consolidant les dispositifs d'aides existants et en en créant de nouveaux encore[1430]. Il n'est pas exclu que leur révision qui devrait intervenir très prochainement[1431] s'inscrive dans cette évolution. Il faut également noter une situation assez particulière dans le domaine des aides à l'environnement : la Commission a adopté des lignes directrices

---

[1423] Sur ce phénomène de consolidation, parfois dit de « codification », v. M. MELCHIOR, « Les communications de la Commission – Contribution à l'étude des actes communautaires non prévus par les traités », *op. cit.*, n°s 10-12 et 20.

[1424] Encadrement communautaire des aides d'État à l'environnement (94/C 72/03) (JO C 072 du 10 mars 1994, p. 3), pts. 3.2.3, paragraphes 5 b) et 9 c).

[1425] Encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03) (JO C 37 du 3 février 2001, p. 3), pts. 38, 39 et 41 ; sur cet encadrement, v. C. LONDON, « Concurrence et environnement : une entente écologiquement rationnelle ? », *RTD eur.*, 2003, n° 2, p. 268, spéc. pp. 277 et s.

[1426] Encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pts. 30-32.

[1427] *Ibid.*, pts. 47-52.

[1428] Les aides au fonctionnement sont définies comme des *« aides qui visent à libérer une entreprise des coûts qu'elle aurait dû normalement supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales »* : CJCE, 19 septembre 2000, *Allemagne/Commission*, C-156/98, Rec. p. I-6857, pt. 30 ; CJUE, 24 novembre 2011, *Italie/Commission*, C-458/09 P, non encore publié au Recueil, pt. 63.

[1429] Encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pts. 42 et s.

[1430] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 85 et s., 91 et s. et 120 et s ; v., sur ces lignes directrices, P. THIEFFRY, « Le nouvel encadrement des aides d'État à l'environnement (2008-2014) », *LPA*, 2008, n° 49, p. 4.

[1431] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 8 mai 2012, Modernisation de la politique de l'UE en matière d'aides d'État (COM(2012) 209 final), pt. 18 b). La consultation publique au sujet de cette révision a été close récemment : http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_state_aid_environment/index_en.html.

spécialement consacrées aux aides qui peuvent être contenues dans les actes d'exécution de la directive 2003/87 instituant le SEEQE[1432]. À notre connaissance, cet acte n'a pas d'équivalent en droit des aides.

757. Enfin, si les lignes directrices sur les aides à l'environnement sont, en principe, applicables dans tous les secteurs régis par le traité FUE, elles peuvent toutefois être écartées pour ceux d'entre eux soumis à des règles dérogatoires[1433]. Or, le foisonnement des dispositifs d'aides en faveur de la protection du milieu naturel affecte aussi les actes relatifs aux aides sectorielles[1434]. Même dans ces encadrements dont les dispositions opèrent des renvois aux lignes directrices environnementales[1435], des règles spéciales pour les aides à l'environnement peuvent être consacrées[1436].

758. Au regard de ces considérations, l'exercice extensif par la Commission de son pouvoir d'encadrement est ambigu. Au prétexte louable d'assurer l'égalité de traitement et la sécurité juridique, la Commission adopte un ensemble fort complexe de règles. Néanmoins — et outre

---

[1432] Lignes directrices concernant certaines aides d'État dans le contexte du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre après 2012 (2012/C 158/04), préc.

[1433] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 59-64.

[1434] Par exemple, pour les entreprises de production agricole, alors que le règlement 70/2001/CE de la Commission du 12 janvier 2001, concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État en faveur des petites et moyennes entreprises (JO L 10 du 13 janvier 2001, p. 33) ne prévoyait aucune disposition pour les aides à l'environnement, celles-ci sont consacrées dans le règlement 1857/2006/CE de la Commission du 15 décembre 2006, concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides d'État accordées aux petites et moyennes entreprises actives dans la production de produits agricoles et modifiant le règlement 70/2001/CE (JO L 358 du 16 décembre 2006, p. 3) : v. le d) du paragraphe 3 de l'article 4, sur les aides à l'investissement dans les exploitations agricoles ; v., également, les dispositifs relatifs aux aides à l'environnement et au bien-être animal des lignes directrices de la Communauté concernant les aides d'État dans le secteur agricole et forestier 2007-2013 (2006/C 319/01) (JO C 319 du 27 décembre 2006, p. 1), pts. 48 et s.

[1435] Cette méthode du renvoi a été utilisée pour introduire des dispositions environnementales dans les codes des aides CECA. L'absence de ce renvoi dans le cinquième code des aides CECA (décision 3855/91/CECA de la Commission, du 27 novembre 1991, instituant des règles communautaires pour les aides à la sidérurgie (JO L 362 du 31 décembre 1991, p. 57)) a d'ailleurs fait l'objet d'un contentieux devant le Tribunal : ce dernier a annulé la décision reproduite dans la communication 94/C 400/02 de la Commission, en application de l'article 6, paragraphe 4, de la décision 3855/91/CECA, adressée aux autres États membres et autres parties intéressées, relative aux aides que le Luxembourg projette d'accorder à ProfilARBED SA (ARBED) [aides d'État C 25/94 (ex N 11/94), JO 1994, C 400, p. 10], puisque ce code ne prévoyait pas l'application de l'encadrement de 1994 sur les aides à l'environnement, et que, dès lors, la Commission ne pouvait se fonder sur ce dernier pour apprécier la compatibilité d'une aide : v. TPICE, 25 septembre 1997, *UK Steel Association/Commission*, T-150/95, Rec. p. II-1433, pts. 94 et s. La référence à l'encadrement de 1994 à été introduite à l'article 3 de la décision 2496/96/CECA de la Commission du 18 décembre 1996 instituant des règles communautaires pour les aides à la sidérurgie (JO L 338 du 28 décembre 1996, p. 42).

[1436] Par exemple, l'encadrement des aides d'État à la construction navale (2011/C 364/06) (JO C 364 du 14 décembre 2011, p. 9) qui prévoit l'application de l'encadrement des aides à l'environnement au secteur de la construction navale (v. note 4 de bas de page 11), prévoit par ailleurs un relèvement de l'intensité maximale des aides à l'innovation lorsque ces dernières permettent une meilleure protection de l'environnement (v. pt. 16), ce qui n'était pas le cas des actes précédents : encadrement des aides d'État à la construction navale (2003/C 317/06) (JO C 317 du 30 décembre 2003, p. 11) ; règlement 1540/98/CE du Conseil du 29 juin 1998 concernant les aides à la construction navale (JO L 202 du 18 juillet 1998, p. 1).

le fait que cette complexité ne va pas sans hypothéquer la prétention à la sécurité juridique[1437] — il procède de ces actes atypiques un appareil très dense, composé des critères généraux de compatibilité des aides d'État tout à fait comparables à ceux que l'on pourrait trouver dans un règlement adopté sur la base du paragraphe 4 de l'article 108 TFUE. Ainsi, la Commission adopte de façon autonome des actes de portée générale, parfois qualifiés de quasi-réglementation[1438], sur le fondement d'une base de compétence qui ne lui confère que le pouvoir d'adopter des actes individuels. L'ambiguïté est d'autant plus grande si l'on considère le fait que la Commission continue à utiliser des actes atypiques alors qu'elle a aujourd'hui adopté par ailleurs un règlement d'exemption par catégories.

B) L'ambivalence du cumul des actes atypiques et du règlement d'exemption par catégories

759. La fonction des actes du droit des aides d'État est susceptible d'interprétations qui varient en fonction de l'époque à laquelle ils ont été adoptés. Il convient tout d'abord de préciser l'évolution de cette fonction (1), afin de souligner qu'à l'heure actuelle, l'intérêt du cumul d'un acte atypique et d'un règlement d'exemption s'explique avant tout par leurs régimes juridiques respectifs (2).

1) L'évolution de la fonction des actes du droit des aides d'État

760. Historiquement, la doctrine a vu dans le recours aux actes atypiques une forme de production normative de substitution : ces actes avaient une fonction supplétive à l'inaction du Conseil, en permettant à la Commission de préciser l'interprétation des règles du régime du droit des aides d'État en l'absence d'habilitation à adopter des règlements d'exemption[1439]. La Commission cherchait par là à réduire les inconvénients du traitement au cas par cas des affaires, qui était coûteux en temps et risquait d'engendrer des inégalités de traitement et de l'insécurité juridique[1440]. Cette analyse est tout à fait valable à l'origine dans le domaine environnemental : la Commission a ressenti le besoin de préciser sa politique en matière

[1437] U. SOLTÉSZ, F. SCHATZ, « State Aid for environmental protection - the Commission's news guidelines and the GBER », *JEEPL*, 2009, n° 2, p. 141, p. 168.
[1438] J.-P. KEPPENNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, *op. cit.*, n°s 208 et s.
[1439] J. BIANCARELLI, « Le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'aides publiques », *op. cit.*, pp. 423-424 ; C. BLUMANN, « De l'existence d'une politique communautaire des aides nationales », *op. cit.*, pp. 91 et s. ; M. KARPENSCHIF, *Le contrôle communautaire des aides publiques nationales*, Thèse, Lyon III, 1999, spéc. pp. 33 et s.
[1440] J.-P. KEPPENNE, *op. cit.*, n°s 209-210.

d'aides à l'environnement dès 1974 et a pour cela recouru, faute de mieux, à des actes atypiques.

761. De ce point de vue, l'adoption du règlement 994/98/CE habilitant la Commission à recourir à des règlements d'exemption par catégories a été perçue comme une étape importante de la modernisation du droit des aides d'État à l'œuvre à la fin des années 1990[1441]. Les lignes directrices de la Commission avaient atteint un niveau de précision très important en raison de la définition de dispositifs d'aide. Elles ne pouvaient plus guère être considérées comme de simples guides à la compréhension de la politique en matière d'aides. Dans ces conditions, le recours aux règlements d'exemption a le mérite d'inscrire le contenu des actes atypiques dans un *instrumentum* au régime juridique plus satisfaisant et de décharger la Commission d'une charge de travail devenue superflue[1442]. Les premiers règlements d'exemptions adoptés sur la base du règlement 994/98/CE ont ainsi procédé suivant une logique de codification par substitution. Ils étaient conçus pour remplacer les lignes directrices auxquelles ils succédaient, leurs dispositions prévoyant l'abrogation de ces dernières au moment de leur entrée en vigueur[1443], ce qui a pu être interprété comme un processus de « durcissement » des règles[1444]. Prolongeant cette analyse, certains auteurs ont conclu que les règlements d'exemption par catégories avaient vocation à se substituer aux actes atypiques[1445]. Depuis l'adoption du règlement d'habilitation du Conseil, la fonction purement supplétive des actes atypiques n'est donc plus valable.

762. Il convient toutefois de préciser que cette logique de codification par substitution n'était pas la seule possibilité envisagée par la Commission : il s'agissait d'une option qui avait été préférée à l'origine à celle du cumul des actes atypiques et du règlement

---

[1441] M. KARPENSCHIF, *Le contrôle communautaire des aides publiques nationales*, *op. cit.*, pp. 643 et s.

[1442] J.-P. KEPPENNE, « Les premières ébauches d'une réglementation du Conseil en matière de contrôle de aides d'État : le règlement sur les exemptions par catégories et le règlement de procédure », *in Les aides d'État en droit communautaire et en droit national*, *op. cit.*, p. 93 ; A. SINNAEVE, « Block Exemptions for State Aid : More Scope for State Aid Control by Member States and Competitors », *CML Rev.*, 2001, (38), p. 1479, spéc. pp. 1481-1483 ; C. BLUMANN, « L'émergence de l'exemption catégorielle en matière d'aides d'État : le règlement n° 994/98 du 7 mai 1998 », *op. cit.*, pp. 320-321.

[1443] V., par exemple, le considérant 4 des règlements suivants : règlement 70/2001/CE de la Commission du 12 janvier 2001, concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État en faveur des petites et moyennes entreprises (JO L 10 du 13 janvier 2001, p. 33) ; règlement 68/2001/CE de la Commission du 12 janvier 2001, concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides à la formation (JO L 10 du 13 janvier 2001, p. 20) ; règlement 2204/2002/CE de la Commission du 12 décembre, 2002, concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État à l'emploi (JO L 337 du 13 décembre 2002, p. 3).

[1444] M. CINI, « From Soft Law to Hard Law ? : Discretion and Rule-making in the Commission's State Aid Regime », *European University Institute working papers n° 2000/35*, disponible sur http://www.eui.eu/RSCAS/WP-Texts/00_35.pdf, v. pp. 20 et s. ; L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, Portland Or., Hart Publishing, 2004, pp. 332-334.

[1445] S. LEFÈVRE, *Les actes communautaires atypiques*, *op. cit.*, n°s 609-612.

d'exemption par catégories[1446]. Or, la politique réglementaire de la Commission a progressivement évolué. Vers le milieu des années 2000, le choix a été fait de laisser subsister dans un certain nombre de domaines des actes atypiques pour des catégories d'aides régies par ailleurs par un règlement d'exemption[1447]. C'est l'option retenue pour la protection de l'environnement : alors que le règlement 994/98/CE autorise à exempter les aides dans ce domaine[1448], le règlement général d'exemption par catégories (ci-après « le RGEC »), adopté en 2008, prévoit de nombreuses dispositions relatives aux aides à l'environnement[1449] qui devraient être reconduites à l'occasion d'une révision à venir[1450]. En matière environnementale, les lignes directrices de 2008 coexistent donc avec les dispositions environnementales du RGEC adopté à la même période. De surcroît, le contenu de ces deux actes est proche : ils contiennent tous deux des dispositifs d'aides, et l'ensemble des dispositifs contenus dans les lignes directrices existent également dans le RGEC — l'inverse n'étant pas vrai. Plus précisément, les dispositifs du règlement concernent des aides qui ont les mêmes objectifs que celles consacrées dans les lignes directrices, mais ces dernières autorisent des niveaux d'aides plus élevés[1451]. Ainsi, les dispositions environnementales du RGEC apparaissent presque comme un appendice, une forme d'extension des lignes directrices[1452], lesquelles contiennent encore l'essentiel du régime des aides d'État à

[1446] B. BÄR-BOUYSSIÈRE, « Les règlements d'exemption en matière d'aides d'État », *in* M. DONY, C. SMITS (dir.), *Aides d'État*, *op. cit.*, p. 171, n° 3 ; A. SINNAEVE, « Block Exemptions for State Aid : More Scope for State Aid Control by Member States and Competitors », *op. cit.*, pp. 1483-1484.

[1447] V., par exemple, pour les aides régionales (v. règlement 800/2008 CE de la Commission du 6 août 2008, préc., section I chapitre II ; lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale pour la période 2007-2013 (2006/C 54/08) (JO C 54 du 4 mars 2006, p. 13) pour les aides à la recherche au développement et à l'innovation (v. RGEC, préc., section VII chapitre II ; encadrement communautaire des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation (JO C 323 du 30 décembre 2006, p. 1) (2006/C 323/01), ou pour les aides dans le secteur agricole (v. règlement 1857/2006/CE de la Commission du 15 décembre 2006, préc. ; lignes directrices de la Communauté concernant les aides d'État dans le secteur agricole et forestier 2007-2013 (2006/C 319/01), préc.). En revanche, les aides aux PME ou à la formation, par exemple, relèvent uniquement de l'exemption par catégories, tandis que les aides aux entreprises en difficulté ou à la production audiovisuelle ne sont régies que par des lignes directrices.

[1448] Règlement 994/98/CE du Conseil du 7 mai 1998, tel que modifié par le règlement (UE) n° 733/2013 du Conseil du 22 juillet 2013, préc., v. le iii) du a) du paragraphe 1 de l'article premier.

[1449] Règlement 800/2008 CE de la Commission du 6 août 2008, déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du traité (Règlement général d'exemption par catégories) (JO L 214 du 9 août 2008, p. 3), articles 17 à 25.

[1450] Une révision du RGEC est en effet annoncée : communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 8 mai 2012, Modernisation de la politique de l'UE en matière d'aides d'État, préc., pt. 20 c).

[1451] Par exemple, pour les aides en faveur des économies renouvelables, le RGEC ne prévoit que des aides à l'investissement dont l'intensité ne dépasse pas 65% des coûts admissibles pour les PME (*ibid*., paragraphe 2 de l'article 23). Les lignes directrices autorisent quant à elles des aides à l'investissement dont l'intensité peut être portée à 80% des coûts admissibles pour les PME (lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 102-106).

[1452] Il est d'ailleurs parfois envisagé comme un régime dérogatoire d'examen de la compatibilité des aides : M. KARPENSCHIF, « Le RGEC : nouveau départ pour le droit des aides d'État ? », *JCP Administration et Collectivités territoriales*, 2009, n° 5, p. 2023, n° 19.

l'environnement. L'exemption par catégories s'ajoute à l'acte atypique, mais ne le remplace pas[1453].

2) La fonction actuelle des actes du droit des aides d'État éclairée par leur régime juridique

763. Cette coexistence de deux catégories d'actes relatifs aux aides à l'environnement amène à reconsidérer leurs fonctions respectives : les actes atypiques n'ont pas qu'un rôle supplétif et la codification opérée par le RGEC est limitée. Pour préciser l'analyse, il semble indiqué de comparer les effets qu'ils produisent sur le pouvoir de la Commission.

764. Le RGEC est un règlement, au sens de l'article 288 TFUE, dont les dispositions sont d'effet direct, et qui modifie l'ordonnancement juridique en précisant en des termes concrets les dispositions générales de l'article 107 TFUE. Son contenu est défini en fonction de considérations d'opportunité : la Commission se fonde sur l'orientation de sa politique en matière d'aides et sur l'expérience acquise au fil de sa pratique pour choisir quelles catégories d'aides méritent d'être exemptées, en raison de leur contribution à la réalisation de l'objectif de protection de l'environnement et de la faiblesse supposée de leurs effets sur la concurrence. La Commission introduit, en conséquence, des dispositifs d'aides dans le règlement. Toute aide qui remplit les conditions particulières relatives aux aides à l'environnement et les conditions générales[1454] du RGEC est exemptée de plein droit : elle est réputée compatible avec le marché intérieur, l'État dispensateur étant également exempté de l'obligation de notification préalable[1455]. Elle ne pourra plus être contrôlée dans le cadre de la procédure du paragraphe 2 de l'article 108 TFUE déclenchée dans les conditions du paragraphe 3 de ce même article[1456]. Ainsi, en adoptant le RGEC, la Commission renonce tout bonnement au contrôle de la compatibilité de certaines catégories d'aides environnementales par voie de décisions individuelles[1457]. Le champ de son pouvoir discrétionnaire autonome est ainsi limité.

765. Ces effets ne sont toutefois valables que pour les aides relevant du RGEC. Les autres tombent dans le champ du pouvoir discrétionnaire autonome de la Commission. C'est alors que sont appliquées les lignes directrices et, plus particulièrement, les dispositifs d'aides qu'elles contiennent — leurs dispositions plus générales étant à ce stade, rappelons-le,

---

[1453] En ce sens, et par analogie, M. CINI, *op. cit.*, pp. 23-24.

[1454] Ces conditions générales sont relatives au calcul du montant des aides, à leur transparence, aux obligations de communication des États membres, etc.

[1455] Règlement 800/2008 CE de la Commission du 6 août 2008, préc., considérant 3 et article 3.

[1456] V. le paragraphe 4 de l'article 108 TFUE, introduit par le traité de Lisbonne.

[1457] V., en ce sens, M. MELCHIOR, « Les communications de la Commission – Contribution à l'étude des actes communautaires non prévus par les traités », *op. cit.*, n° 13.

laissées de côté[1458]. À l'instar du RGEC, les lignes directrices prévoient des dispositifs d'aides[1459]. Elles sont adoptées par l'institution qui dispose du pouvoir d'apprécier la compatibilité des aides. Les lignes directrices remplissent donc à première vue les conditions formelles et institutionnelles d'un acte juridique valide. Il n'en reste pas moins que leur existence n'est pas prévue par la nomenclature des actes consacrée à l'article 288 TFUE. En y recourant, la Commission s'engage avant tout dans une démarche active. Ainsi que cela a été précisé, elle explicite la façon dont elle fera usage de son pouvoir discrétionnaire, ce qui assure la prévisibilité de sa pratique et l'égalité de traitement. Elle construit de la sorte une doctrine administrative[1460].

766. Dans ces conditions, le régime juridique de ces actes a été fixé par le juge. Dans la jurisprudence, il apparaît que les actes atypiques produisent une autolimitation du pouvoir discrétionnaire de la Commission[1461]. Les requérants intéressés peuvent opposer les lignes directrices à leur auteur dans le cadre d'un recours en annulation dirigé contre une décision individuelle. La Cour juge en effet que *« la Commission peut se doter de lignes directrices pour l'exercice de ses pouvoirs d'appréciation, particulièrement en matière d'aides d'État. Pour autant qu'elles ne s'écartent pas des règles du traité, les règles indicatives qu'elles contiennent s'imposent à l'institution »*[1462]. Elle considère en conséquence que le défaut ou la mauvaise application de la doctrine administrative en matière d'aide peut contrevenir aux principes d'égalité ou de confiance légitime[1463]. Dans certaines affaires, le juge a ainsi contrôlé la conformité des décisions individuelles à la doctrine administrative relative aux

---

[1458] Ces dispositions explicatives sont exclues d'une analyse en détail à ce stade car elles servent soit à expliciter la politique de la Commission, soit à contrôler les aides à l'environnement qui ne sont conformes ni aux dispositifs d'aides du RGEC ni à ceux des lignes directrices. En ce cas, la source de contrainte est assez faible : si ces dispositions restent opposables à la Commission, leur très grande imprécision laisse cependant croire que la contrainte qui en découle sera faible : v., en ce sens, S. LEFÈVRE, *op. cit.*, n°s 535-538 ; M. HEIDENHAIN (dir.), *op. cit.*, pp. 158-159.

[1459] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., principalement pts. 71 et s.

[1460] Son premier effet est de permettre à la Commission une économie de motivation en revoyant, dans une certaine mesure, pour certaines appréciations, aux actes qui énoncent au préalable les raisons qui justifient ses solutions. *Ibid.* n°s 306 et s. ; v., plus généralement, sur les actes atypiques de la Commission : M. HEIDENHAIN (dir.), *European State Aid Law*, *op. cit.*, pp. 161 et s. ; M. MELCHIOR, *op. cit.*, n°s 19 et s. ; L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law, op. cit.*, pp. 153-155.

[1461] CJUE, 2 décembre 2010, *Holland Malt/Commission*, C-464/09 P, Rec. p. I-12443, pt. 46 ; A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique européen*, *op. cit.*, n°s 592 et s. ; S. LEFÈVRE, *op. cit.*, pp. 542-548.

[1462] CJCE, 13 juin 2002, *Pays-Bas/Commission*, C-382/99, Rec. p. I-5163, pt. 24 ; v., également, CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne/Commission*, C-288/96, Rec. p. I-8237, pt. 62 ; CJCE, 26 septembre 2002, *Espagne/Commission*, C-351/98, Rec. p. I-8031, pt. 53 ; CJCE, 13 février 2003, *Espagne/Commission*, C-409/00, Rec. p. I-1487, pts. 65 et 85 ; CJCE, 29 avril 2004, *Grèce/Commission*, C-278/00, Rec. p. I-3997.

[1463] CJCE, *Dansk Rørindustri e.a./Commission*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, Rec. p. I-5425, pt. 211 ; CJCE, 11 septembre 2008, *Allemagne e.a./Kronofrance*, C-75/05 P et C-80/05 P, Rec. p. I-6619, pt. 60 ; CJUE, 2 décembre 2010, *Holland Malt/Commission*, préc., pt. 47.

aides à l'environnement[1464] et n'a pas hésité à annuler sur ce terrain une décision pour défaut de motivation[1465]. Les lignes directrices participent donc des sources de légalité des actes individuels de la Commission. Il s'agit d'une strate de dispositions normatives qui introduit un niveau de concrétisation de l'article 107 TFUE s'interposant entre celui-ci et une décision individuelle.

767. Il n'en reste pas moins que plusieurs raisons militent pour que l'effet de la reconnaissance de l'opposabilité des lignes directrices sur le pouvoir de la Commission ne soit pas assimilé à celui produit par le RGEC. Si une partie de la doctrine soutient que la protection des caractéristiques du pouvoir de décision la Commission, qui consiste en l'appréciation de situations particulières par des décisions individuelles, pourrait justifier qu'elle s'écarte de sa doctrine lorsque cela est justifié par les circonstances de l'espèce, la jurisprudence n'a pas encore confirmé clairement cette évolution[1466]. En revanche, il est certain que la Commission ménage des garde-fous en prévoyant, en plus des dispositifs, une première série de critères plus généraux et en annonçant qu'ils seront appliqués à certaines aides plus sensibles[1467]. De surcroît, et il s'agit là d'éléments qui semblent déterminants, le juge ne s'estime pas lié par les lignes directrices[1468] et leur application ne fait en aucun cas obstacle au déclenchement de la procédure prévue au paragraphe 2 de l'article 108 TFUE. Il est donc préférable de considérer qu'elles ne limitent pas le champ du pouvoir discrétionnaire de la Commission, contrairement au RGEC. Elles relativisent plutôt la marge d'appréciation de la Commission dans l'exercice de ce pouvoir. Elles ne fondent pas de plein droit la compatibilité d'une aide, mais permettent de la présumer[1469].

[1464] TPICE, 18 novembre 2004, *Ferriere Nord/Commission*, T-176/01, Rec. p. II-3931, pts. 77-80 ; CJCE, 8 mai 2008, *Ferriere Nord/Commission*, C-49/05 P, Rec. p. I-68*, Pub.somm., pts. 77-84 ; TPICE, 14 janvier 2004, *Fleuren Compost/Commission*, T-109/01, Rec. p. II-127, pts. 109-115 ; Trib. UE, 13 septembre 2012, *Italie/Commission*, T-379/09, non encore publié au Recueil, pts. 77-111.

[1465] CJCE, 26 septembre 2002, *Espagne/Commission*, préc., pts. 77-91.

[1466] S. LEFÈVRE, *op. cit.*, n°s 582 et s ; M. MELCHIOR, *op. cit.*, spéc. n° 29 ; *comp*. M. HEIDENHAIN (dir.), *op. cit.*, pp. 166-167, qui souligne l'incertitude de cette solution ; v., également, concl. S. ALBER sous CJCE, 3 mai 2001, *Portugal/Commission*, C-204/97, pt. 36.

[1467] Les lignes directrices de 2008 prévoient ainsi un régime d'appréciation détaillée, qui est applicables aux aides individuelles accordées dans le cadre d'un régime d'aides autorisé lorsqu'elles remplissent certains critères relatifs notamment à leur montant ou leur durée : lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 160 et s.

[1468] CJCE, 4 juillet 2000, *Commission/Grèce*, C-387/97, Rec. p. I-5047, pts. 87 et 89 ; CJCE, 7 mars 2002, *Italie/Commission*, C-310/99, Rec. p. I-2289, pt. 52.

[1469] La Commission présente ainsi les critères posés dans ses lignes directrices comme des « présomptions légales » de compatibilité : lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 38-39 ; cette interprétation est également celle de la doctrine : A. BOUVERESSE, *op. cit.*, n° 637.

768. L'existence cumulative de ces actes dans le domaine de la protection de l'environnement[1470] emporte donc une limitation graduelle du pouvoir discrétionnaire de la Commission, dont le degré est maximal dans le champ du RGEC, et dont l'intensité décroît progressivement, pour atteindre un degré presque nul lorsque la Commission applique les critères les plus généraux de ses lignes directrices. Cette limitation procède d'un processus à double détente : partant de l'expérience acquise lors de l'adoption de décisions individuelles, la Commission peut tout d'abord consolider certains critères dans sa doctrine administrative qui présume la compatibilité d'une catégorie d'aides, puis codifier ces mêmes critères dans le RGEC afin de consacrer une hypothèse de compatibilité de plein droit pour cette catégorie. Ce cumul des actes laisse ainsi exister, entre l'exemption de plein droit et la décision individuelle, un espace intermédiaire de règles qui garantissent à certaines aides le bénéfice d'une présomption de compatibilité.

769. Au vu de ces éléments, il convient de reconsidérer la fonction de la doctrine administrative relative aux aides à l'environnement. Seuls les intérêts pratiques de cette limitation graduée peuvent expliquer leur coexistence avec le RGEC. En effet, il existe des aides à l'environnement qui doivent paraître trop sensibles à la Commission, en termes d'effets sur la concurrence, pour qu'elle les intègre au RGEC afin qu'elles échappent ainsi à son contrôle — le RGEC pouvant de surcroît être appliqué par les juges nationaux[1471]. Pour autant, elles méritent de bénéficier des effets des lignes directrices qui garantissent à la Commission plus de marge de manœuvre[1472].

770. Partant, il est possible de préciser la fonction de la doctrine administrative en droit des aides d'État et sa relation avec le RGEC. La fonction supplétive à l'inaction du Conseil est seulement historique et ne peut plus servir à expliquer le recours aux actes atypiques. Désormais, les lignes directrices sont utilisées pour définir les éléments principaux du régime de l'aide à l'environnement sans entamer le pouvoir autonome de la Commission. Le RGEC intervient en quelque sorte comme un prolongement de la doctrine administrative, permettant de décharger la Commission du contrôle de certaines mesures dont la compatibilité ne fait pas de doutes. En bref, la doctrine administrative a une fonction de concrétisation par

[1470] Cette situation de cumul n'existant que depuis 2008, on s'attachera à discuter uniquement des rapports entre le RGEC et les lignes directrices de 2008 qui, du reste, relèvent du droit positif.

[1471] Le recours à des règlements d'exemptions qui, comme tous les actes de cette catégorie, produisent des effets directs dans les ordres juridiques nationaux est conçu comme une technique de décentralisation du droit des aides d'État dans le cadre de sa modernisation ; v. M. KARPENSCHIF, *op. cit.*, pp. 654 et s.

[1472] A ALEXIS, « Protection de l'environnement et aides d'État : la mise en application du principe pollueur-payeur », *RAE*, 2003-2004, n° 4, p. 629, p. 633.

présomption de l'article 107 TFUE, tandis que le RGEC a une fonction de complément de la doctrine par exemption de plein droit.

771. Cette pratique apparaît critiquable à un double titre. Le maintien des actes atypiques pour définir le régime des aides à la protection de l'environnement fait perdurer une forme de production normative qui n'est pas prévue par le traité alors que la Commission dispose désormais d'un pouvoir formel d'adoption d'actes typiques de portée générale[1473]. De surcroît, dans le schéma actuel, c'est le RGEC qui semble utilisé comme acte supplétif, ce qui paraît peu conforme au cadre prévu par le traité. Il n'en reste pas moins que le juge tolère ce recours à la doctrine administrative[1474]. En tout état de cause, on voit bien que le recours à des actes divers a fortement entamé le pouvoir discrétionnaire de la Commission. Il reste à préciser la contrainte qu'ils produisent sur les politiques environnementales des États membres.

II) Les actes généraux, source d'une contrainte proche de l'harmonisation environnementale

772. Après avoir constaté l'existence d'actes généraux contenant le régime juridique des aides à l'environnement et précisé leur teneur, on peut comparer la contrainte qui en procède avec celle qui découle de l'harmonisation dans le domaine environnemental. À cette fin, il est important de respecter une différence procédurale qui structure le droit des aides et qui amène à distinguer les aides nouvelles des aides existantes. Cette distinction est en effet loin d'être dénuée de conséquences, ce qui se vérifie si l'on apprécie, d'une part, la contrainte pesant sur les États membres souhaitant adopter des mesures nouvelles (A) et, d'autre part, la contrainte pesant sur les mesures environnementales existantes des États (B).

A) La contrainte pesant sur les États membres souhaitant adopter des mesures environnementales nouvelles

773. Lorsqu'un État membre souhaite adopter une nouvelle mesure d'aide, il s'expose à l'application de l'article 107 TFUE. Sauf à ce qu'il se conforme au RGEC, le paragraphe 3 de l'article 108 l'oblige à notifier la mesure en question à la Commission préalablement à sa mise en œuvre afin que cette dernière puisse apprécier sa compatibilité avec le marché

[1473] S. LEFÈVRE, *Les actes communautaires atypiques*, *op. cit.*, n°s 609-612.
[1474] V., notamment, CJCE, 18 juin 2002, *Allemagne/Commission*, C-242/00, Rec. p. I-5603, pt. 27. Il doit être toutefois précisé que nous n'avons pas connaissance d'un recours ayant directement contesté cette pratique.

intérieur, en application notamment de la doctrine administrative. Dans cette situation, certains auteurs soutiennent que cette doctrine administrative engendre une contrainte sur les politiques nationales qu'il est possible d'assimiler à une forme d'harmonisation. Les propositions à cet égard se situent toutefois sur deux plans bien différents.

774. Tout d'abord, certains auteurs développent des analyses de cet ordre en s'appuyant sur l'extension très importante du champ de la notion d'aide : sur la base de l'actuel article 107 TFUE, il est possible de connaître de réglementations nationales qui relèvent de domaines non harmonisés. Cela conduit à introduire des règles de droit de l'Union là où le pouvoir d'harmonisation n'intervient pas en raison notamment des difficultés à réunir un consensus politique sur l'opportunité d'une action législative[1475].

775. Bien que l'on puisse se ranger à ce constat, ce n'est toutefois pas sur ce terrain qu'il est ici question de comparer le pouvoir d'harmonisation et le pouvoir d'encadrement. Le fait que le droit des aides d'État intervienne dans des domaines non harmonisés est certes un aspect remarquable. Toutefois, il n'y a pas là une « anormalité », comme semblent souvent le sous-entendre les auteurs susmentionnés. Il a été remarqué plus haut[1476] que, *de lege lata*, le champ du droit des aides était autonome par rapport au champ de l'harmonisation : il se définit, non pas en fonction des règles de compétence contenues dans le traité, mais uniquement en fonction de la notion d'aide, laquelle est matériellement neutre. La seule exception est due à la présence dans le droit dérivé d'une obligation de faire précise qui fait obstacle au pouvoir d'encadrement[1477]. Du reste, la sanction dans le domaine non harmonisé paraît correspondre à l'objet même du droit des aides : historiquement, le besoin d'instaurer un contrôle des distorsions de concurrence engendrées par l'action des États membres résulte notamment de l'absence de consensus entre les rédacteurs des traités sur la politique industrielle à mener. C'est donc parce que les instruments servant à définir les orientations des économies nationales restent entre les mains des États membres que le contrôle des interventions publiques sous la forme d'aides d'État devient nécessaire[1478]. En outre, il a été

[1475] C. SIATERLI, *La notion d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE*, *op. cit.*, n°s 246-249 ; il s'agit là d'une remarque fréquemment faite dans les études relatives à la matière fiscale : F. NANETTI, G. MAMELI, « The creeping normative role of the EC Commission in the two-track struggle against State aids and the harmful tax competition », *op. cit.*, p. 185 ; C. PANAYI, « State Aid and Tax : the Third Way ? », *op. cit.*. pp. 304-306 ; C. QUIGLEY, « General Taxation and State Aid », *op. cit.*, p. 207.

[1476] V., *supra*, n°s 575 et s..

[1477] V., *supra*, n°s 606 et s.

[1478] J.-L. BUENDIA SIERRA, B. SMULDERS, « The Limited Role of the 'Refined Economic Approach' in Achieving the Objectives of State Aid : Time for Some Realism », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, *op. cit.*, p. 1, spéc. p. 8 ; C. BLUMANN, « Y'a-t-il substitution de 'régulations' communautaires aux 'régulations' nationales en matière d'aides ? », *in L'entreprise dans le marché unique européen*, Paris, La Documentation française, 1995, p. 63, spéc. p. 64 ; R. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence –*

constaté que le droit des aides d'État s'appliquait également dans le domaine environnemental harmonisé[1479]. Or, la nature de la contrainte procédant de l'article 107 TFUE ne varie pas en fonction de cette considération : tant dans le domaine harmonisé que dans le domaine non harmonisé, la Commission peut interdire certaines mesures. Il serait alors discutable de présenter cette situation en expliquant qu'il y a harmonisation dans un cas mais pas dans l'autre.

776. En réalité, les auteurs qui font une comparaison avec l'harmonisation sur ce terrain discutent du champ d'application du droit des aides, c'est-à-dire du premier stade du contrôle consistant en la qualification d'une mesure en fonction de la notion d'aide. Il n'est bien évidemment pas question de négliger cet aspect. Le fait que les règles émanant du pouvoir d'encadrement s'appliquent en dehors du domaine harmonisé doit être relevé car il indique que la Commission peut introduire des règles de façon autonome, ce qui emporte une réglementation globale des instruments économiques de la protection de l'environnement. Pour autant, il n'y a pas lieu d'y accorder des développements nouveaux.

777. À ce stade, la réflexion se situe sur un autre plan. Il s'agit ici d'étudier l'exercice extensif par la Commission de son pouvoir d'encadrement qui intervient, non pas pour qualifier les aides à l'environnement, mais pour définir leur régime juridique. En d'autres termes, il n'est pas question de discuter de l'étendue de la contrainte procédant du pouvoir d'encadrement, mais d'étudier le degré de contrainte qui procède des actes généraux fixant le régime juridique des aides d'État à l'environnement.

778. De ce point de vue, il convient ici de partir d'autres études de doctrine qui font un rapprochement entre l'harmonisation et le droit des aides d'État en s'attachant au régime juridique de l'aide. À cet égard, les analyses sont variées. Certains auteurs ont considéré que le développement extensif du régime juridique de l'aide avait permis à la Commission de définir ses propres orientations politiques et, ainsi, de se substituer aux États membres dans la réglementation de certaine matières car elle est en mesure d'imposer ses choix à ces derniers[1480]. Il est également soutenu que la Commission produit une *« intégration positive »* notamment grâce aux règlements d'exemption par catégories qui *« harmonisent les exceptions*

---

t. II B, *op. cit.*, note 2 de bas de page 17. La Cour a d'ailleurs jugé que l'actuel article 107 TFUE vise la situation dans laquelle les États membres, *« par des décisions unilatérales et autonomes »*, mettent des ressources à la disposition des entreprises *« en vue de la poursuite d'objectifs économiques et sociaux qui leur sont propres »* : CJCE, 27 mars 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Denkavit italiana*, 61/79, Rec. 1980 p. 1205, pt. 31.

[1479] V., notamment, *supra*, n°s 575 et s.

[1480] C. BLUMANN, *op. cit.*, p. 65 et pp. 77 et s ; G. M. ROBERTI, « Le contrôle de la Commission des Communautés européennes sur les aides nationales », *op. cit.*, p. 411.

possibles à l'interdiction des aides d'État »[1481]. Il existe enfin des analyses qui relativisent ce parallèle. Il a en effet pu être soutenu que dans l'hypothèse fictive où les actuels articles 107 et 108 TFUE n'auraient pas existé, les dispositions relatives au rapprochement des législations pourraient être utilisées pour harmoniser des systèmes d'aides nationaux. Néanmoins, dans ce cas, *« le système de contrôle aurait pu être très différent de ce qu'il est pour le moment »*[1482].

779. C'est en partant de ces propositions doctrinales qu'il convient d'approfondir la comparaison entre le pouvoir d'harmonisation environnementale et le pouvoir d'encadrement dans le domaine environnemental. On peut d'emblée en souligner les apports : les auteurs soutiennent généralement que les deux pouvoirs ne doivent pas être totalement confondus. Puisqu'il a été démontré auparavant que l'encadrement et l'harmonisation procédaient de sources différentes et produisaient deux formes de contraintes différentes par des voies de sanction également différentes[1483], on ne peut que se ranger à cette analyse. Il s'agit ainsi d'effectuer de simples rapprochements, sans soutenir que ces corpus du droit de l'Union puissent produire une contrainte de la même nature. Il convient toutefois de souligner également une limite de ces analyses doctrinales : les auteurs évoquent l'harmonisation comme s'il s'agissait d'un processus uniforme aboutissant nécessairement à des effets juridiques bien déterminés. Or, il a été précisé auparavant que la contrainte procédant de l'harmonisation environnementale dépendait avant tout du contenu concret des actes : ils peuvent contenir toutes formes de normes, qu'il s'agisse d'obligations de faire ou de ne pas faire, dont le degré de précision varie. L'harmonisation va donc de la norme facultative et programmatoire à l'obligation formelle d'adopter des actes juridiques et matériels précis dans le cas d'une harmonisation plus poussée[1484]. Cette considération doit être également prise en compte : la comparaison doit s'attacher à la fois au degré de précision des obligations contenues dans les actes de l'harmonisation et de l'encadrement, mais aussi à leur force contraignante.

[1481] M. BLAUBERGER, « From Negative to Positive Integration ? European State Aid Control Through Soft and Hard Law », *MPIfG Discussion Paper 08/4*, disponible sur http://www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp08-4.pdf, spéc. p. 22 ; dans le même sens, certaines études concluent que les lignes directrices de 2008 relatives aux aides à l'environnement correspondent à une forme de législation qui modifie la répartition des compétences dans l'Union : U. SOLTÉSZ, F. SCHATZ, « State Aid for Environmental Protection – The Commission's new Guidelines and the new General Block Exemption Regulation », *op. cit.*, pp. 169-170. On ne suivra toutefois pas ces auteurs puisqu'il est malaisé d'expliquer la contrainte procédant du droit des aides en termes de compétences.

[1482] J.-Y. CHÉROT, *Les aides d'État dans les Communautés européennes*, *op. cit.*, p. 5.

[1483] V., *supra*, n°s 481 et s.

[1484] V. CJCE, 30 novembre 2006, *Commission/Luxembourg*, C-32/05, préc., pts. 37-40 ; v., également, S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, 2ème éd., *op. cit.*, pp. 41 et s. et 76-78.

780. Pour ce qui est tout d'abord du degré de précision des obligations, il semble justifié de distinguer deux aspects de cette question. Le premier aspect concerne la possibilité, pour les États, d'adopter des prescriptions supplémentaires dans un domaine réglementé par un acte de l'Union, en ce sens que ces prescriptions ne sont pas prévues par l'acte procédant à la réglementation du domaine. Dans le contexte de l'harmonisation environnementale, cette possibilité est fonction de l'exhaustivité de la réglementation concernée qui est généralement analysée en doctrine en termes de préemption[1485]. En principe, si un acte de droit dérivé, au moins dans certaines de ses dispositions, est considéré comme harmonisant totalement un domaine, notamment suite à l'interprétation du juge, l'État ne peut pas adopter de mesures qui ne sont pas explicitement prévues par le législateur[1486]. Cette interprétation doit toutefois être relativisée dans le domaine environnemental. Outre le fait que cette harmonisation totale devrait rester exceptionnelle en pratique[1487], l'article 193 TFUE autorise en toute hypothèse les États membres à prendre des mesures de protection renforcée du milieu naturel dans un domaine régi par un acte pris sur la base des articles 191 et 192 TFUE[1488]. En d'autres termes, les États disposent toujours d'une marge de manœuvre dans le domaine harmonisé, au moins pour dépasser le niveau de protection de l'environnement harmonisé.

781. En droit des aides, une marge de manœuvre existe également, mais elle dépend de considérations très différentes. Si les États entendent adopter une mesure d'aide correspondant à un objectif consacré par les lignes directrices ou le RGEC, mais dont les modalités ne sont pas prévues par ces actes, il leur est toujours loisible de les notifier à la Commission dans les conditions du paragraphe 3 de l'article 108 TFUE. Elles seront alors appréciées directement au regard du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE et pourront être déclarées compatibles par la Commission au terme d'un contrôle visant à mettre en balance leur contribution à l'objectif de protection de l'environnement avec leurs effets négatifs sur la

---

[1485] A. ARENA, « The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market : Between *Sein* and *Sollen* », *op. cit.* ; E. D. CROSS, « Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community : A Framework for Analysis », *CML Rev*., 1992 (29), p. 447 ; J.-P. JACQUÉ, « Cours général de droit communautaire », *op. cit*., pp. 308-309 ; R. SCHÜTZE, « Supremacy without Pre-emption ? The very slowly emergent Doctrine of Community Pre-emption », *op. cit.* V., également, F. DINTILHAC, « Rapprochement des législations », *op. cit.*, n°s 174-178 ; D. GAZAGNE, C. FREOA, « L'évolution de la compétence des autorités des États membres en présence d'une harmonisation complète », *Gaz. Pal*., 2007, n° 109, p. 17 et n° 291, p. 23.

[1486] Ce qui n'exclut pas que le droit dérivé lui-même accorde certaines options aux États : v., par exemple, récemment, CJUE, 18 juillet 2013, *Citroën Belux*, C-265/12, non encore publié au Recueil, pts. 19-24.

[1487] CJCE, 22 juin 2000, *Fornasar e.a.*, C-318/98, Rec. p. I-4785, pt. 46 ; CJCE, 22 avril 2010, *Dimos Agiou Nikolaou*, C-82/09, Rec. p. I-3649, pt. 24 ; CJCE, 14 avril 2005, *Deponiezweckverband Eiterköpfe*, C-6/03, Rec. p. I-2753, pt. 27 ; CJCE, 21 juillet 2011, *Azienda Agro-Zootecnica Franchini et Eolica di Altamura*, C-2/10, Rec. p. I-6561, pt. 48.

[1488] CJCE, 23 octobre 2001, *Tridon*, C-510/99, Rec. p. I-7777, pt. 45 ; CJCE, 19 juin 2008, *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers et Andibel*, C-219/07, Rec. p. I-4475, pt. 15 ; CJCE, 10 septembre 2009, *Commission/Belgique*, C-100/08, Rec. p. I-140*, Pub.somm., pts. 60-62.

concurrence[1489]. Cela découle du fait que la procédure de contrôle est conçue pour permettre une concertation entre les États et la Commission[1490]. La phase de notification est l'occasion pour les autorités nationales de négocier une mesure avec cette institution qui pourra faire valoir si et dans quelles conditions elle peut être admissible.

782. Le deuxième aspect lié au degré de précision concerne la rigueur des critères contenus dans les actes régissant une mesure particulière et auxquels les États doivent se conformer, soit pour exécuter correctement un acte législatif environnemental, soit pour obtenir l'autorisation d'une aide environnementale en application des actes procédant du pouvoir d'encadrement. Sur ce point, il n'existe pas de différence substantielle. De même qu'un acte du législateur environnemental, le RGEC ou la doctrine administrative peuvent atteindre un degré élevé de précision grâce à l'introduction de dispositifs d'aides, de sorte que tant l'objectif que les modalités concrètes d'une mesure relevant du champ de l'article 107 TFUE sont régies de façon détaillée. On peut ainsi admettre que la contrainte qui en procède et qui détermine, *lato sensu*, la conformité d'une mesure nationale avec le droit de l'Union est assez comparable.

783. Ainsi, les États peuvent disposer d'une marge de liberté pour adopter des mesures supplémentaires dans le domaine régi par l'encadrement ou par l'harmonisation et sont soumis à des règles précises lorsqu'il est question d'adopter des mesures prévues par les actes de la Commission ou du législateur. Sur ce point, les effets contraignants des réglementations découlant de l'encadrement et de l'harmonisation sont comparables, bien qu'ils ne soient pas définis par les mêmes conditions.

784. Le second élément de comparaison a trait à la force contraignante des réglementations découlant de l'encadrement et de l'harmonisation. Ici encore, les actes adoptés dans le cadre de ces pouvoirs peuvent être comparés, bien que les fondements de la contrainte qu'ils produisent soient très différents. La force obligatoire des directives de la protection de l'environnement découle de l'obligation de transposer et d'exécuter correctement les actes du droit de l'Union et, en particulier dans le domaine environnemental, des directives, en vertu de l'alinéa 3 de l'article 288 TFUE et des obligations qui y sont liées[1491]. Toutes les

---

[1489] V., par exemple, décision 2004/317/CE de la Commission du 11 novembre 2003, concernant l'aide d'État que le Royaume-Uni projette d'accorder au titre du WRAP Environmental Grant Funding et du WRAP Lease Guarantee Fund (JO L 102 du 7 avril 2004, p. 59), pts. 62-72 ; décision de la Commission du 13 juillet 2009, State aid N 629/2008, préc., pts. 38-48.

[1490] M. BAZEX, « Les traits généraux de la 'discipline communautaire des aides d'État' », *in* J.-M. THOUVENIN (dir.), *Droit international et communautaire des subventions – Le cas de l'aéronautique civile*, Paris PUF, 2001, n°s 22 et s.

[1491] À ce sujet, v. S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, 2ème éd., *op. cit.*, pp. 73 et s. ; D. SIMON, *La directive européenne*, *op. cit.*, 1997, pp. 34-57.

dispositions des directives du législateur doivent donc être respectées, qu'elles imposent des obligations de faire ou de ne pas faire.

785. La contrainte procédant des actes du pouvoir d'encadrement est plus complexe à apprécier. Tout d'abord, pour ce qui est de la doctrine administrative, celle-ci est contenue dans des communications qui ne sauraient lier les États membres puisque leur existence n'est pas prévue par le traité. La doctrine administrative ne jouit que d'une autorité de fait[1492]. Les effets juridiques qu'elle engendre sont cantonnés à l'ordre juridique de l'Union : les lignes directrices ne lient que la Commission qui les adopte[1493]. Quant au RGEC, il est certes un acte dont l'ensemble des dispositions s'imposent aux États membres, comme tout règlement. Cependant, il ne contient pas d'obligations de faire opposables aux États, puisque l'encadrement n'emporte que des interdictions. La Commission n'intervient que *« comme organe d'objection, de sanction »*[1494].

786. Toutefois, il faut tenir compte du fait qu'un État membre adoptant une nouvelle mesure d'aide à l'environnement s'expose à une censure sur la base de l'article 107 TFUE. Dans ce cas, et sauf à proposer à la Commission une mesure qui n'est pas prévue par ses actes, la sécurité juridique n'est garantie que lorsque les conditions établies par les dispositifs d'aides sont scrupuleusement respectées. Si l'État calque sa mesure sur les critères de la doctrine administrative définissant leurs objectifs, leur forme et leur intensité, ainsi que les investissements qu'elles visent et leurs bénéficiaires, il jouira de la présomption de compatibilité, au besoin en opposant les dispositions pertinentes à la Commission devant le juge. Le RGEC, quant à lui, assure une sécurité maximum puisqu'il emporte la compatibilité de plein droit. Ainsi, la dimension contraignante des actes déterminant le régime juridique des aides à l'environnement est en quelque sorte véhiculée par le fait qu'ils permettent une exception à l'incompatibilité des aides posée à l'article 107 TFUE et sa sanction par voie de décisions individuelles[1495].

787. La pratique permet de souligner la dimension contraignante réelle du droit dérivé relatif aux aides à environnement. Il existe tout d'abord une tendance chez les États membres à reproduire quasi littéralement le contenu des dispositifs d'aides dans les mesures qu'ils notifient[1496]. Les données statistiques disponibles enseignent par ailleurs que 84 pour cent des

---

[1492] A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique européen*, *op. cit.*, n° 627.
[1493] *Ibid*, n°s 629-633.
[1494] C. BLUMANN, « De l'existence d'une politique communautaire des aides nationales », *op. cit.*, p. 107.
[1495] En ce sens, M. BLAUBERGER, « From Negative to Positive Integration ? European State Aid Control Through Soft and Hard Law », *op. cit.*, pp. 17-18.
[1496] V., par exemple, décision de la Commission du 3 juillet 2002, Aide d'État N 117/A/2001 – France – Modification du régime d'aides à la gestion des énergies renouvelables de l'ADEME (C(2002) 1733) ; décision

quelques 350 décisions appliquant l'encadrement sur les aides à l'environnement de 2001 ont conclu à leur compatibilité avec le marché intérieur[1497] et que plus de 500 mesures ont été adoptées par les États membres sur la base des dispositions environnementales du RGEC entre 2008 et 2012[1498]. De la sorte, on ne saurait méconnaître la portée des actes de l'encadrement sur les politiques environnementales.

788. Au final, ce recours intensif à la doctrine administrative, doublée par la technique de l'exemption par catégorie, confirme avant tout l'ambivalence de l'exercice extensif du pouvoir d'encadrement de la Commission. Au motif du maintien de la concurrence dans le marché intérieur, elle se permet de « légiférer » pour définir le régime juridique des mesures environnementales qui relèvent de l'article 107 TFUE. Si la Commission ne peut adopter des instruments communs de la protection de l'environnement, elle peut néanmoins adopter des normes communes qui s'imposent aux instruments de la protection de l'environnement. Les effets du droit dérivé des aides à l'environnement peuvent ainsi être comparés à ceux produits par une directive d'harmonisation des instruments économiques de la protection de l'environnement. La principale différence est finalement que l'encadrement ne peut comporter des obligations de faire. Or, cette dernière différence s'estompe lorsqu'il est question de décrire la contrainte pesant sur les mesures existantes des États membres.

B) La contrainte pesant sur les mesures environnementales existantes des États

789. Le schéma de contrainte présenté ci-dessus est applicable dans la situation où l'État projette d'agir en faveur de la protection de l'environnement par l'adoption d'une nouvelle mesure d'aide. La situation ne se présente cependant pas de la même manière lorsqu'il est question des mesures d'aides existantes.

790. En substance, cette catégorie vise les aides qui, dans le passé, soit ont été autorisées explicitement ou implicitement par la Commission, soit ont été mises en œuvre par un État avant son adhésion à l'Union, soit ne constituaient pas des aides au moment de leur entrée en

---

de la Commission du 13 septembre 2005, Aide d'État N 64/2005 – France – Modification du régime d'aides à la gestion des énergies renouvelables de l'ADEME (N 117/A/2001) (C(2005) 3543) ; décision de la Commission du 17 décembre 2008, Aide d'État N 387/2008 – France – Régime d'aides de l'ADEME dans le domaine du transport (C(2008) 8452). L'appréciation de la compatibilité se borne alors à mettre en parallèle les mesures notifiées et les critères établis par les dispositifs pertinents des lignes directrices. Sur cette tendance des États membres : B. BÄR-BOUYSSIÈRE, « Les règlements d'exemption en matière d'aides d'État », *op. cit.*, n° 4.

[1497] Rapport de la Commission du 21 mai 2008, Tableau de bord des aides d'État – Mise à jour du printemps 2008 (COM(2008) 304 final), pp. 16-17.

[1498] V. le document intitulé « Number of GBER objectives by the different categories of aid according to Chapter II of the General Block Exemption Regulation ; EU-27, period 2008 - 2012 (30/6) », disponible à l'adresse : http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/measures.html.

vigueur, mais qui le sont devenues en raison d'une évolution des conditions du marché intérieur[1499]. Par définition, il faut qu'elles perdurent jusqu'au moment où elles sont contrôlées pour être considérées comme existantes[1500]. Dans le domaine environnemental, de nombreux régimes d'aides correspondent à cette catégorie. Il en est ainsi, par exemple, des régimes de subventions, des mécanismes de certificats verts, des systèmes d'échanges de quotas ou encore des exonérations de taxes environnementales, qui sont adoptés en vue de produire leurs effets incitatifs durant un laps de temps défini et restent de la sorte des aides durant tout la période où ils sont exécutés s'ils remplissent les conditions susmentionnées[1501].

791. Or, du moment où ces mesures sont qualifiées d'aides existantes, un régime juridique particulier leur est applicable. Le traité organise en effet un contrôle constant des aides aux fins de leur adaptation aux évolutions du contexte économique dans le marché intérieur. En application du paragraphe premier de l'article 108 TFUE, les aides existantes sont soumises à un examen permanent de la Commission qui implique une coopération avec les États membres et la fourniture d'informations de la part de ces derniers[1502]. Cette coopération permet à la Commission d'être constamment informée sur les aides pratiquées afin de proposer à tout moment des *« mesures utiles exigées par le développement progressif ou le fonctionnement du marché intérieur »*[1503] lorsqu'elle *« parvient à la conclusion qu'un régime d'aides existant n'est pas, ou n'est plus, compatible avec le marché commun »*[1504].

792. Dans cette hypothèse, la procédure applicable est la suivante. À la suite d'une information préliminaire permettant à l'État membre concerné de présenter des

---

[1499] Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999, tel que modifié par le règlement (UE) n° 734/2013 du Conseil du 22 juillet 2013, préc., article premier b) ; sur cette notion, M. HEIDENHAIN(dir.), *European State Aid Law*, *op. cit.*, pp. 672.

[1500] Une aide *ad hoc* versée en une fois ne pourra pas être considérée comme une aide existante une fois qu'elle est définitivement exécutée, puisque l'avantage est alors instantané, contrairement aux régimes d'aides : *ibid.*, pp. 672-673.

[1501] V., par exemple, les mesures dont les réformes successives sont notifiées à la Commission : pour un régime de subventions, décision de la Commission du 25 juillet 2012, SA.33412 (2011/N) – Italy – Prolongation of the aid scheme for the development of logistics chains and the upgrading of intermodality (Ecobonus) (C(2012) 5020 final), reconduisant le régime autorisé par la décision mentionnée au pt. 4 ; pour un mécanisme de certificats verts, v. décision de la Commission du 2 avril 2013, State aid SA.35565 (2013/N) – United Kingdom Amendments to the Renewables Obligation (RO) scheme (C(2013) 1892 final), amendant la mesure autorisée par les nombreuses décisions mentionnées au pt. 3 ; pour une exonération de taxes en faveur des biocarburants, v. décision de la Commission du 17 décembre 2010, State aid N 539/2010 (SA.31782) – Sweden Amendments to a tax exemption for biofuels (C(2010) 9472 final), amendant à la marge la mesure autorisée par les nombreuses décisions mentionnées au pt. 2.

[1502] Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999, tel que modifié par le règlement (UE) n° 734/2013 du Conseil du 22 juillet 2013, préc., article 17 paragraphe 1.

[1503] Article 108, paragraphe 1, TFUE.

[1504] Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999, tel que modifié par le règlement (UE) n° 734/2013 du Conseil du 22 juillet 2013, préc., article 18, paragraphe 1.

observations[1505] et si les doutes sur la compatibilité des mesures en cause persistent, la Commission peut adresser une recommandation proposant l'adoption de mesures utiles. La proposition a pour but de mettre en conformité la mesure concernée avec le marché intérieur en la modifiant, en la supprimant ou en imposant des exigences d'ordre procédural nouvelles[1506]. Formellement, elle n'est qu'une recommandation qui ne produit pas d'effets contraignants à l'endroit de l'État membre destinataire[1507]. Ce dernier dispose alors de deux options. Soit il accepte la proposition et se trouve alors tenu de la respecter, l'expression de ce consentement conférant un effet contraignant aux mesures utiles[1508]. La question de savoir si cette acceptation vaut décision de la Commission, notamment sur la compatibilité de l'aide, reste posée à ce jour[1509]. Un tel effet pourrait être admis dans trois affaires à ce jour pendantes[1510] si l'on se réfère à la position de l'avocat général[1511]. Soit l'État membre rejette la proposition et la Commission peut ouvrir une procédure de contrôle sur la base du paragraphe 2 de l'article 108 pour l'amener à s'exécuter[1512]. Ainsi, cette procédure met en place une forme d'engagement quasi contractuel[1513].

793. Là encore, il est important de tenir compte de la pratique concrète de la Commission, car elle s'éloigne du cadre formel de son pouvoir. Il est vrai qu'à la lecture du règlement de procédure, les motifs de déclenchement de la procédure, de même que le contenu des propositions de mesures utiles, restent fort indéterminés[1514] En revanche, la lettre de ce règlement semble impliquer une relation bilatérale entre la Commission et un État, au sujet

---

[1505] *Ibid.*, article 17, paragraphe 2.

[1506] *Ibid.*, article 18, paragraphe 1. Les exigences procédurales peuvent être, par exemple, la notification d'aides individuelles octroyées sur la base d'un régime auparavant autorisé globalement.

[1507] TPICE, 22 octobre 1996, *Salt Union/Commission*, T-330/94, Rec. p. II-1475, pt. 35.

[1508] Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999, tel que modifié par le règlement (UE) n° 734/2013 du Conseil du 22 juillet 2013, préc., article 19 paragraphe 1.

[1509] À ce sujet, G. CONTE, « The EC Rules Concerning Existing Aid : Substantial and Procedural Aspects », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, *op. cit.*, p. 289, spéc. pp. 298-299.

[1510] CJUE, *Commission/Conseil*, C-111/10, affaire en cours ; CJUE, *Commission/Conseil*, C-117/10, affaire en cours ; CJUE, *Commission/Conseil*, C-118/10, affaire en cours.

[1511] Concl. P. MENGOZZI sous l'affaire en cours CJUE, *Commission/Conseil*, C-117/10, présentées le 17 janvier 2013, pts. 60-73.

[1512] Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999, tel que modifié par le règlement (UE) n° 734/2013 du Conseil du 22 juillet 2013, préc., article 19 paragraphe 1, article 19 paragraphe 2 ; v., généralement, sur cette procédure, J.-P. KEPPENNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, *op. cit.*, n°s 238-243 ; M. DONY, F. RENARD, C. SMITS (collab.), *Contrôle des aides d'État*, *op. cit.*, n°s 740-748 ; A. SANTA MARIA (dir.), *Competition and State Aid : An Analysis of the EC Practice*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law international, 2007, pp. 103-117.

[1513] On parle également d'une procédure *« moins unilatérale que consensuelle »* : L. GRARD, « Aides d'État – Procédures de contrôle », *op. cit.*, n° 15. Pour une critique de ce procédé, v. M. WAELBROECK, « Les propositions de mesures utiles : une nouvelle source de droit communautaire ? », *in Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, ÉUB, 2003, p. 217, spéc. n° 4, selon qui ce mode de formation du droit de l'Union serait contraire à l'esprit de l'ordre juridique de l'Union dans lequel la contrainte juridique procède nécessairement de pouvoirs constitués par le traité.

[1514] Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999, tel que modifié par le règlement (UE) n° 734/2013 du Conseil du 22 juillet 2013, préc., article 18.

d'une mesure donnée : il est en effet question d'adresser des mesures utiles à *« l'État membre concerné »*, au sujet d'*« un régime d'aides existant »*[1515]. Toutefois, la Commission n'hésite pas à recourir à la doctrine administrative pour proposer des mesures utiles.

794. En effet, si la doctrine administrative est valable pour apprécier les aides à l'environnement nouvelles, elle sert également à poser les critères de compatibilité des mesures existantes. La Commission peut en effet estimer nécessaire de reconsidérer certaines aides à l'environnement existantes lorsqu'une révision de la doctrine impose des conditions de compatibilité nouvelles et plus restrictives que celles sur la base desquelles elles ont été originellement autorisées. Une telle pratique vise à assurer l'égalité de traitement en appliquant immédiatement les règles nouvelles de compatibilité aux situations qui sont nées sous l'empire des règles précédentes[1516]. La nouvelle doctrine est ainsi adressée à tous les États membres à titre de mesures utiles. En attestent l'encadrement de 2001 et les lignes directrices de 2008 : certaines des dispositions finales de ces actes sont fondées sur le paragraphe premier de l'actuel article 108 TFUE et invitent les États à adapter leurs aides environnementales en fonction des nouvelles dispositions de l'encadrement, tout en fixant elles-mêmes les conditions de délais dans lesquelles ils doivent exprimer leur consentement et les conséquences de leur silence[1517].

795. Bien qu'il s'agisse là d'une interprétation très libre du règlement de procédure, la Cour a validé cette pratique au sujet d'une doctrine administrative non environnementale. Elle juge en effet que *« lorsqu'elles sont fondées sur [l'article 108, paragraphe 1, TFUE], ces lignes directrices représentent un élément de la coopération régulière et périodique dans le cadre de laquelle la Commission procède avec les États membres à l'examen permanent des régimes d'aides existants et leur propose les mesures utiles exigées par le développement progressif ou le fonctionnement du marché commun […]. Dans la mesure où ces propositions de mesures utiles sont acceptées par un État membre, elles ont un effet contraignant à l'égard de cet État membre »*[1518].

[1515] *Ibid.,* chapitre V.

[1516] J.-P. KEPPENNE, *op. cit.*, n°s 212-213 ; v., également, J.-Y. CHÉROT, *Les aides d'État dans les Communautés européennes*, *op. cit.*, pp. 99-100.

[1517] Encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pts. 75-78 ; lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts . 200-201 ; dans l'encadrement de 1994, la Commission s'est contenté d'annoncer un réexamen des aides environnementales existantes qui pourrait être suivi de propositions de mesures utiles : encadrement communautaire des aides d'État à l'environnement (94/C 72/03), préc., pt. 4.2.

[1518] CJCE, 18 juin 2002, *Allemagne/Commission*, C-242/00, préc., pt. 28 ; v., auparavant, CJCE, 15 octobre 1996, *IJssel-Vliet*, C-311/94, Rec. p. I-5023, pts. 36-37 et 42-43 ; CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne/Commission*, C-288/96, Rec. p. I-8237, pts. 62-65 ; v., également, M. WAELBROECK, « Les propositions de mesures utiles : une nouvelle source de droit communautaire ? », *op. cit.*, n°s 7-9.

796. Dans ces conditions, la procédure de contrôle des aides existantes prend alors une autre dimension. La doctrine administrative sert de support à l'énonciation de nouveaux critères de compatibilité applicables à *tous* les régimes d'aides à la protection de l'environnement existant dans *tous* les États membres[1519]. Elle permet à la Commission de régir globalement des pans entiers des législations environnementales nationales dans l'Union, du moment où ils répondent à la définition des aides existantes. Il est vrai, dans l'absolu, que les États membres ont toujours la possibilité de refuser les mesures utiles qui leur sont proposées par la Commission. Néanmoins, celle-ci dispose alors d'un moyen de contrainte très puissant : elle n'hésite pas à ouvrir une procédure de contrôle à l'endroit de toutes les mesures d'aides de la catégorie considérée. Si nous n'avons pas connaissance de l'exécution de cette stratégie dans le domaine environnemental, ce moyen de sanction, si ce n'est de rétorsion, a été utilisé avec succès dans d'autres domaines[1520]. En somme, les actes utilisés ainsi que les moyens de leur sanction font que le contrôle des aides existantes n'est plus individuel, mais général. La procédure du paragraphe premier de l'article 108 est utilisée pour obtenir des changements simultanés de toutes les mesures environnementales pratiquées par les États membres[1521].

797. Les États membres se trouvent alors dans l'obligation d'adapter tous les instruments économiques de la protection de l'environnement lorsque la Commission adresse sa doctrine administrative à titre de mesures utiles, sauf à subir un réexamen généralisé de leurs politiques nationales. Par ailleurs, dès que les États ont exprimé leur consentement, la Commission s'assure que l'acceptation des mesures utiles est bien suivie d'effets et n'hésite pas à ouvrir des procédures de contrôle particulières pour rappeler les États membres à leurs obligations[1522]. En théorie, un moyen pour l'État membre de faire obstacle à cette contrainte

---

[1519] M. HEIDENHAIN(dir.), *European State Aid Law*, *op. cit.*, p. 674.

[1520] Certains auteurs mentionnent ainsi le cas des lignes directrices relatives aux aides à l'industrie automobile et peuvent relativiser ce myen de pression au motif qu'elle n'était réaliste que lorsqu'une majorité d'États membres acceptent les mesures utiles, qui du reste sont élaborées dans le contexte de la coopération permanente entre la Commission et les autorités nationales : v. J.-P. KEPPENNE, *op. cit.*, n° 242 et note 47 de bas de page 194 ; M. BLAUBERGER, « From Negative to Positive Integration ? European State Aid Control Through Soft and Hard Law », *op. cit.*, p. 18.

[1521] A. SANTA MARIA (dir.), *Competition and State Aid : An Analysis of the EC Practice*, *op. cit.*, p. 116.

[1522] V., par exemple, le cas de la Suède, qui avait introduit une exonération à une taxe environnementale avant son adhésion à l'Union. Lors de l'adoption de l'encadrement communautaire des aides à l'environnement de 2001, cet État membre avait accepté les mesures utiles qu'il contenait. L'exonération fiscale n'ayant pas été adaptée en conséquence, la Commission a ouvert la procédure de contrôle pour la période suivant l'entrée en vigueur de l'encadrement : décision 2005/468/CE de la Commission du 30 juin 2004, préc., pts. 8 et 32. V., également, le cas de la Belgique qui avait aussi accepté les mesures utiles prévues dans l'encadrement de 2001, ce qui a permis à la Commission d'apprécier des mesures d'aides au regard de cet encadrement, alors qu'elle avait déjà autorisé le régime qui est était à l'origine sous l'empire de l'encadrement précédent : décision 2005/164/CE de la Commission du 8 septembre 2004, concernant l'aide d'État que la Belgique envisage de mettre à exécution en faveur de Stora Enso Langerbrugge (JO L 53 du 26 février 2005, p. 66), pt. 45.

serait de supprimer ou de réformer ces instruments pour qu'ils échappent au droit des aides. On se doute que cette solution alternative n'est pas en pratique toujours réaliste.

798. Il paraît indiqué de rependre ici la comparaison avec l'harmonisation environnementale. Il a été souligné ci-dessus que l'aspect qui la distinguait le plus clairement de l'encadrement était que ce dernier ne pouvait pas aboutir à des obligations de faire. Or, si la doctrine administrative ne s'impose aux mesures nouvelles que dans l'hypothèse où les États choisissent d'agir, cette même doctrine s'impose aux États qui ont déjà agi lorsqu'elle est adoptée à titre de mesures utiles. S'il est vrai que même dans cette seconde hypothèse, cette doctrine ne produit aucune obligation de faire, cette considération paraît superflue : les États ont agi et un certain nombre de facteurs politiques et économiques peuvent les empêcher de revenir sur les instruments environnementaux existants. Concrètement, les mesures utiles permettent alors à la Commission d'imposer des réformes globales aux États membres. Dans cette circonstance, la contrainte procédant du droit des aides devient très proche de l'harmonisation : une directive relative aux instruments économiques de la protection de l'environnement et ses révisions ultérieures ne produiraient pas une contrainte très différente.

799. En tout état de cause, on mesure bien les conséquences de l'exercice extensif par la Commission de son pouvoir d'encadrement. Cet exercice extensif conduit en pratique au développement de nombreux actes déterminant le régime juridique des instruments économiques de la protection de l'environnement. Quand bien même certains de ces actes ne sont prévus par le traité, ils ont acquis, notamment grâce à une certaine permissivité du juge, une force contraignante qui, sans pouvoir être tout à fait assimilée à celle découlant du pouvoir d'harmonisation, n'en est pas très éloignée. Au regard de ces considérations, on peut considérer que l'encadrement est utilisé comme un moyen détourné de réglementer certaines matières. Il vient s'ajouter à l'harmonisation pour réglementer les instruments économiques de la protection de l'environnement.

800. Il s'agit là d'un schéma général, applicable dans tout le domaine environnemental, qu'il soit ou non harmonisé. Pour prolonger l'analyse, il est possible de se pencher plus en détail sur la sanction de l'encadrement dans le domaine harmonisé. Dans cette hypothèse, les frontières entre l'harmonisation et l'encadrement s'estompent, aboutissant à une véritable confusion.

V., pour un autre exemple, décision de la Commission du 10 juin 2008, State aid N 47/2008 – Austria – Modification of feed-in tariffs for electricity from renewable sources Under the Austrian Green Electricity Act, (C(2008) 2749), pt. 30.

Section II) La confusion des actes de l'encadrement et des actes de l'harmonisation dans le domaine environnemental

801. Il existe un intérêt réel à compléter l'étude de la réglementation générale des aides à l'environnement en s'attachant au contexte précis où elle est appliquée dans le domaine harmonisé. L'objet de ces développements est de démontrer que cette réglementation s'apparente à une quasi-harmonisation du domaine environnemental. Or, précisément, dans le domaine environnemental harmonisé, on assiste à une confusion entre le pouvoir d'encadrement et d'harmonisation. Certes, là encore, il convient de ne pas assimiler totalement ces deux ensembles de règles, puisqu'ils ne sont pas adoptés par les mêmes institutions, ils ne sont pas contenus dans des actes équivalents et ils ne produisent pas exactement les mêmes effets. Néanmoins, une analyse très concrète, s'attachant à la façon dont le pouvoir d'encadrement est déployé, relativise cette distinction. Tout d'abord, d'un point de vue matériel, le régime des aides à l'environnement peut être utilisé pour compléter l'harmonisation environnementale (I). Ensuite, d'un point de vue procédural, le pouvoir d'encadrement est un moyen de sanctionner l'harmonisation environnementale (II).

I) Le pouvoir d'encadrement, moyen de compléter le contenu de l'harmonisation environnementale

802. Dans les actes généraux déterminant le régime juridique des aides à l'environnement, la Commission peut parfois développer des règles qui concernent explicitement les mesures nationales harmonisées. Or, à l'analyse, ces règles servent à compléter l'harmonisation en vue d'assurer la libre concurrence. Deux exemples peuvent être développés : celui des directives relatives à la promotion de l'énergie SER (A) et celui des directives relatives à l'harmonisation des droits d'accises sur les produits énergétiques et l'électricité (B).

A) L'exemple des directives relatives à la promotion de l'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables

803. Le domaine des énergies SER est un bon exemple de la confusion entre les pouvoirs d'harmonisation et d'encadrement. Pour le démontrer, il convient de préciser brièvement les orientations de la politique de l'Union en cette matière.

804. La politique de l'Union en faveur des énergies SER trouve son origine dans la prise de conscience que le secteur de l'énergie contribue de façon importante aux émissions de GES et à la surexploitation des ressources naturelles. À la suite des négociations internationales visant à lutter contre réchauffement climatique[1523], l'Union a adopté des objectifs ambitieux en matière de production d'énergies SER et d'économies d'énergie[1524]. Les politiques environnementales et de l'énergie sont ainsi intimement liées[1525], ce qui s'explique également par des facteurs historiques : avant que le traité de Lisbonne ne consacre une politique de l'énergie de l'Union à l'article 194 TFUE, une action supranationale substantielle en cette matière a été menée de façon pragmatique en recourant à tous les moyens d'action pertinents[1526] et notamment en mobilisant largement la base juridique de la politique de l'environnement[1527]. Bien qu'il y ait eu un certain recentrage des actes de l'Union sur la base juridique de l'article 194 TFUE depuis la consécration de la politique de l'énergie[1528], cette interaction reste valable, et l'on a pu noter qu'il subsistait une relative inféodation du domaine énergétique à la politique environnementale[1529]. Quoi qu'il en soit, cette politique en faveur des énergies SER, et tout particulièrement de l'électricité, doit également prendre en compte les exigences de l'intégration économique depuis l'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence[1530]. Il s'agit de réaliser un équilibre entre les nécessités du développement des énergies SER et l'impératif de maintien de la concurrence sur le marché de l'énergie.

805. À cette fin, le législateur de l'Union a adopté la directive 2001/77 relative à la promotion de l'électricité SER[1531]. Cette dernière tient compte des particularités de cette

---

[1523] Ces engagements procèdent principalement à la Conférence de Rio de 1992 qui a débouché, notamment, sur l'adoption du Protocole de Kyoto de 1997. À cet égard, v. Y. PETIT, « Environnement », *Répertoire Dalloz de droit international*, n°s 17-19 et 119 et s ; A. KISS, J.-P. BEURIER, *Droit international de l'environnement*, 4ème éd., Paris, Pedone, 2010, pp. 298-307.

[1524] V., notamment, document du Conseil du 2 mai 2007, Conseil européen de Bruxelles, 8-9 mars 2007, conclusions de la Présidence, 7224/1/07 REV 1, pts. 27 et s. ; communication de la Commission du 23 janvier 2008, Deux fois 20 pour 2020, saisir la chance qu'offre le changement climatique (COM(2008) 30 final) ; D. DELALANDE, « La lutte contre le changement climatique », *in* Y. PETIT (dir.), *Droit et politiques de l'environnement*, Paris, la Documentation française, 2009, notice n° 14.

[1525] Il n'est pas exclu, que le développement des énergies SER soit fondé sur la politique environnementale de l'Union : v. le c) du paragraphe 3 de l'article 192 TFUE. La base juridique de la politique de l'énergie, quant à elle, mentionne également les énergies SER : v. le c) du paragraphe 1 de l'article 194 TFUE.

[1526] Y. PETIT, « À la recherche de la politique européenne de l'énergie », *RTD eur*., 2006, n° 4, p. 593.

[1527] C. BLUMANN, « Les compétences de l'Union européenne dans le domaine de l'énergie », *RAE*, 2009-2010, n° 4, p. 737, spéc. pp. 737 à 741.

[1528] P. THIEFFRY, « Les politiques européennes de l'énergie et de l'environnement : rivales ou alliées ? », *RAE*, 2009-2010, n° 4, p. 783.

[1529] Y. PETIT, « Énergie et environnement », *op. cit.*

[1530] Directive 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (JO L 27 du 30 janvier 1997, p. 20), abrogée par la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (JO L 176 du 15 juillet 2003, p. 37).

[1531] Directive 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001, préc.

marchandise, dont la production et le commerce sont souvent locaux, en plus d'être généralement subventionnés par des régimes nationaux divers en raison de coûts de production élevés. Dans le contexte de la libéralisation du marché de l'énergie, la directive cherche à promouvoir les échanges entre les États membres et à encourager l'accès de tous les producteurs de l'Union aux régimes nationaux de subventionnement afin de créer un marché de l'énergie SER au sein du marché intérieur de l'énergie[1532]. Dans le même temps, cette directive encourage et sécurise le développement de l'électricité SER en faisant obligation aux États membres de définir des objectifs nationaux en la matière et de mettre en place des régimes de soutien[1533]. Pour autant, le cadre législatif pour le marché des énergies renouvelables ainsi mis en place ne procède qu'à une harmonisation limitée car il a semblé prématuré de définir des règles communes pour les régimes nationaux de soutien, l'expérience en la matière restant trop limitée[1534]. La directive laisse aux États le soin de définir la forme précise et les modalités de ces régimes de soutien. Le bon fonctionnement du marché intérieur de l'électricité n'est donc que très partiellement assuré par cet acte législatif : si ce dernier facilite le libre-échange, la subsistance de la diversité des régimes nationaux pourrait être une source de distorsions entre les entreprises établies dans les divers États membres. Par la suite, la directive 2001/77 a été abrogée par la directive 2009/28 afin de tenir compte de l'engagement de parvenir aux nouveaux objectifs de l'Union pour le développement des énergies SER[1535]. Si cette seconde directive impose désormais aux États de définir des objectifs nationaux contraignants et contient une définition générale de la notion de régime d'aide, les modalités concrètes de ces régimes ne sont toujours pas précisées par le législateur[1536].

806. Dans ces conditions, les directives sur la promotion des énergies SER déclenchent l'application de l'article 107 TFUE. En effet, elles obligent les États à adopter des régimes de soutien qui peuvent consister en réalité en des instruments économiques, tout en leur laissant

---

[1532] B. LE BAUT-FERRARESE (dir.), I. MICHALLET (collab.), *Traité de droit des énergies renouvelables*, 2ème éd., Paris, Éd. du Moniteur, 2012, pp. 331 et s ; M. WEMAËRE, D. GRIMEAUD, « La promotion des énergies renouvelables à l'aune du droit communautaire des aides d'État », *Gaz. Pal.*, 2006, n° 19, p. 23. La directive a notamment instauré un régime commun de garanties d'origine, permettant de certifier la nature renouvelable de l'électricité et son origine géographique : directive 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001, préc., article 5.

[1533] *Ibid.*, article 3.

[1534] *Ibid.*, considérants 13 et 15.

[1535] Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009, préc., notamment considérant 8 ; à ce sujet, v. J. GIRARD, « Instruments de flexibilité pour promouvoir les énergies renouvelables : garanties d'origine transférables ou certificats de comptabilisation de transfert ? », *BDEI*, 2009, n° 19, p. 53 ; pour les objectifs, v. document du Conseil du le 2 mai 2007, Conseil européen de Bruxelles 8-9 mars 2007 – conclusions de la Présidence, préc., pts. 27 et s.

[1536] Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009, préc., article 2 k) et article 3.

à cette fin une importante marge de manœuvre pour en déterminer la forme et les modalités précises[1537]. La conformité avec le droit de l'Union des régimes qui remplissent les conditions pour être qualifiés d'aides dépend dès lors d'une appréciation de la Commission sur la base du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE.

807. Or, précisément, la Commission a développé, au fil de sa pratique, un régime spécifique aux aides à l'énergie SER. Cette évolution se caractérise, tout d'abord, par un élargissement de la définition de la protection de l'environnement qui détermine le champ d'application de la doctrine administrative. À l'origine de la politique de la Commission, les aides dans le domaine de l'énergie n'étaient pas considérées comme réalisant des objectifs environnementaux et, du reste, ne pouvaient pas bénéficier de la dérogation du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE[1538]. Il faut attendre le début des années 1990 pour trouver les premières traces d'une intégration des aides à l'énergie verte dans la politique de la Commission en matière d'aides à l'environnement[1539]. La consécration est finalement réalisée par l'encadrement de 1994 qui intègre définitivement les questions énergétiques dans la doctrine administrative environnementale[1540]. Dans l'encadrement de 2001, puis dans les lignes directrices de 2008 et le RGEC, cette intégration se concrétise par une définition de la notion de protection de l'environnement élargie aux mesures en faveur de l'énergie verte[1541]. Les lignes directrices de 2008 vont même plus loin en se présentant comme un instrument de la réalisation des objectifs de l'Union en matière d'énergie SER et d'économies d'énergie[1542]. Ainsi, en écho à la politique énergétique du législateur de l'Union, il existe en droit des aides d'État une relative inféodation du domaine énergétique à la politique environnementale.

[1537] V. *supra*, n° 620.

[1538] V., par exemple, décision 86/60/CEE de la Commission du 14 décembre 1985, relative à l'aide accordée par le Land de Rheinland-Pfalz (République fédérale d'Allemagne) à un producteur d'aluminium de première fusion établi à Ludwigshafen (JO L 72 du 15 mars 1986, p. 30), p. 32 ; décision 87/16/CEE de la Commission du 23 avril 1986, relative à un projet d'aide du gouvernement italien en faveur d'une entreprise opérant dans le secteur de la chimie (JO L 12 du 14 janvier 1987, p. 27) p. 30 ; décision 86/593/CEE de la Commission du 29 juillet 1986, relative à un projet d'aide à accorder par le gouvernement belge en faveur des investissements réalisés par un fabricant de verre plat établi à Auvelais (JO L 342 du 5 décembre 1986, p. 32), pp. 34-35 ; décision 87/303/CEE de la Commission du 14 janvier 1987, relative à un prêt du Fonds industriel de modernisation (FIM) en faveur d'une entreprise du secteur fabrication de bières (JO L 152 du 12 juin 1987, p. 27), p. 29.

[1539] Commission européenne, *XX*[ème] *Rapport sur la politique de concurrence (1990)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1991 pts. 290-291 ; Commission européenne, *XXIII*[ème] *Rapport sur la politique de concurrence (1993)*, *op. cit.*, pts. 422, 424-425, et 432.

[1540] Encadrement communautaire des aides d'État à l'environnement (94/C 72/03), préc., pt. 2.3.

[1541] Encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pt. 6 ; lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 70 1), 2), 5) et 9) ; règlement 800/2008 CE de la Commission du 6 août 2008, préc., paragraphes 1 et 2 de l'article 17.

[1542] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts 1-4.

808. Concrètement, cette intégration se traduit par l'aménagement de dispositifs d'aides spécifiques qui instaurent des conditions de compatibilité exorbitantes du droit commun des aides d'État : les lignes directrices aménagent, de façon tout à fait exceptionnelle, la possibilité de verser des aides au fonctionnement[1543], ce qui démontre bien le caractère prioritaire du développement de l'énergie SER[1544]. Il s'agit de permettre aux États membres de remédier directement au problème des barrières à l'entrée que les énergies vertes sont supposées rencontrer[1545] : les aides au fonctionnement ont pour but de compenser directement par des fonds publics la différence de coût entre l'énergie SER et l'énergie conventionnelle, étant toutefois entendu que ce soutien n'est que provisoire car il doit prendre fin lorsque les installations aidées ont été amorties[1546].

809. Ainsi, on peut considérer que la Commission aligne sa politique en fonction de l'évolution de l'harmonisation environnementale. Elle assure que les objectifs de la législation de l'Union ne soient pas annihilés par une interdiction sur la base de l'article 107 TFUE des mesures nationales d'exécution qu'elle appelle. Il faut toutefois prolonger l'analyse. En effet, la Commission n'accorde aucun blanc-seing aux États membres. Si sa doctrine administrative autorise les aides aux énergies SER, c'est aussi pour mieux les réglementer.

810. Cela se vérifie si l'on s'attache aux critères posés par le dispositif relatif aux aides au fonctionnement pour la production d'énergies renouvelables aménagé par l'encadrement de 2001 puis les lignes directrices de 2008. Ce dispositif prévoit que les États membres peuvent

---

[1543] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 120-125.

[1544] En effet, les aides au fonctionnement, définies comme des *« aides qui visent à libérer une entreprise des coûts qu'elle aurait dû normalement supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales »* (CJCE, 19 septembre 2000, *Allemagne/Commission*, C-156/98, Rec. p. I-6857, pt. 30 ; CJUE, 24 novembre 2011, *Italie/Commission*, C-458/09 P, non encore publié au Recueil, pt. 63) sont en principe exclues du bénéfice de la compatibilité (CJCE, 19 septembre 2000, *Allemagne/Commission*, C-156/98, préc., pt. 90 ; TPICE, 8 juin 1995, *Siemens/Commission*, T-459/93, Rec. p. II-1675, pt. 48 ; TPICE, 4 mars 2009, *Italie/Commission*, T-424/05, Rec. p. II-23*, Pub.somm., pt. 190) car elles *« faussent les conditions de concurrence dans les secteurs où elles sont octroyées sans pour autant être capables, par leur nature même, d'atteindre un des buts fixés par les dispositions dérogatoires [du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE] »* (TPICE, 8 juin 1995, *Siemens/Commission*, préc., pt. 48, confirmé sur pourvoi par CJCE, 15 mai 1997, *Siemens/Commission*, C-278/95 P, Rec. p. I-2507) ; v. M. DONY, collab. F. RENARD, C. SMITS, *Contrôle des aides d'État*, *op. cit.*, n°s 311-313.

[1545] La doctrine administrative et le RGEC aménagent par ailleurs des dispositifs d'aides à l'investissement : lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 94 et s., 101 et s., 112 et s. et 120 et s. ; règlement 800/2008 de la Commission du 6 août 2008, préc., articles 21, 22 et 29. Sur l'évolution et la consolidation du régime des aides à l'énergie en général, v. F. B. KRIEGLSTEIN, « Renewable Energy Schemes and EC State Aids Provisions », *EELR*, 2001, n° 2, p. 51 ; B. DELVAUX, « The EC State Aid Regime regarding Renewables : Opportunities and Pitfalls », *EELR*, 2003, n° 4, p. 103 ; sur le régime en l'état du droit positif, v. C. JONES (dir.), *EU Energy Law – Volume II – EU Competition Law and Energy Markets*, *op. cit.*, n°s 5.433 et s.

[1546] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 47-51, 99 et s., 107 et s. et 119 et s ; v., antérieurement, encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pts. 54 et s.

recourir à plusieurs options pour financer l'énergie verte. Une de ces options prévoit une méthode précise de calcul du montant des aides : les États membres peuvent compenser directement la différence de coût entre l'énergie verte et l'énergie conventionnelle[1547]. Une autre option ouvre deux sous-options, permettant aux États d'adopter soit une aide progressivement dégressive sur cinq ans, qui compense la totalité des surcoûts la première année pour disparaître la dernière année, soit une aide linéaire couvrant la moitié des surcoûts[1548]. Enfin, une dernière option autorise les États membres à recourir à des mécanismes de marché, notamment des certificats verts. Dans cette hypothèse, la Commission admet que le montant de l'aide soit déterminé par le libre fonctionnement du marché mais aussi, de façon exceptionnelle en droit des aides d'État, que la démonstration de la nécessité de l'aide soit faite globalement au niveau du marché des énergies renouvelables, et non à celui des entreprises bénéficiaires[1549]. Chacune de ces options comprend des critères précis de détermination de l'aide visant à s'assurer qu'elles ne conduisent pas à une surcompensation avantageant indûment les entreprises.

811. Si ces dispositifs d'aides aux énergies SER sont considérés dans le contexte de l'exécution nationale des directives relatives au développement de ces mêmes énergies, on perçoit bien le rôle quasi harmonisateur du droit des aides d'État. Là où le législateur environnemental a renoncé à définir des règles communes relatives aux modalités concrètes des régimes de soutien, la Commission intervient. En définissant le régime des aides au fonctionnement pour la production d'énergies renouvelables, elle encadre les mesures nationales d'exécution des directives sur les énergies SER par l'ajout de conditions que ces dernières ne prévoient pas. Alors qu'en vertu des directives, l'État membre dispose d'une marge de choix pour établir son régime de soutien, il ne peut finalement recourir qu'à trois options — dont une apparemment plus favorable — s'il veut bénéficier d'une présomption de compatibilité avec l'article 107 TFUE. Ceci se vérifie dans les décisions sanctionnant la

[1547] Encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pts. 58-60 ; lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 109. L'encadrement de 2001 prévoyait également la possibilité de déterminer leurs aides en fonction des *« coûts externes évités »*, c'est-à-dire *« les coûts environnementaux que la société devrait supporter si la même quantité d'énergie était produite par une installation de production fonctionnant avec des énergies conventionnelles »* (v. pts. 63-64) mais cette option a été abandonnée dans les lignes directrices de 2008.

[1548] Encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pt. 65 renvoyant aux pts. 45-46 ; lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 111 renvoyant au pt. 100.

[1549] Encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pts. 61-62 ; lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 110 ; v., à ce sujet, A. ALEXIS, « Protection de l'environnement et aides d'État : la mise en application du principe pollueur-payeur », *op. cit.*, p. 637. V, généralement, sur ces options, M. WEMAËRE, D. GRIMEAUD, « La promotion des énergies renouvelables à l'aune du droit communautaire des aides d'État », *op. cit.*, pp. 67-68.

doctrine à l'encontre des mesures nationales d'exécution, qu'il s'agisse d'exécuter l'encadrement de 2001 dans le cadre de la directive 2001/77[1550] ou les lignes directrices de 2008 dans le cadre de la directive 2009/28[1551]. En bref, l'encadrement vient ajouter des règles communes à celles déjà établies par le législateur.

812. Ces observations permettent finalement de reconsidérer l'application de l'encadrement dans le domaine harmonisé. Intuitivement, on peut penser que le législateur préfère éviter d'exposer les mesures nationales d'exécution de ses directives à la sanction de l'article 107 TFUE car cela pourrait porter atteinte à l'efficacité de sa politique. L'exemple des directives sur la promotion de l'énergie SER démontre au contraire que cette situation peut parfois être jugée nécessaire. Il est en effet clairement prévu par le législateur que le droit des aides d'État permet d'ajouter une strate de réglementation afin de conformer les régimes de soutien avec les exigences de la concurrence. Au douzième considérant de la directive 2001/77, il est ainsi indiqué que *« la nécessité d'une aide publique en faveur des sources d'énergie renouvelables est admise dans l'encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement [de 2001] »*[1552]. Toutefois, ajoute le législateur, les *« [articles 107 et 108 TFUE] continueront […] à s'appliquer à ces aides publiques »*.

813. Ce choix s'explique par le contexte particulier de cette harmonisation. Le législateur de l'Union est intervenu alors que différentes formes d'instruments économiques à la protection de l'environnement étaient déjà pratiquées par les États membres. Il disposait alors de deux options pour assurer au mieux l'égalité des conditions de concurrence. Soit il choisissait la subsidiarité et laissait les États membres définir leurs propres régimes tout en les ouvrant sans discrimination à tous les producteurs de l'Union, mais il courait alors le risque de laisser subsister des distorsions, pouvant notamment inciter les entreprises à se tourner vers les régimes les plus favorables. Soit il définissait un régime harmonisé de soutien aux énergies SER. En raison du manque d'expérience sur l'efficacité relative des diverses formes de régimes nationaux, il a préféré recourir à la première option[1553]. Toutefois, il était précisé

[1550] V., pour une application de la première option : décision de la Commission du 4 juillet 2006, State aid NN 162/A/2003 and State aid N 317/A/2006, pts. 67-72 ; décision de la Commission du 22 décembre 2006, N 432/2006, pp. 8-9 ; pour une application de la deuxième option : décision de la Commission du 23 juillet 2005, State aid N 362/2004, préc., spéc. p. 11.

[1551] V., pour un exemple de l'application de la première option : décision de la Commission du 12 janvier 2011, State aid SA.31236 (2011/N) – Ireland – Renewable Feed In Tariff (C(2012) 8 final), pts. 55-62 ; pour un exemple de l'application de la deuxième option : décision de la Commission du 13 juillet 2011, State aid SA. 33134 2011/N, préc., pts. 58-75.

[1552] V., également, la note 1 de page 46, annexe I, de la directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009, préc.

[1553] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité, 10 mai 2000 (COM(2000) 279

que cela ne signifiait pas une absence de réglementation au niveau de l'Union. La Commission pouvait contrôler ces mesures au regard du droit des aides d'État, les dispositions de l'encadrement de 2001 révisé étaient censées *« facilit[er] le fonctionnement des régimes nationaux de soutien de l'électricité SER en mettant en place des règles claires et favorables »*[1554].

814. Ainsi, la solution retenue par le pouvoir d'harmonisation environnementale est de se décharger volontairement sur le pouvoir d'encadrement pour garantir à la fois la diversité des mesures nationales et un contrôle de leur conformité avec le marché intérieur. Il revient à la Commission de poser les règles communes qui assureront la compatibilité des mesures nationales d'exécution avec le marché intérieur. La relation entre les deux niveaux de normes est donc étroite : ils sont intimement liés et sont conçus afin de s'articuler pour assurer la conformité des actes nationaux avec les exigences du marché intérieur. Dans cette circonstance particulière, la confusion entre les deux corps de règles résulte du fait que la directive engendre, au préalable, une contrainte qui ne peut être crée par la doctrine administrative mais qui déclenche son applicabilité : les États membres ont l'obligation d'adopter des régimes de soutien. Dès lors, l'article 107 TFUE est susceptible de s'appliquer et le fait que les règles régissant les modalités de ces régimes soient posées dans la directive ou dans l'exercice du pouvoir d'encadrement ne fait guère de différence en termes de conformité au droit de l'Union.

815. Le domaine des énergies vertes n'est pas un exemple isolé. Cette superposition de strates normatives se vérifie également pour ce qui est des directives relatives à la taxation de l'énergie.

B) L'exemple des directives relatives à l'harmonisation des droits d'accises sur les produits énergétiques et l'électricité

816. L'action législative de l'Union dans le domaine des droits d'accises sur les produits énergétiques et l'électricité a toujours été cantonnée à l'harmonisation limitée. Alors que le rapprochement des impôts indirects relève de la procédure de décision à l'unanimité au Conseil et que les États membres ont manifesté des réticences à perdre leur liberté en la matière, l'édiction d'un cadre normatif souple est un moyen de favoriser le consensus[1555]. La

---

final) ; v., également, J. KRZEMINSKA, « Are support Schemes for Renewable Energies Compatible with Competition Objectives ? An Assessment of National and Community Rules », *op. cit.*, pp 154-157.

[1554] *Ibid.*, pp. 5-8.

[1555] Sur l'harmonisation des droits d'accises sur les produits énergétiques et l'électricité, v., généralement, D. BERLIN, « Fiscalité indirecte – Autres impôts – Droits d'accises – Droit d'apport », *op. cit.*, n°s 32 et s. ; du

Cour a d'ailleurs constaté que la directive 92/81/CEE concernant l'harmonisation des structures des droits d'accises sur les huiles minérales[1556] ne constituait qu'une harmonisation partielle de la matière[1557]. Cette approche semble perdurer : la directive 2003/96[1558] se contente elle aussi de définir les bases d'imposition des droits d'accises concernés et des niveaux *minima* de taxation. Il revient aux États de définir les prélèvements par lesquels ils entendent parvenir à ce résultat car ils doivent disposer de *« la flexibilité nécessaire pour définir et mettre en œuvre des politiques adaptées aux contextes nationaux »*[1559].

817. Le cadre harmonisé des droits d'accises sur l'énergie permet en particulier aux États d'introduire les différences de traitement fiscal caractéristiques de l'instrument économique que constitue la fiscalité environnementale : la directive autorise les États à moduler les droits d'accises en fonction de la qualité des carburants mais aussi à accorder des exonérations totales ou partielles pour les produits énergétiques « verts »[1560]. Elle les autorise également à aménager des exonérations justifiées par des motifs purement économiques, notamment en faveur des entreprises grandes consommatrices d'énergie[1561]. Les traitements privilégiés peuvent ainsi aboutir à des niveaux de taxation inférieurs aux niveaux *minima* harmonisés.

818. Dès lors que ces directives obligent les États à adopter des taxes tout en leur laissant une importante latitude pour les accompagner de réductions et d'exonérations particulières, elles créent les conditions de l'application du pouvoir d'encadrement aux actes nationaux d'exécution. Ainsi qu'il l'a été constaté auparavant, les États membres étaient tout à fait conscients de cette situation[1562]. En conséquence, ils ont amené la Commission à préciser sa position sur la compatibilité des aides qui pourraient être engendrées par l'exécution des directives sur les accises au moment de l'élaboration de la directive 2003/96. Outre la transmission par la Commission d'un document de travail à ce sujet[1563], il fut précisé, au moment de la négociation de la directive, que cette institution *« devrait tout mettre en œuvre pour veiller à ce que les mesures prises par les États membres conformément aux exonérations et réductions de taxe prévues dans la présente directive soient jugées compatibles avec les règles relatives aux aides d'État »*[1564]. En somme, les États membres

---

même auteur, *Politique fiscale*, vol. I, *op. cit.*, n°s 887 et s. ; A. MAITROT DE LA MOTTE, *Droit fiscal de l'Union européenne*, *op. cit.*, n°s 325-326 ; P. MARCHESSOU, « Accises », *op. cit.*, n°s 1-14.

[1556] Directive 92/81/CEE du Conseil du 19 octobre 1992, préc.

[1557] CJCE, 29 avril 2004, *Commission/Allemagne*, C-240/01, Rec. p. I-4733, pt. 40.

[1558] Directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003, préc.

[1559] *Ibid.*, considérants 9-11.

[1560] *Ibid.*, considérants 24-26 et articles 5, 15, paragraphe 1, et 16, paragraphe 1.

[1561] *Ibid.*, article 17, paragraphes 2 et 4.

[1562] V., *supra*, n° 600.

[1563] Commission Staff Working Paper du 24 octobre 2002, préc.

[1564] Document du Conseil du 3 avril 2003, 8084/03, Fisc 59, préc., p. 2.

semblaient assez réticents à ce que la Commission puisse remettre en cause sur la base du pouvoir d'encadrement les exonérations qui étaient prévues par la directive.

819. Cette dernière n'a cependant pas entendu renoncer à son pouvoir. Ainsi qu'elle l'a indiqué très explicitement dans une de ses décisions, *« la marge d'appréciation et le pouvoir discrétionnaire [qui lui sont accordés par le traité FUE] en ce qui concerne l'application des dérogations prévues à l'article [107], paragraphe 3, n'ont été restreints — et ne pourraient être restreints — d'aucune manière »*[1565] par les directives harmonisant les droits d'accises. De plus, le fait que ces dernières prévoient des exonérations ne saurait suffire à justifier leur compatibilité avec le droit des aides[1566]. Pour autant*, « la Commission n'exclut évidemment pas la possibilité qu'il y ait des cas conçus sur la base des directives et qui, en même temps, satisfassent aux exigences d'une concurrence loyale »*[1567]. Dans le document de travail rendu lors de la négociation de la directive 2003/87, elle renvoyait à cet égard aux dispositions de l'encadrement des aides à l'environnement de 2001[1568].

820. Il se trouve en effet que la Commission a introduit dans sa doctrine administrative des dispositions spécifiques aux aides sous forme d'exonérations fiscales. Or, tant dans l'encadrement de 2001 que dans les lignes directrices de 2008, certaines de ces dispositions sont spécialement consacrées aux taxes harmonisées[1569]. En substance, elles prévoient deux régimes, selon que le traitement fiscal dérogatoire concerné aboutit à une taxation inférieure ou non au niveau *minimum* harmonisé concerné. Le fait que ces dispositions interviennent en plus de l'harmonisation des droit d'accises est ici explicite : les lignes directrices de 2008 contiennent une définition du *« niveau minimum communautaire de taxation »* visant la directive 2003/96[1570]. Ainsi, de même qu'elle contient des dispositions applicables aux mesures nationales d'exécution des directives relatives au développement des énergies SER, la doctrine administrative sur les aides à l'environnement détermine le régime juridique des mesures fiscales nationales exécutant les directives harmonisant les droits d'accises sur les produits énergétiques. Ici encore, une strate de règles complète l'harmonisation environnementale et vient relativiser la marge nationale de manœuvre prévue par le législateur de l'Union. Pour le vérifier, il est possible de détailler le cas de quelques décisions

[1565] Décision 2008/715/CE de la Commission du 11 mars 2008, préc., pt. 50.
[1566] *Ibid*. pts. 45-47.
[1567] *Ibid*. pt. 48.
[1568] Commission Staff Working Paper du 24 octobre 2002, préc., pp. 4-5.
[1569] Encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pts. 49-53 ; lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 153. Sur ce régime, v. D. BOESHERTZ, « Community state aid Policy and energy taxation », *EC Tax Rev.*, 2003, n° 4, p. 214, pp. 217-218 ; A. KLIEMANN, « Aid for Environmental Protection », *op. cit.*, pp. 336 et s.
[1570] *Ibid*., pt. 70 15).

par lesquelles la Commission a contrôlé les mesures des États ayant recours aux dérogations prévues par les directives.

821. À cet égard, on peut prendre l'exemple des exonérations de taxes sur la consommation de produits énergétiques par les entreprises grandes consommatrices d'énergie autorisées par l'article 17 de la directive 2003/96. Un premier régime, consacré au paragraphe 1 de cette disposition, prévoit que des réductions de taxes peuvent être accordées du moment qu'elles respectent les niveaux *minima* de taxation. Dans une décision, la Commission avait été saisie d'une mesure nationale accordant à des entreprises grandes consommatrices d'énergie un remboursement d'une part de la taxe environnementale acquittée. Après avoir constaté que la mesure en question relevait d'un impôt harmonisé[1571], la Commission s'est enquis du respect des dispositions pertinentes de sa doctrine. En l'espèce, l'encadrement de 2001 était applicable. Ses dispositions prévoyaient deux critères principaux de compatibilité[1572]. En particulier, le second critère indiquait que la réduction d'impôts devait être provisoire et durer au plus 10 ans. Dès lors, ce n'est qu'après avoir vérifié que le rebroussement concerné n'était valable que pour 5 ans qu'elle a admis la compatibilité de l'exonération[1573]. Dans une seconde décision, il était question de la mesure d'un État souhaitant faire usage de la possibilité offerte par le paragraphe 2 de l'article 17 de la directive 2003/96 d'exonérer totalement de taxes les entreprises grandes consommatrices d'énergie, par dérogation aux dispositions consacrant les niveaux *minima*. Dans cette hypothèse, ainsi que l'expliquait la Commission dans sa décision, le contrôle de la compatibilité des avantages fiscaux est très rigoureux car *« les réductions d'impôts et de taxes descendant au-dessous de ces niveaux minimaux sont considérées comme faussant particulièrement la concurrence »*[1574]. Les dispositions pertinentes des lignes directrices de 2008, qui étaient applicables, posent en effet des conditions particulièrement restrictives. Il est attendu des États qu'ils fournissent des éléments de preuve substantiels pour démontrer la nécessité et la proportionnalité de l'aide. La réalisation de cette première condition dépend, en substance, de la démonstration de l'égalité de traitement entre les bénéficiaires ainsi que des difficultés économiques qu'ils pourraient éprouver. La proportionnalité est quant à elle fonction de l'adéquation de l'exonération avec les performances environnementales des entreprises aidées ainsi que de la conclusion d'accords

[1571] Décision 2006/640/CE de la Commission du 23 novembre 2005, préc., pt. 42.
[1572] Encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pt. 51, paragraphe 1, b).
[1573] Décision 2006/640/CE de la Commission du 23 novembre 2005, préc., pts. 43-46.
[1574] Décision 2009/972/CE de la Commission du 17 juin 2009, préc., pt. 52.

environnementaux[1575]. Or, en l'espèce, les éléments de preuve n'avaient pas été fournis par l'État en cause, de sorte que la Commission a refusé d'autoriser le traitement fiscal litigieux[1576].

822. Il convient d'insister sur le fait que la plupart des conditions prévues par la doctrine administrative n'existent pas dans la directive. Le paragraphe premier de son article 17 ne contient que la définition de la catégorie d'entreprises grandes consommatrices d'énergie et la condition du respect du niveau minimum de taxation harmonisé, tandis que le paragraphe 4 ne conditionne l'exonération totale autorisée par le paragraphe 2 qu'à la soumission de ces mêmes entreprises à une réglementation équivalente à une taxe, tel un mécanisme d'échange de quotas. Les affaires susmentionnées démontrent bien que dans l'exercice de son pouvoir d'encadrement, la Commission ajoute des critères pour réglementer les traitements fiscaux dérogatoires prévus par la directive. Un tel traitement qui respecte les conditions de la directive n'est pas pour autant autorisé au titre du droit des aides. Pour être compatible avec le droit de l'Union *lato sensu*, il doit respecter deux strates de réglementation que constituent la directive et la doctrine administrative de la Commission.

823. Par ailleurs, si l'on s'intéresse au sens des décisions de la Commission il apparaît que pour celle-ci, une condition essentielle réside dans le respect des niveaux *minima*. On pourrait y voir une forme de garantie de l'intégrité d'une harmonisation fiscale dont l'élaboration a été difficile. En partant de cette dernière remarque, il est possible de prolonger l'analyse en soulignant un aspect particulièrement remarquable de la sanction du pouvoir d'encadrement en matière fiscale : la Commission semble étendre les exigences de la directive 2003/96 au-delà du domaine harmonisé par cette dernière. Si divers exemples pourraient être développés[1577], le plus significatif est certainement celui de l'extension des niveaux *minima* harmonisés.

824. S'agissant des taxes non harmonisées, la Commission paraît réticente à accorder des exonérations totales de taxes environnementales. Elle conditionne notamment la compatibilité des réductions sélectives d'impôts au fait que les entreprises aidées s'acquittent au moins du

---

[1575] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 154-159.

[1576] Décision 2009/972/CE de la Commission du 17 juin 2009, préc., pts. 53-59.

[1577] Par exemple, en application du pt. 158 a) des lignes directrices de 2008, la Commission a utilisé la notion d'entreprises grandes consommatrices d'énergie contenue à l'article 17 paragraphe 1 de la directive 2003/96 pour apprécier des taxes non harmonisées : lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., note 55 de bas de page 25 ; décision de la Commission du 23 novembre 2011, State aid SA. 31349 (2011/N) – United Kingdom Reduction of the Climate Change Levy for metal recycling activities, (C(2011) 7288 final), pt. 50.

paiement d'une partie significative de la taxe nationale[1578]. Il y a là peut-être un certain mimétisme des solutions d'harmonisation minimale retenues dans la directive 2003/96. Surtout, dans certaines hypothèses, l'interprétation de ce qu'il faut entendre par une « partie significative de la taxe » peut la conduire à aligner le régime de l'aide d'État sur les dispositions de la directive[1579]. Ainsi, dans une décision, la Commission était saisie d'une réforme avec effet rétroactif d'une taxe environnementale nationale, dont le but était de se mettre en conformité avec le droit des aides[1580]. Cette réforme concernait un régime de remboursement partiel de cette taxe au bénéfice de certaines entreprises. Si la taxe avait vocation à relever du champ de la directive 2003/96 à l'échéance de son délai de transposition, la réforme était valable pour la période précédant cette échéance. La Commission a donc appliqué les dispositions relatives aux taxes nationales non harmonisées. Or, le fait que l'État ait aligné les niveaux du remboursement de manière à garantir un paiement équivalent aux niveaux *minima* harmonisés a été considéré par la Commission comme remplissant la condition du paiement d'une partie significative de la taxe[1581]. En somme, la Commission invite les États à aligner le niveau minimum des taxes nationales non harmonisées sur les niveaux *minima* harmonisés.

825. Dans la continuation de cette idée, il est possible d'aborder le cas particulier des taxes sur les produits énergétiques à double usage, c'est-à-dire les produits destinés *« à être utilisé[s] à la fois comme combustible et pour des usages autres que ceux de carburant ou de combustible »*[1582]. Sous l'empire de la directive 92/81, le traitement fiscal de ces produits était directement réglé par le législateur de l'Union : il était fait obligation aux États de les exonérer de taxes[1583]. À cet égard, la directive 2003/96, qui abroge la directive 92/81, est un cas assez exceptionnel de recul de l'harmonisation. Il est désormais prévu que les produits pour double usage sont exclus du champ de la directive sur l'harmonisation des droits

---

[1578] Encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pt. 51, paragraphe 1, b) ; les lignes directrices de 2008 fixent cette part à 20 pour cent de la taxe nationale : lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 159 b) ; de plus, le régime des taxes non harmonisées est interprété de sorte à créer un effet d'engrenage progressif. Plus précisément, dans l'hypothèse où un État réforme une taxe environnementale existante pour en augmenter significativement le taux, la Commission n'accepte pas de réductions de la nouvelle taxe si elles parviennent à un niveau d'imposition inférieur au niveau normal d'imposition sous l'empire de l'ancienne taxe : décision 2008/715/CE de la Commission du 11 mars 2008, préc., pts. 63-68.

[1579] V., pour des considérations significatives de cet alignement : décision 2005/468/CE de la Commission du 30 juin 2004, préc., pt. 49.

[1580] Décision 2005/565/CE de la Commission du 9 mars 2004, préc., pts. 34-37.

[1581] *Ibid.*, pt. 61.

[1582] Directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003, préc., article 2, paragraphe 4, b), deuxième tiret.

[1583] Directive 92/81/CEE du Conseil du 19 octobre 1992, préc., article 8, paragraphe 1, sous a) ; CJCE, 25 septembre 2003, *Commission/Italie*, C-437/01, Rec. p. I-9861, pt. 30.

d'accises sur les produits énergétiques[1584]. Leur situation relève donc des taxes non harmonisées. Cette évolution fait tomber le traitement fiscal des produits à double usage dans le champ du droit des aides d'État. En effet, alors que l'exonération dont bénéficiaient ces produits procédait d'une obligation précise de la directive 92/81 de sorte qu'elle n'était pas imputable au États membres, la directive 2003/96 leur rend toute latitude en la matière, ce qui déclenche le pouvoir d'encadrement[1585].

826. Or, il se trouve qu'à l'occasion du contrôle de la compatibilité de réductions de taxes au bénéfice des produits à double usage, la Commission a renouvelé son interprétation alignant la notion de « partie significative de la taxe nationale » sur le régime de la directive. Les réductions de taxes pour double usage peuvent être autorisées lorsque reste acquittée une part de 20 pour cent de la taxe nationale, *« ou le minimum communautaire applicable aux utilisations de l'énergie qui n'entrent pas dans le champ d'application de la directive »*[1586].

827. Certes, dans ces situations, la Commission ne peut imposer aux États d'adopter ce niveau minimum de taxation, comme pourrait le faire le législateur. Par ailleurs, le maintien d'un niveau minimal de la taxe nationale n'est qu'une option parmi deux autres[1587] pour assurer la compatibilité de la mesure dans le régime des taxes non harmonisées. Il n'en reste pas moins que la présomption de compatibilité attachée à la solution de la Commission peut être vue comme une incitation forte à appliquer les niveaux *minima* harmonisés en dehors du domaine de l'harmonisation.

828. En tout état de cause, on perçoit bien la confusion entre les pouvoirs d'harmonisation et d'encadrement. Dès lors qu'une directive laisse une marge de manœuvre aux États membres, ces derniers ont la possibilité d'adopter unilatéralement des mesures qui sont susceptibles de fausser la concurrence. Dans ce cas, le droit des aides d'État intervient pour compléter l'harmonisation en posant une seconde strate de règles communes qui relativisent

---

[1584] Directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003, préc., article 2, paragraphe 4, b), deuxième tiret ; v. CJCE, 5 juillet 2007, *Fendt Italiana*, C-145/06 et C-146/06, Rec. p. I-5869, pts. 36-37 ; concl. E. SHARPSTON sous cet arrêt, pts. 33-37 ; obs. J.-P. CHRISTIENNE, « Jurisprudence de la CJCE : fiscalité indirecte (juill./déc. 2007) », *DF*, 2008, n° 10, étude 193, v. n° 3 ; v., également, décision 2010/402/UE de la Commission du 15 décembre 2009, préc., pt. 34 ; D. BERLIN, *Politique fiscale*, vol. I, *op. cit.*, note 169 de bas de page 537.

[1585] Sur l'imputation, v. *supra*, 617 et s.

[1586] Décision 2006/323/CE de la Commission du pt. 91 ; v., également, décision 2007/375/CE de la Commission du 7 février 2007, concernant l'exonération du droit d'accise sur les huiles minérales utilisées comme combustible pour la production d'alumine dans la région de Gardanne, dans la région du Shannon et en Sardaigne, appliquée respectivement par la France, l'Irlande et l'Italie [C 78/2001 (ex NN 22/01), C 79/200 (ex NN 23/01), C 80/2001 (ex NN 26/01)] (JO L 147 du 8 juin 2007, p. 29), pt. 50.

[1587] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 159.

cette marge de manœuvre[1588]. Sur le plan des principes, cette situation a pu être critiquée[1589]. Toutefois, et si l'on exclut la possible dérive que constitue le recours à la doctrine administrative, une telle situation est difficilement contestable sur le plan des principes, puisque l'harmonisation n'écarte pas l'obligation pesant sur les États membres de respecter le traité. Au final, si la marge de manœuvre des États dans un domaine harmonisé est la condition déclenchant le pouvoir d'harmonisation, elle est également l'objet même de ce pouvoir. Le régime juridique des aides d'État à l'environnement vise précisément à limiter la liberté résiduelle des États pour garantir la concurrence dans le marché intérieur.

829. Sur ce point, la confusion entre les pouvoirs concerne le contenu des règles s'imposant aux États membres. Une autre dimension de cette confusion tient dans l'application des mécanismes de sanction.

II) Le pouvoir d'encadrement, moyen de sanctionner l'harmonisation environnementale

830. En principe, les mécanismes de sanction du droit des aides d'État ont pour seul et unique objet la sanction de la règle contenue à l'article 107 TFUE. Toutefois, dans le domaine environnemental harmonisé, il convient de relativiser ce principe. En effet, la jurisprudence oblige la Commission à tenir compte des directives environnementales dans l'exercice du pouvoir d'encadrement (A). De la sorte, il existe une relative confusion, en pratique, entre le recours en manquement et le pouvoir d'encadrement (B).

A) L'obligation de tenir compte des directives environnementales dans l'exercice du pouvoir d'encadrement

831. Dans le système du traité, l'effectivité des règles de l'ordre juridique de l'Union est assurée par des voies de droit spécifiques qui permettent de sanctionner les États membres

[1588] Un autre exemple significatif est celui des lignes directrices concernant certaines aides d'État dans le contexte du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre après 2012 (2012/C 158/04), préc. Alors que la Commission ne dispose pas du pouvoir d'adopter des mesures contraignantes relatives à l'allocation des quotas gratuits prévus par l'article 10 *quater* de la directive 2003/87, les lignes directrices, aux pts. 40 et s., viennent poser des règles communes et sanctionnées par la Commission : v. décision de la Commission du 2 mai 2013, State aid SA.35543 (2013/N) – United Kingdom – Compensation for indirect EU ETS costs in the UK (C(2013) 2380 final).

[1589] Obs. W. SAUTER, H. VEDDER, sur CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., *EL Rev*., 2012, 37 (3), p. 327, spéc. pp. 338-339 : ces auteurs analysaient la situation de l'exécution de la directive 2001/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2001, préc., par un mécanisme de quotas sur les émission de NO_x. Selon eux, en autorisant le contrôle par la Commission de cet acte d'exécution, la Cour aurait admis que le droit des aides d'État relativise la marge de manœuvre dont disposait l'État en vertu de la directive.

lorsqu'ils manquent à leurs obligations. Le droit des aides d'État relève du cadre particulier de l'article 108 TFUE, tandis que la sanction des règles de droit dérivé s'effectue par la voie du recours en manquement établi aux articles 258 à 260 TFUE et, dans l'hypothèse où elles sont d'effet direct, par le juge national[1590]. Cette distinction peut toutefois s'avérer difficile à manier dans l'hypothèse où une mesure nationale est contraire à la fois à l'article 107 TFUE et aux dispositions d'une directive.

832. La Cour de justice a été saisie à ce propos, ce qui lui a donné l'occasion de poser un certain nombre de principes, dont l'origine doit être trouvée dans des arrêts qui concernaient la violation de règles ayant valeur de droit primaire[1591]. Le principe de base à cet égard est celui du « double guichet »[1592]. Certes, une mesure nationale peut être appréciée en sanctionnant cumulativement l'actuel article 107 TFUE et une autre disposition de droit primaire concernée, chacune de ces règles régissant la mesure litigieuse pour les aspects qui la concernent. Il n'en reste pas moins que dans cette hypothèse, la Commission doit respecter les dispositions procédurales, eu égard notamment aux garanties particulières qui y sont attachées : la sanction du droit des aides ne peut être assurée que dans les conditions spécifiques de l'actuel article 108 TFUE, tandis que la sanction des autres dispositions du traité relève du recours en manquement et de l'office du juge national[1593]. De la sorte, les deux procédures doivent être appliquées, le cas échéant simultanément, pour sanctionner cumulativement le droit des aides et d'autres dispositions du traité à l'encontre d'une seule et même mesure nationale[1594].

833. Ce principe du double guichet connaît cependant des exceptions. Dans l'arrêt *Ianelli*, alors qu'elle était confrontée à une mesure nationale susceptible d'être constitutive à la fois d'une aide d'État et d'une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, la Cour a admis que *« les modalités d'une aide qui contreviendraient à des dispositions particulières du traité […] peuvent être à ce point indissolublement liées à l'objet de l'aide qu'il ne serait pas possible de les apprécier isolément »*. Dans ce cas, *« leur effet sur la compatibilité ou*

[1590] V., *supra*, n°s 488 et s.

[1591] À ce sujet, v. M. DONY, « Aides d'État, concurrence et libre circulation », *RAE*, 2005, n° 3, p. 411 ; P. ROSSI-MACCANICO, « European Commission Competence in Reviewing Direct Buisness Tax Measures », *EC Tax Rev.*, 2009, n° 5, p. 221, pp. 226 et s.

[1592] C. GIOLITO, « La procédure de contrôle des aides d'État peut-elle être utilisée pour contrôler la bonne application d'autres dispositions du droit communautaire ? », *op. cit.*, p. 146.

[1593] CJCE, 13 mars 1979, *Hansen*, 91/78, Rec. p. 935, pt. 9.

[1594] CJCE, 21 mai 1980, *Commission/Italie*, 73/79, Rec. p. 1533, pts. 8-10 ; CJCE, 30 janvier 1985, *Commission/France*, préc., pt. 17 ; de même, une décision d'autorisation d'une mesure prise sur la base de l'article 108 TFUE n'empêche pas le juge national de sanctionner une autre disposition prescriptive dotée de l'effet direct à l'encontre de cette même mesure, dès lors que l'aspect litigieux de celle-ci peut faire l'objet d'une appréciation isolée : CJCE, 23 avril 2002, *Nygård*, C-234/99, Rec. p. I-3657, pts. 50-65.

l'incompatibilité de l'aide dans son ensemble doit alors nécessairement être apprécié à travers la procédure de l'article [108 TFUE] »[1595]. Complétant cette orientation jurisprudentielle, la Cour, dans le contexte d'un arrêt sur manquement, a jugé que si elle parvenait elle-même à la conclusion qu'une mesure nationale était contraire à une règle prescriptive du traité, la Commission ne pouvait autoriser cette même mesure à l'occasion d'une procédure de contrôle concomitante fondée sur l'actuel article 108 TFUE. En effet, *« il résulte de l'économie générale du traité que [la procédure de contrôle des aides] ne doit jamais aboutir à un résultat qui serait contraire aux dispositions spécifiques du traité »*[1596]. Dès lors, *« une aide d'État qui, par certaines de ses modalités, viole d'autres dispositions du traité ne peut être déclarée compatible avec le marché commun par la Commission »*[1597].

834. Enfin, ces principes jurisprudentiels ont été déclinés dans des affaires où la mesure visée par une procédure d'aide d'État était contraire, non plus au droit primaire, mais à un acte de droit dérivé. Ainsi, dans l'affaire *Kerafina*[1598], il était allégué que la Commission avait autorisé, par une décision prise sur la base de l'actuel article 108 TFUE, une mesure nationale contraire à une directive. Bien que le juge ne soit pas parvenu à cette conclusion, il a néanmoins considéré, sur le plan des principes, que le pouvoir dont la Commission dispose au titre du contrôle des aides *« ne lui permet pas d'autoriser les États membres à déroger à des dispositions de droit communautaire autres que celles relatives à l'application de l'article [107] paragraphe 1, du traité »*[1599].

[1595] CJCE, 22 mars 1977, *Ianelli/Meroni*, 74/76, Rec. p. 557, pt. 14 ; CJCE, 15 juin 1993, *Matra/Commission*, C-225/91, Rec. p. I-3203, pt. 41 ; v., également, TPICE, 31 janvier 2001, *Weyl Beef Products e.a./Commission*, T-197/97 et T-198/97, Rec. p. II-303, pt. 76.

[1596] CJCE, 21 mai 1980, *Commission/Italie*, 73/79, préc., pt. 11 ; CJCE, 3 mai 2001, *Portugal/Commission*, C-204/97, Rec. p. I-3175, pt. 41 ; CJCE, 23 avril 2002, *Nygård*, préc., pt. 54 ; CJCE, 12 décembre 2002, *France/Commission*, C-456/00, Rec. p. I-11949, pt. 30 ; CJCE, 5 avril 2008, *Nuova Agricast*, C-390/06, Rec. p. I-2577, pt. 50.

[1597] CJCE, 19 septembre 2002, *Espagne/Commission*, C-113/00, Rec. p. I-7601, pt. 78 ; CJCE, 5 avril 2008, *Nuova Agricast*, préc., pt. 50 ; pour une application en matière environnementale, v. Trib. UE, 9 septembre 2010, *British Aggregates e.a./Commission*, T-359/04, Rec. p. II-4227, pts. 91-103.

[1598] CJCE, 12 novembre 1992, *Kerafina-Keramische/Grèce*, C-134/91 et C-135/91, Rec. p. I-5699. Il est à noter que des questions proches ont été tranchées en matière de politique agricole commune. Dans un arrêt CJCE, 12 décembre 2002, *France/Commission*, C-456/00, Rec. p. I-11949, il était question de connaître de la légalité d'une décision de la Commission déclarant incompatible avec l'actuel article 107 TFUE une mesure nationale qui accordait une aide à des producteurs de vin. Dans cette affaire, la Cour avait admis la légalité de la décision en s'appuyant notamment sur la jurisprudence selon laquelle la procédure de contrôle des aides ne doit jamais aboutir à un résultat qui serait contraire aux dispositions spécifiques du traité (pt. 30). En effet, la mesure en cause était prise en violation de l'organisation commune de marché pertinente, de sorte que la légalité de la décision dépendait avant tout de l'interprétation du règlement instituant cette organisation (pts. 35-50). Toutefois, cette jurisprudence n'est pas transposable au domaine environnemental car il faut tenir compte du fait que le traité *« reconnaît la primauté de la politique agricole commune par rapport aux objectifs du traité dans le domaine de la concurrence »* (pt. 33). V., antérieurement, CJCE, 26 juin 1979, *Pigs and Bacon Commission*, 177/78, Rec. p. 2161, pt. 21.

[1599] CJCE, 12 novembre 1992, *Kerafina-Keramische/Grèce*, préc., pt. 20.

835. La Cour a donc cherché à établir une solution pragmatique visant un équilibre entre la garantie des dispositions procédurales et l'obligation pesant sur les États membres de se conformer à l'ensemble du droit de l'Union. La Commission commettrait un détournement de la procédure en manquement si elle mobilisait le pouvoir d'encadrement pour sanctionner une règle autre que celle de l'article 107 TFUE. Il n'en reste pas moins que, dans le contexte d'une procédure engagée sur la base de l'article 108 TFUE, si elle aboutit à la conclusion qu'un aspect de l'aide concernée, *« indissolublement lié »* à son objet, viole une autre disposition du droit de l'Union, la conclusion de l'incompatibilité avec le marché intérieur s'impose[1600]. La solution inverse reviendrait à admettre que la Commission puisse autoriser dans le contexte du contrôle des aides une mesure qui serait par ailleurs proscrite par le droit de l'Union. De la sorte, l'hypothèse d'un « guichet unique », où une décision d'aide d'État aboutirait à constater la violation d'une autre disposition du traité que l'article 107 TFUE, est tout à fait envisageable.

836. Pour bien préciser les enjeux de ces arrêts, il semble pertinent d'affiner l'étude en mentionnant leurs déclinaisons dans le domaine environnemental. Cette seconde analyse renseigne en effet sur la portée concrète de la jurisprudence admettant le guichet unique et, plus précisément, sur la marge d'appréciation qu'elle peut laisser à la Commission, mais aussi sur la façon dont cette dernière peut l'exploiter.

837. Une première affaire est particulièrement importante car elle vient compléter la présentation déjà faite en indiquant les conséquences d'une mauvaise interprétation d'une directive dans le contexte de l'exercice du pouvoir d'encadrement. En effet, dans l'arrêt *BP Chemicals* du Tribunal[1601], le juge a pu tirer pleinement les conséquences de la jurisprudence *Kerafina* sur le guichet unique et la sanction du droit dérivé. En l'espèce, était en cause la légalité d'une décision de la Commission qui avait contrôlé, sur la base de l'actuel article 108 TFUE, une exonération de taxes sur les biocarburants relevant du domaine de la directive 92/81[1602]. Dans ces conditions, un aspect préalable de l'analyse de la Commission était de vérifier que l'exonération en question était bien autorisée par la directive. Sur ce point, la Commission avait retenu que l'exonération concernée pouvait relever du d) du paragraphe 2 de l'article 8 de la directive, autorisant des exonérations ou des réductions de

---

[1600] J.-P. KEPPENNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, *op. cit.*, n°s 437-440 ; sur les difficultés que peuvent poser l'interprétation de ce lien indissoluble, v. C. GIOLITO, « La procédure de contrôle des aides d'État peut-elle être utilisée pour contrôler la bonne application d'autres dispositions du droit communautaire ? », *op. cit.*, pp. 147 et s.

[1601] TPICE, 27 septembre 2000, *BP Chemicals/Commission*, préc. ; obs. L. IDOT, *Europe*, 2000, n° 11, comm. 356.

[1602] Directive 92/81/CEE du Conseil du 19 octobre 1992, préc.

taxes *« dans le cadre de projets pilotes visant au développement technologique de produits moins polluants »*[1603]. Or, le Tribunal n'a pas suivi la Commission dans cette analyse. Rappelant le principe posé à l'arrêt *Kerafina*, il a distingué le pouvoir de contrôle de la compatibilité des aides, dans l'exercice duquel la Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire, de l'appréciation de l'interprétation qui est faite par les États membres des disposions d'une directive. En effet, cette dernière appréciation doit *« être exercée dans le cadre de l'interprétation plausible des notions législatives de caractère vague et indéterminé qui y figurent, appréciation relevant, en dernier ressort, de la compétence du juge communautaire »*[1604]. Ainsi, il incombe au juge, dans le cadre du contentieux de la légalité des décisions en matière d'aides, mais aussi à la Commission, dans l'exercice de son pouvoir d'encadrement, *« de veiller au respect des limites inhérentes à toute interprétation contextuelle et raisonnable de notions figurant dans la législation communautaire »*[1605]. Sur la base de ces principes, le juge a apprécié au fond la décision litigieuse. À cet égard, la Commission avait méconnu l'article 8 de la directive car l'exonération litigieuse ne permettait pas le financement d'un « projet pilote » au sens de cette disposition. Elle avait donc violé la directive en autorisant sur cette base l'exonération concernée[1606]. Le Tribunal précisait enfin que cette considération était indépendante de la question de savoir si cette exonération était compatible avec le marché intérieur, cette dernière constatation ne pouvant exonérer la Commission d'une vérification de la conformité de cette mesure nationale avec la directive[1607].

838. Ainsi, dans l'hypothèse où la Commission contrôle la compatibilité d'une mesure nationale avec l'article 107 TFUE, alors que cette mesure relève du champ d'une directive, il faut qu'elle effectue deux opérations indépendantes : elle doit vérifier que les actes nationaux sont pris conformément au droit dérivé, avant de s'assurer qu'ils ne sont pas constitutifs d'une aide incompatible. Le résultat de ces deux opérations est néanmoins lié, en termes de conséquences : en application de la jurisprudence *Kerafina*, il est impossible de déclarer compatible avec l'article 107 TFUE une aide prise en violation du droit dérivé.

839. Il est possible ensuite de faire état de l'affaire *Pays-Bas/Commission*[1608] qui montre bien que l'aspect le plus important de la jurisprudence sur le guichet unique est le résultat auquel la Commission parvient dans ses décisions. En l'espèce, il était question d'une mesure

[1603] TPICE, 27 septembre 2000, *BP Chemicals/Commission*, préc., pt. 14.
[1604] *Ibid.*, pt. 56.
[1605] *Ibid.*, pt. 57.
[1606] *Ibid.*, pt. 70.
[1607] *Ibid.*, pt. 79.
[1608] CJCE, 29 avril 2004, *Pays-Bas/Commission*, C-159/01, Rec. p. I-4461.

nationale d'exécution de la directive dite « nitrates »[1609]. L'État membre en cause avait choisi de recourir à un prélèvement obligatoire pour sanctionner les entreprises agricoles dont les épandages dépassaient les valeurs limites posées par la directive, tout en prévoyant une exonération partielle au profit d'une catégorie d'entreprises. Outre que cette exonération était constitutive d'une aide, il n'était pas certain qu'elle parvienne à assurer les objectifs de la directive. La Commission avait alors ouvert à son encontre une procédure en application du paragraphe 2 de l'actuel article 108 TFUE. Puisqu'il existait des doutes sur la compatibilité de la mesure concernée à la fois avec le marché intérieur et avec la directive, la jurisprudence sur le guichet unique paraissait applicable. Néanmoins, la Commission avait préféré respecter le double guichet. Dans sa décision d'aide d'État, elle avait conclu à l'incompatibilité de la mesure, tout en faisant part de son intention d'intenter par ailleurs un recours en manquement pour mauvaise transposition de la directive nitrate[1610]. L'État membre en cause avait alors contesté cette analyse au cours de la procédure formelle d'examen, arguant qu'elle aboutissait à détourner le contrôle des aides pour constater un manquement. Cela amenait la Commission à motiver sa décision sur ce point : d'une part, elle avait répondu que la jurisprudence *Ianelli* faisait en tout état de cause obstacle à ce que la procédure de contrôle des aides puisse aboutir à un résultat contraire aux dispositions spécifiques du traité, en l'occurrence les dispositions de droit dérivé[1611]. D'autre part, elle avait consolidé son raisonnement en soutenant que la mesure en cause était une aide incompatible, et ce indépendamment de sa conformité avec la directive nitrates, laquelle faisait du reste l'objet d'un recours en manquement parallèle[1612]. Saisie de la légalité de cette décision, notamment sur le terrain du détournement de procédure, la Cour avait pleinement validé ce raisonnement. Tout en notant que la Commission ne s'était pas appuyée de façon déterminante sur la violation de la directive, elle avait noté la référence à l'arrêt *Ianelli*[1613]. Il semble ainsi que même si la Commission avait conclu à l'incompatibilité sur la base de la directive, la légalité de sa décision n'aurait pu être remise en cause en application des principes jurisprudentiels.

[1609] Directive 91/676/CEE du Conseil, du 12 décembre 1991, concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles (JO L 375 du 31 décembre 1991).

[1610] Décision 2001/371/CE de la Commission, du 21 décembre 2000, concernant l'exonération prévue par les Pays-Bas de la taxe sur les matières minérales applicable au titre de la loi sur les engrais (JO 2001, L 130, p. 42), pt. 43. Ce recours a donné lieu à l'arrêt CJCE, 2 octobre 2003, *Commission/Pays-Bas*, C-322/00, Rec. p. I-11267, constatant le manquement de l'État membre concerné.

[1611] La Commission avait fait plus précisément référence à l'arrêt CJCE, 15 juin 1993, *Matra/Commission*, préc. : décision 2001/371/CE de la Commission, du 21 décembre 2000, concernant l'exonération prévue par les Pays-Bas de la taxe sur les matières minérales applicable au titre de la loi sur les engrais (JO 2001, L 130, p. 42), pt. 43.

[1612] *Ibid*.

[1613] CJCE, 29 avril 2004, *Pays-Bas/Commission*, C-159/01, préc., pts. 59-62.

840. Ainsi, le guichet unique n'est pas une obligation mais une option à la disposition de la Commission. Elle dispose de deux possibilités dans l'exercice de son pouvoir d'encadrement, qui se situent sur le plan procédural : soit recourir au guichet unique, soit constater l'incompatibilité de la mesure avec l'article 107 TFUE tout en réservant l'appréciation de la contrariété avec le droit dérivé pour un recours en manquement. Pour autant, l'essentiel est le résultat. Le droit des aides ne peut autoriser une mesure contraire au droit dérivé, et l'interprétation correcte d'une directive conditionnant la légalité des décisions de la Commission.

841. Cette jurisprudence est importante pour la présente étude. Lorsque la Commission apprécie des mesures nationales d'exécution d'une directive, ces mesures peuvent procéder de l'exercice par l'État d'une possibilité qui lui est offerte par le législateur environnemental de l'Union et que ce dernier a soumis au respect de certaines conditions. Dans ce cas, la Commission a l'obligation de vérifier le respect de ces conditions au moment où elle contrôle si ces mêmes mesures constituent des aides compatibles avec l'article 107 TFUE. Dans l'hypothèse où elle a un doute sur la compatibilité avec le droit dérivé, une option procédurale lui est offerte, bien qu'elle soit liée en termes de résultat. Or, dans la pratique, force est de constater que la Commission privilégie l'application de l'arrêt *BP Chemicals* et le guichet unique, dans le sens de l'exercice extensif de son pouvoir, de sorte que l'on assiste à une relative confusion entre le recours en manquement et la sanction du droit des aides d'État.

B) La confusion pratique du manquement et du pouvoir d'encadrement

842. Le fait que la Commission vérifie le respect des directives dans l'exercice de son pouvoir d'encadrement se vérifie tout à fait dans le domaine environnemental. L'arrêt *BP Chemicals* lui sert alors de justification. Elle en effet mobilisé ce dernier pour ériger le respect des critères d'une directive comme une condition de compatibilité des aides à l'environnement. Cela se remarque en particulier pour ce qui concerne les aides versées au moyen d'exonérations et de réductions de taxes environnementales dans le cadre des directives sur l'harmonisation des droits d'accises sur les produits énergétiques.

843. Ainsi, la condition du respect des directives harmonisant les droits d'accises sur l'énergie a été intégrée dans le RGEC[1614] et dans la doctrine administrative. Les lignes directrices de 2008 prévoient ainsi, très explicitement, que *« pour être approuvées au titre de l'article [107 TFUE], les réductions ou exonérations de taxes harmonisées, en particulier les*

[1614] Règlement 800/2008 CE de la Commission du 6 août 2008, préc., article 25, paragraphe 1.

taxes harmonisées en vertu de la directive 2003/96/CE doivent être compatibles avec la législation communautaire pertinente applicable et se conformer aux limites et conditions qui y sont établies »[1615].

844. Dans les décisions de la Commission, cette obligation se traduit en un contrôle concret du respect de la directive. On retrouve ce contrôle, par exemple, dans une série de décisions relatives à des exonérations fiscales au profit des biocarburants. À l'égard de ces produits, jugés peu compétitifs, la politique de l'Union consiste à stimuler à la fois l'offre et la demande[1616]. Le cadre de droit dérivé applicable à leur taxation repose sur plusieurs actes qui reflètent cette orientation. À l'origine, l'intervention de l'Union résidait dans la directive 2003/30 visant à promouvoir l'utilisation de biocarburants ou autres carburants renouvelables dans les transports[1617]. Il ne s'agit pas là d'un acte fort contraignant puisque qu'il n'impose pas d'objectifs obligatoires aux États et leur laisse une très grande latitude dans le choix des instruments[1618], tout en indiquant que le développement des biocarburants peut être favorisé par des exonérations fiscales. Par la suite, la directive 2003/30 à été abrogée et remplacée par la directive 2009/28 : alors que celle-ci instaure des objectifs nationaux contraignants pour le développement des énergies SER, les biocarburants peuvent être comptabilisés aux fins de leur réalisation[1619]. En tout état de cause, il faut tenir compte de la directive 2003/96. D'une part, celle-ci fait obligation de taxer les biocarburants dès lors qu'ils relèvent des codes de la nomenclature tarifaire[1620] visés au paragraphe premier de son article 2[1621]. D'autre part, son article 5 permet aux États membres de moduler la charge fiscale sur les produits énergétiques en fonction de leurs qualités intrinsèques, dans le respect des niveaux *minima* harmonisés, tandis que son article 16 laisse aux État membres la faculté d'accorder un niveau de taxation réduit ou une exonération au profit des biocarburants[1622]. Cette dernière disposition pose alors des règles strictes. Tout d'abord, son paragraphe 2 règle la question des produits composés

[1615] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 152 ; v., auparavant, encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pt. 49 b).
[1616] C.-M. ALVES, « Biocarburants et Union européenne, entre marché et intérêt général », *Rev. dr. transp.*, 2008, n° 7, étude 10.
[1617] Directive 2003/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 mai 2003, préc.
[1618] *Ibid.*, article 3.
[1619] Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009, préc., articles 3 et 5, paragraphe 1.
[1620] Règlement (CEE) n° 2658/87 du Conseil du 23 juillet 1987, relatif à la nomenclature tarifaire et statistique et au tarif douanier commun (JO L 256 du 7 septembre 1987, p. 1), modifié par le règlement (CE) n° 254/2000 du Conseil du 31 janvier 2000, modifiant le règlement (CEE) n° 2658/87 relatif à la nomenclature tarifaire et statistique et au tarif douanier commun (JO L 28 du 3 février 2000, p. 16), dont l'annexe I est fréquemment amendée.
[1621] Le champ d'application de la directive 2003/96 est en effet défini, produit par produit, par référence à cette nomenclature.
[1622] Sur ce cadre juridique, v. CJCE, 10 septembre 2009, *Plantanol*, C-201/08, Rec. p. I-8343, pts. 33-40.

d'un mélange de biocarburants et de carburants fossiles. Pour ceux-ci, la réduction ou l'exonération de taxe ne peut excéder le volume relatif de biocarburants, ce qui permet un traitement fiscal évoluant de façon avantageuse en fonction du degré de pureté du produit. En tout état de cause, le produit final peut être taxé à un niveau inférieur au niveau *minimum* pertinent. De plus, le paragraphe 3 oblige à réévaluer le traitement fiscal dérogatoire en fonction de l'évolution du cours des matières premières, afin qu'il ne conduise pas à une surcompensation des surcoûts liés à la production de biocarburants.

845. Dans ces conditions, lorsque la Commission est saisie de la compatibilité de traitements fiscaux préférentiels de ce genre dans l'exercice de son pouvoir d'encadrement, elle s'assure scrupuleusement et explicitement que ces conditions ont été respectées. Ainsi, une taxe réduite sur une catégorie de biocarburant est en partie justifiée par la modulation permise par l'article 5 et en partie justifié, pour la part inférieure au niveau *minimum* harmonisé, par le paragraphe 2 de l'article 16[1623]. De même, une exonération totale de taxe est admissible si elle ne concerne que la partie du produit final obtenue à partir d'un biocarburant[1624]. L'absence de surcompensation des surcoûts de production est également évaluée à la lumière du paragraphe 3 de l'article 16[1625] et la Commission ne manque par de rappeler, notamment à l'occasion du contrôle d'amendements à un régime déjà autorisé, l'obligation de réévaluer le traitement fiscal en fonction de l'évolution du cours des matières premières[1626].

846. D'autres affaires illustratives de cette pratique concernent les exonérations de taxes environnementales accordées aux entreprises soumises au SEEQE. De telles exonérations sont conçues pour éviter d'imposer à ces entreprises une forme de double réglementation. Certaines études économiques ont démontré le caractère potentiellement contreproductif de ce cumul d'instruments économiques de la protection de l'environnement[1627] et la Commission avait d'ailleurs elle-même reconnu que les chevauchements de ce genre devraient être évités[1628]. Dans une certaine mesure, la directive 2003/96 a intégré cette considération en prévoyant que les entreprises grandes consommatrices pourraient être totalement exonérées de

[1623] Décision de la Commission du 5 mai 2005, NN 43/04, préc., pts. 17-18 ; décision de la Commission du 14 août 2009, State aid N 553/2008, préc., pt. 36.
[1624] Décision 2008/208/CE de la Commission du 23 octobre 2007, préc., pt. 43
[1625] Décision de la Commission du 22 février 2006, NN 59/2005, préc., pt. 23.
[1626] Décision de la Commission du 18 septembre 2009, State aid N 57/2008 "Operating aid for biofuels" (C(2009) 7140), pt. 53.
[1627] C. DIAS SOARES, « Energy tax treatment of undertakings covered by emissions trading » *EC Tax Rev.*, 2007, n° 4, p. 184.
[1628] Livre vert sur les instruments fondés sur le marché en faveur de l'environnement et des objectifs politiques connexes, 28 mars 2007 (COM(2007) 140 final), p. 10.

taxes et que les autres entreprises pourraient l'être partiellement, à la condition qu'elles soient soumises à des *« régimes de permis négociables [devant] permettre la réalisation des objectifs environnementaux ou un rendement énergétique accru à peu près équivalents à ce qui aurait été obtenu si les taux minima communautaires normaux avaient été respectés »*[1629].

847. En pratique, il semble toutefois difficile aux États membres de recourir à cette exception, précisément en raison de l'interprétation stricte qui est faite de cette disposition par la Commission dans l'exercice de son pouvoir d'encadrement. En attestent deux décisions par lesquelles étaient contrôlés des traitements fiscaux privilégiés accordés à des entreprises soumises au SEEQE. Dans ces deux décisions, la Commission a tout d'abord conclu que des dérogations de ce genre étaient constitutives d'aides[1630]. Ensuite, sur le terrain de leur compatibilité, la Commission a fait application de la directive 2003/96. Dans la première décision, l'État membre accordait une réduction d'une taxe sur le CO_2 aux seules entreprises grandes consommatrices d'énergie mais qui respectaient les niveaux *minima* harmonisés. La Commission avait alors appliqué, non pas le régime des paragraphes 2 à 4 de l'article 17, mais celui du paragraphe premier. Dès lors que les conditions établies par ce dernier étaient respectées, la taxe était compatible en application des autres conditions des lignes directrices de 2008[1631]. En revanche, il en allait différemment dans la seconde décision, où un État entendait appliquer aux entreprises grandes consommatrices d'énergie soumises au SEEQE un niveau d'imposition inférieur aux *minima* harmonisés. À cet égard, la Commission a débuté son analyse en se fondant explicitement sur l'arrêt *BP Chemicals* et l'obligation pesant sur les États de respecter les directives, en précisant que, pour le cas d'espèce, *« cela implique avant tout le respect de la directive sur la taxation de l'énergie »*[1632]. Or, ainsi que cela a été précisé ci-dessus, dans le cas de réductions d'impôt inférieurs aux niveaux *minima*, le paragraphe 4 de l'article 17 de la directive 2003/96 conditionne cette réduction de taxes à la soumission des entreprises concernées à des mécanismes d'échange de quotas permettant d'atteindre des objectifs « *à peu près équivalents »* à ceux que lesdits niveaux permettraient d'atteindre. La Commission se trouvait donc dans la situation décrite par le Tribunal dans

[1629] Directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003, préc., article 17, paragraphe 2-4.
[1630] Décision de la Commission du 13 mai 2008, State aid case N 22/2008 – Sweden CO_2 tax reduction for fuel used in installations covered by EU ETS (C(2008)1917), pts. 16-18 ; décision 2009/972/CE de la Commission du 17 juin 2009, préc., pts. 36-47 ; sur ce point, on peut noter un décalage avec les annonces faites par la Commission qui soutenait que des telles réductions de taxes pourraient être jugées non sélectives car justifiées par la nature ou l'économie du système fiscal (commission Staff Working Paper du 24 octobre 2002, préc., p. 3). En effet, cette justification a été finalement écartée au motif que les objectifs poursuivis par une taxe sur le CO_2 et le SEEQE n'étaient pas équivalents : v. *supra*, n° 343.
[1631] Décision de la Commission du 13 mai 2008, State aid case N 22/2008, préc., pts. 23-26.
[1632] Décision 2009/972/CE de la Commission du 17 juin 2009, préc., pt. 50.

l'arrêt *BP Chemicals*, en ce sens qu'elle devait se prêter à *« l'interprétation plausible des notions législatives de caractère vague et indéterminé »*[1633] — pour dire le moins — qui figurent dans une directive. Alors que l'État membre en cause n'avait pas fourni d'éléments permettant d'interpréter le critère d'équivalence contenu dans le droit dérivé, la Commission avait soutenu que *« eu égard au niveau des prix prévus par le [SEEQE] comparé aux niveaux minimaux communautaires, il est […] possible d'exclure que les effets du [SEEQE] soient globalement équivalents à ce que l'on aurait obtenu avec la taxe sur les émissions de CO_2 »*[1634]. Dès lors, la compatibilité de l'aide ne pouvait être admise sur la base du paragraphe 4 de l'article 17 de la directive. Au final, la Commission avait conclu à l'incompatibilité avec le marché intérieur de la réduction de taxe, du moins pour la partie qui était inférieure aux niveaux *minima*, l'autre partie pouvant quant à elle être admise en application du paragraphe premier de la même disposition[1635].

848. Au final, on perçoit bien l'intérêt pour la Commission d'appliquer la jurisprudence *BP Chemicals* dans le contexte du contrôle des actes nationaux d'exécution de la directive 2003/96. Des lors que les États membres exercent la marge de manœuvre dont ils disposent pour adopter des exonérations de taxes, les mesures nationales, puisqu'elles accordent un traitement fiscal privilégié à certaines entreprises, tombent dans le champ du pouvoir d'encadrement — sous réserve toutefois qu'elles ne relèvent pas du RGEC[1636]. Elles doivent donc être notifiées en application du paragraphe 3 de l'article 108 TFUE. La Commission doit alors vérifier leur compatibilité au regard des deux strates de réglementation que constituent la directive 2003/96 et sa doctrine administrative. Dans cette configuration, le recours en manquement pour assurer le respect de la directive devient tout à fait inutile. Si les États membres manquent à leurs obligations d'exécution correcte du droit dérivé, ils seront sanctionnés grâce au pouvoir d'encadrement. Les mesures nationales contraires au droit dérivé sont incompatibles avec le marché intérieur en vertu de l'article 107 TFUE et de la jurisprudence sur le guichet unique, de sorte qu'elles ne peuvent être légalement mises à exécution. Il faut toutefois en mesurer les conséquences. Alors que l'appréciation d'un manquement au titre des articles 258 à 260 TFUE implique, de la part de la Commission, la

---

[1633] TPICE, 27 septembre 2000, *BP Chemicals/Commission*, préc., pt. 56.

[1634] Décision 2009/972/CE de la Commission du 17 juin 2009, préc., pt. 50. Notons par ailleurs que la Commission avait précisé que *« on peut laisser ouverte la question de savoir si l'article 17, paragraphe 4, de la directive sur la taxation de l'énergie est également applicable aux systèmes d'échange de droits d'émissions dans le cadre du système communautaire d'échange de quotas, ou si les entreprises considérées doivent, aux fins de cette disposition, être incluses dans des régimes distincts non obligatoires en vertu du droit communautaire »* : *ibid*., note 32 de bas de page 24.

[1635] *Ibid*., pts. 57-66.

[1636] Règlement 800/2008 CE de la Commission du 6 août 2008, préc., article 25.

saisine du juge et que la solution définitive appartient à ce dernier, l'application de la jurisprudence *BP Chemicals* renforce le pouvoir de la Commission puisque le respect du droit dérivé est assuré par le truchement de son pouvoir autonome.

Conclusion du Chapitre I

849. L'analyse détaillée des actes régissant le régime juridique des aides permet de souligner que la Commission dispose d'un pouvoir général de réglementation qui, à bien des égards, s'approche d'une harmonisation des instruments économiques de la protection de l'environnement. Ce pouvoir trouve principalement son fondement dans des actes atypiques qui posent des conditions générales de compatibilité des mesures de la protection de l'environnement. Puisque la Commission ne peut en aucun cas adopter des obligations de faire sur la base des articles 107 et 108 TFUE, le rapprochement avec l'harmonisation est permis à la condition que l'on procède à une analyse concrète : l'évaluation du degré réel de la contrainte procédant du droit des aides doit être effectuée en fonction du contexte de l'adoption des mesures nationales dont les variantes amènent à réfléchir en termes de graduation.

850. Lorsque les États membres veulent agir, la contrainte reste limitée : ils ont tout intérêt à se conformer aux conditions que posent les actes atypiques ou le RGEC, sauf à risquer une censure sur la base de l'article 107 TFUE. Dès qu'ils ont agi, la contrainte est plus forte. Si leurs mesures ne relèvent pas du RGEC, ils doivent tenir compte des mesures utiles contenues dans les actes atypiques, sauf à renoncer aux instruments qu'ils ont mis en place. Enfin, dans le cadre du domaine harmonisé, le chevauchement des deux strates de normes fait que la contrainte procédant des actes atypiques devient maximale. Lorsque l'harmonisation environnementale oblige les États membres à agir, leurs mesures d'exécution, si elles sont des aides, sont soumises au pouvoir d'encadrement et aux mesures utiles — sauf, là encore, s'ils se conforment au RGEC. La Commission peut alors à loisir poser des critères de compatibilité des aides qui s'ajoutent aux conditions que les États doivent respecter en vertu des directives. Le respect des conditions des actes atypiques et du droit dérivé peut également être vérifié à l'occasion du contrôle sur la base de l'article 108 TFUE des aides contenues dans les actes d'exécution de l'harmonisation. Ainsi, un ensemble de facteurs, de droit ou de fait, confèrent une autorité certaine aux règles générales contenues dans les actes de la Commission. C'est en cela que la contrainte procédant du droit des aides s'approche de l'harmonisation.

851. Au final, les actes atypiques constituent certainement la source de contrainte la plus importante qui puisse découler du régime juridique des aides d'État. Alors qu'ils ne sont pas prévus par le traité, on peut s'interroger, *de lege ferenda*, sur leur légalité. Que la Commission

s'en serve à la place du RGEC pour réduire l'insécurité juridique et assurer l'égalité de traitement semble en soi discutable. Qu'elle y insère des mesures utiles paraît contraire au règlement de procédure. On peut alors s'étonner de la permissivité du juge.

852. Les présents développements, en démontrant que les actes du droit des aides aboutissent à une réglementation générale des politiques de la protection du milieu naturel, ont souligné que le droit des aides d'État produit une quasi-harmonisation du domaine environnemental. Pour compléter, et afin de mettre en lumière le fait que le droit des aides d'État constitue un outil de direction des politiques environnementales nationales, il convient d'analyser le contenu de ces actes.

Chapitre II) L'exercice extensif, outil de direction des politiques environnementales nationales

853. L'harmonisation réalisée par le législateur environnemental de l'Union permet aux institutions d'intervenir dans la définition des fins et des moyens des politiques environnementales des États membres. Or, à bien des égards, on peut considérer que le pouvoir d'encadrement permet d'aboutir à des résultats comparables. Cela s'explique par l'arbitrage que la Commission doit effectuer à l'occasion du contrôle des aides à l'environnement.

854. Dès lors que la Commission applique l'article 107 TFUE à des mesures de protection de l'environnement, elle doit arbitrer entre les exigences de l'intégration économique, qui appelle à éliminer les avantages sélectifs accordés aux entreprises, et celles de la protection de l'environnement, qui justifient le financement de certaines activités par la collectivité. Il semble que cet arbitrage, éminemment politique, soit voué à rechercher la conciliation entre des considérations qu'il n'y a pas lieu de hiérarchiser à la lumière du droit primaire[1637]. Si la protection de l'environnement peut justifier la compatibilité des aides sur la base du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE, on voit mal comment elle pourrait impliquer une remise en cause profonde du cadre juridique assurant le bon fonctionnement du marché intérieur, *a fortiori* lorsqu'elle se trouve considérée au stade des dérogations à une règle prescriptive. En tout état de cause, pour réaliser cet arbitrage, la Commission est investie de l'importante marge d'appréciation que le traité lui accorde aux fins du contrôle des aides. La question est alors de savoir comment, en pratique, la Commission a exercé son pouvoir d'encadrement, afin d'essayer d'en tracer les principales orientations. Une telle étude démontre bien les effets de l'exercice extensif du pouvoir d'encadrement : dans la pratique, l'arbitrage effectué par la Commission, loin de cantonner cette dernière aux considérations liées à la libre concurrence, l'a amené à s'intéresser à la façon de réaliser l'objectif environnemental lui-même. L'interprétation de l'article 107 TFUE lui permet d'imprimer sa volonté sur les mesures de réalisation de cet objectif. Le droit des aides se transforme alors en un outil de direction des politiques environnementales.

855. Cela se manifeste tout d'abord par l'élaboration d'un appareil de justification contenu dans la doctrine administrative. À l'occasion de l'arbitrage entre les nécessités de

[1637] Les objectifs de réalisation d'un marché intérieur et de la protection de l'environnement sont intimement mêlés dans le traité : v. l'alinéa premier du paragraphe 3 de l'article 3 TUE ; v., en ce sens, L. IDOT, « Droit de la concurrence et protection de l'environnement – La relation doit-elle évoluer ? », *op. cit.*, n° 9 ; v., par analogie, C. VIAL, *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, *op. cit.*, spéc. pp. 553-555.

l'environnement et celles de la libre concurrence, la Commission recourt à des arguments juridiques et purement techniques pour légitimer ses choix et s'intéresser à ceux effectués par les États membres. Elle élabore alors un discours politique sur les fins et les moyens des politiques environnementales nationales (Section I). Par ailleurs, la Commission définit de façon active le régime juridique des aides à l'environnement. Il ne s'agit ici pas de proposer une étude en détail du régime juridique actuel des aides à l'environnement tel qu'il ressort des lignes directrices de 2008 et du RGEC qui est déjà fournie par la doctrine[1638]. Il paraît justifié d'axer l'analyse sur les fils rouges de ce régime juridique afin de mettre en lumière les orientations générales de l'exercice extensif du pouvoir d'encadrement. Il s'agit donc d'étudier les éléments fondamentaux de ce régime juridique qui justifient la compatibilité des aides (Section II).

Section I) Le discours politique sur les fins et les moyens des politiques environnementales nationales élaboré en droit des aides d'État

856. Au vu de la portée du pouvoir d'encadrement qui aboutit à une réglementation des politiques environnementales nationales, il n'est guère étonnant que la Commission cherche à légitimer ses orientations par un discours justificateur. La doctrine administrative contient ainsi, à côté des dispositifs d'aides, des considérations générales expliquant les orientations de sa pratique. Ces considérations se réfèrent à des règles de la protection de l'environnement et à la science économique et semblent ainsi donner à ce pouvoir des fondements légaux et rationnels. Il n'en reste pas moins qu'à l'étude, ces éléments de justification semblent utilisés avant tout pour motiver le caractère extensif de l'exercice de ce pouvoir qui conduit la Commission à connaître des fins et des moyens des politiques environnementales nationales. Les références aux règles de la protection de l'environnement semblent avant tout rhétoriques (I), tandis que le recours à l'analyse économique paraît avoir une dimension politique (II).

[1638] V., notamment, K. BACON (dir.), *European Community Law of State Aid*, *op. cit.*, n°s 5.01 et s. ; C. QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, 2ème éd., *op. cit.*, pp. 270 et s. v; P. THIEFFRY, « Environnement – Protection de l'environnement et droit de la concurrence », *op. cit.*, n°s 73 et s.

I) Le caractère rhétorique des références aux règles de la protection de l'environnement

857. Dans sa doctrine administrative, la Commission ne se réfère pas qu'à des règles du droit des aides d'État. Elle mentionne également des règles de droit primaire relatives à la protection de l'environnement. Deux d'entre elles paraissent jouer un rôle particulièrement important : l'article 11 TFUE, qui oblige les institutions de l'Union à tenir compte de l'environnement dans toutes leurs politiques, et le principe du pollueur-payeur. À première vue, le recours à ces principes semble fonder juridiquement l'exercice extensif du pouvoir d'encadrement dans le domaine environnemental, dans la mesure où il apparaît à la fois comme l'exécution d'une obligation et comme un moyen de sanctionner une règle environnementale. Toutefois, à l'analyse, les références tant à l'article 11 TFUE (A) qu'au principe du pollueur-payeur (B) paraissent avoir un caractère avant tout rhétorique.

A) Le caractère rhétorique de la référence à la clause de l'article 11 TFUE

858. En vertu de l'article 11 TFUE, généralement désigné comme contenant un « principe d'intégration » de la protection de l'environnement, *« [l]es exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable »*[1639]. Ce principe d'intégration repose sur l'idée suivante : puisque toutes les activités humaines génèrent des nuisances ou participent à l'épuisement des ressources naturelles, la protection de l'environnement ne se résume pas à une politique spéciale, mais nécessite au-delà une prise en compte horizontale, à travers les diverses actions et politiques de l'Union[1640]. Introduite au moment de l'Acte unique européen, il s'agit de la plus ancienne des « clauses horizontales »[1641] contenues dans le droit primaire[1642].

[1639] L'article 37 de la Charte des droit fondamentaux contient une disposition matériellement proche de l'article 11 TFUE, dont l'existence peut s'expliquer comme une tentative avortée d'introduction dans la Charte d'un « droit à l'environnement » (N. HERVÉ-FOURNEREAU, « Droit à l'environnement et ordre juridique communautaire », *in Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 529). Elle ne sera toutefois pas abordée ici, la Commission n'y faisant pas référence en droit des aides.

[1640] Communication de la Commission au Conseil européen, du 27 mai 1998, partenariat d'intégration : une stratégie pour intégrer l'environnement dans les politiques de l'UE (COM(1998) 333 final) ; communication de la Commission du 24 janvier 2001, sur le sixième programme d'action pour l'environnement, Environnement 2010 : notre avenir, notre choix (COM(2001) 31 final), p. 16.

[1641] Sur ces clauses, contenues aux articles 8 à 13 TFUE, v. C. BLUMANN, L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4ème éd., *op. cit.*, nos 149 et s. ; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, 3ème éd., *op. cit.*, n° 7–006.

[1642] Depuis l'Acte unique européen, sa formulation a évolué au fil des révisions, jusqu'à aboutir à celle que l'on connaît aujourd'hui : v. le paragraphe 2 de l'article 130 R TCEE suite à l'Acte unique ; le paragraphe 2 de

859. S'il est fait mention de cette disposition, c'est parce que la Commission prétend l'appliquer en droit des aides d'État. En effet, depuis l'Acte unique européen, elle mentionne explicitement le principe d'intégration dans toutes ses lignes directrices et semble considérer qu'elle remplit l'obligation qui en procède par la définition d'exceptions spéciales à la règle de l'incompatibilité pour les aides à l'environnement[1643]. La clause de l'article 11 TFUE étant ainsi présentée par la Commission elle-même comme une obligation[1644], il s'agit de savoir dans quelle mesure elle est réellement susceptible d'engendrer une contrainte juridique sur sa politique.

860. À cet égard, on pourra convenir que le libellé de l'article 11 TFUE paraît valider son caractère impératif[1645] : les exigences de la protection de l'environnement *« doivent être »* intégrées dans l'ensemble des actions de l'Union. Il apparaît également qu'il a pour destinataires les organes de l'Union[1646]. En doctrine, où il est généralement soutenu que cette disposition n'est pas dénuée d'effets juridiques[1647], certains auteurs supposent, par hypothèse, que cette règle de droit primaire opposable aux organes de l'Union pourrait constituer un élément de la légalité du droit dérivé[1648]. La jurisprudence paraît confirmer cette première impression.

---

l'article 130 R TCE suite au traité de Maastricht ; le paragraphe 2 de l'article 6 TCE suite au traité d'Amsterdam. V. A. COMOLET, A. DECONINCK, « Le principe d'intégration – historique et interprétation », *REDE*, 2001, n° 2, p. 152 ; E. R. KLATTE, « The principle of integration after 25 years of Community environmental Policy », *RAE*, 1999, n° 3, p. 370. V., également, C. LONDON, « L'intégration de l'environnement dans les politiques communautaires », *BDEI*, 2006, n° 6, p. 44

[1643] Encadrement communautaire des aides d'État à l'environnement (94/C 72/03), préc., pt. 1.2 ; encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pt. 3 ; lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 18 ; on retrouve également cette mention dans les lignes directrices sectorielles : lignes directrices de la communauté concernant les aides d'État dans le secteur agricole et forestier 2007-2013 (2006/C 319/01), préc., pt. 22.

[1644] Elle a en effet qualifié le principe d'obligation légale dont le respect « est en principe soumis au contrôle juridique de la Cour » dans un document déclaratoire : Communication de la Commission au Conseil européen du 27 mai 1998, partenariat d'intégration : une stratégie pour intégrer l'environnement dans les politiques de l'UE (COM(1998) 333 final), p. 3.

[1645] N. DHONDT, *Integration of Environmental Protection into other EC Policies*, Groningen, Europa Law Publishing, 2003, pp. 100-108 ; D. GRIMEAUD, « The Integration of Environmental Concerns into EC Policies : A Genuine Policy Development ? », *EELR*, 2000, n° 7, p. 207, v. p. 216.

[1646] V., en ce sens, CJCE, 14 juillet 1994, *Peralta*, C-379/92, Rec. p. I-3453, pt. 57. Pour certains, des hypothèses d'opposabilité aux États membres ne sauraient être exclues lorsque ces derniers mettent en œuvre des dispositions de droit dérivé contenant le principe : N. DHONDT, *op. cit.*, pp. 34-37 et 48-49 ; N. HERVÉ-FOURNEREAU, « Le principe d'intégration », *in* Y. PETIT (dir.), *Droit et politiques de l'environnement*, Paris, la Documentation française, 2009, notice 3.

[1647] N. DHONDT, *op. cit.*, spéc. pp. 181-183 ; L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, 7ème éd., *op. cit.*, n° 1–26 ; *contra*. D. GRIMEAUD, « The Integration of Environmental Concerns into EC Policies : A Genuine Policy Development ? », *op. cit.*, pp. 215-217.

[1648] N. DHONDT, op. cit., pp. 165-169 ; N. HERVÉ-FOURNEREAU, « Le 'principe' d'intégration des exigences de la protection de l'environnement : essai de clarification juridique », *in Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, *op. cit.*, p. 643, spéc. pp. 667-668.

861. Ainsi, en matière d'aides d'État, le juge semble indiquer que la prise en compte de la protection de l'environnement au stade de l'appréciation de la compatibilité des aides d'État est impérative. La Cour a interprété l'article 11 TFUE en ce sens, considérant que cette disposition implique que les exigences de la protection de l'environnement *« doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre notamment d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur »*[1649]. La jurisprudence du Tribunal est plus explicite encore. Il a tout d'abord jugé que cette clause pouvait jouer lorsqu'était en cause la compatibilité d'une mesure environnementale[1650], en se fondant sur la jurisprudence selon laquelle la procédure de contrôle des aides ne pouvait aboutir à un résultat contraire à une règle du traité[1651]. Cela imposait à la Commission de tenir compte des autres politiques de l'Union et de leurs objectifs lors de l'application du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE et, en l'occurrence, de la protection de l'environnement[1652]. Il a également jugé que *« la compatibilité d'un projet d'aide visant la protection de l'environnement avec le marché commun s'apprécie conformément aux dispositions combinées des articles [11 et 107 TFUE] »*[1653]. Ces considérations répétées pourraient ainsi s'interpréter comme consacrant une obligation valable dans le champ de la définition du régime juridique des aides d'État.

862. Toutefois, il convient de dépasser ces premières impressions. Au-delà des effets d'annonce de la jurisprudence, affirmer que l'article 11 TFUE a un caractère contraignant implique qu'il produise des effets juridiques concrets, notamment sur le terrain de la légalité des actes de la Commission. Or, à l'analyse, l'obligation de prendre en compte la protection de l'environnement n'a que l'apparence d'une règle contraignante.

863. En effet, et nonobstant les arrêts susmentionnés, le juge n'a jamais effectué, à notre connaissance, de contrôle abouti de la légalité d'un acte au regard de l'article 11 TFUE. Ce constat n'est pas propre au droit des aides. Les applications les plus significatives du principe d'intégration concernent le contentieux de la base juridique. La Cour s'en sert pour justifier que les actes adoptés sur les bases autres que celles de la politique environnementale puissent contenir des règles afférentes à la protection du milieu naturel[1654]. Ce principe a eu également

---

[1649] CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates /Commission*, préc., pts. 90-92, spéc. pt. 90.
[1650] TPICE, 20 septembre 2007, *Fachvereinigung Mineralfaserindustrie/Commission*, préc., pt. 142.
[1651] V. CJCE, 19 septembre 2000, *Allemagne/Commission*, C-156/98, Rec. p. I-6857, pt. 78.
[1652] TPICE, 20 septembre 2007, *Fachvereinigung Mineralfaserindustrie/Commission*, préc., pt. 142.
[1653] TPICE, 18 novembre 2004, *Ferriere Nord/Commission*, T-176/01, Rec. II-3937, pt. 134.
[1654] V., en matière de Politique agricole commune : CJCE, 29 mars 1990, *Grèce/Conseil*, C-62/88, Rec. p. I-1527, pt. 20 ; CJCE, 24 novembre 1993, *Mondiet/Armement Islais*, C-405/92, Rec. p. I-6133, pt. 27 ; CJCE, 19 septembre 2002, *Huber*, C-336/00, Rec. p. I-7699, pt. 33 ; CJCE, 16 juillet 2009, *Horvath*, C-428/07, Rec. p. I-6355, pt. 29 ; Y. PETIT, « Agriculture », *Rép. communautaire Dalloz*, n° 112. V., en matière de politique des transports, CJCE, 23 octobre 2007, *Commission/Conseil*, C-440/05, Rec. p. I-9097, pt. 60 ; obs. L. GRARD, *Rev.*

une incidence pour l'interprétation du droit dérivé en matière de marchés publics. La Cour a ainsi déduit de l'actuel article 11 TFUE que des critères environnementaux peuvent être retenus par le pouvoir adjudicateur s'ils sont liés à l'objet du marché concerné[1655]. Pour le reste, il apparaît surtout dans des éléments surabondants de motivation, comme par exemple en matière de mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives, où le recours à l'actuel article 11 TFUE n'est effectué par la Cour que pour appuyer sa jurisprudence constante[1656] selon laquelle la protection de l'environnement relève des exigences impératives d'intérêt général[1657].

864. Cette portée limitée du principe dans la jurisprudence s'explique certainement parce que l'article 11 TFUE, bien qu'il soit rédigé en termes prescriptifs, souffre d'une importante indétermination. Tout d'abord, la référence à l'objectif de développement durable ne joue pas dans le sens de la clarification lorsque l'on sait le flou de cette notion[1658], sauf à considérer qu'il y a là une confirmation de la nécessité de concilier l'objectif de protection de l'environnement avec d'autres objectifs socio-économiques lorsqu'il est pris en compte dans les différentes actions de l'Union[1659], ce qui ne fournit guère d'éléments plus précis. Ensuite, le principe contenu dans l'article 11 TFUE exige l'intégration des *« exigences de la protection de l'environnement »*. Cette expression, que l'on peut éventuellement retrouver dans des intitulés d'actes de droit dérivé[1660], n'évoque pas directement une notion contenue ailleurs dans le droit primaire. Est-ce à dire que les auteurs du traité ont voulu viser par là l'ensemble des objectifs, principes et critères d'élaboration contenus à l'article 191 TFUE et qui définissent la politique environnementale de l'Union[1661] ? Enfin, la principale difficulté réside

---

dr. transp., décembre 2007, n° 11, comm. n° 243 ; obs. S. MARCIALI, *RDP*, 2008, n° 4, p. 1231 ; obs. C. VIAL, *Environnement et développement durable*, 2008, n° 2, comm. 39.

[1655] CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, Rec. p. I-7213, pts. 57 et 64.

[1656] CJCE, 20 septembre 1988, *Commission/Danemark*, 302/86, Rec. p. 4607, pt. 9 ; CJCE, 5 février 2004, *Commission/Italie*, C-270/02, Rec. p. I-1559, pt. 21 ; v. C. VIAL, *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 197 et s.

[1657] CJCE, 15 novembre 2005, *Commission/Autriche*, C-320/03, Rec. p. I-9871, pts. 72-73 ; obs. F. MARIATTE, *Europe*, 2006, n° 1, comm. 11 ; CJCE, 21 décembre 2011, *Commission/Autriche*, C-28/09, non encore publié au Recueil ; obs. A. RIGAUX, *Europe*, 2012, n° 2, comm. 75

[1658] En ce sens, N. DHONDT, *Integration of Environmental Protection*, *op. cit.*, pp. 71-72 ; N. HERVÉ-FOURNEREAU, « Le 'principe' d'intégration des exigences de la protection de l'environnement », *op. cit.*, pp. 648-652 ; v., plus généralement, sur le développement durable : C. CANS, « Environnement et développement durable », *in* Y. PETIT (dir.), *Droit et politiques de l'environnement*, *op. cit.*, 1, notice 1 ; N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, *op. cit.*, 2010, n° 6.

[1659] Concl. de l'avocat général P. LÉGER sous CJCE, 7 novembre 2000, *First Corporate Shipping*, C-371/98, points 54-57.

[1660] Règlement 2078/92/CEE du Conseil, du 30 juin 1992, concernant des méthodes de production agricole compatibles avec les exigences de la protection de l'environnement ainsi que l'entretien de l'espace naturel (JO L 215 du 30 juillet 1992, p. 85).

[1661] Certains défendent cette position : N. DHONDT, *op. cit.*, pp. 72-79 ; M. KAMMINGA, « Improving Integration of Environmental Requirements into Other EC Policies », *EELR*, 1994, n° 1, p. 23.

dans l'interprétation de la partie de phrase selon laquelle les exigences de la protection de l'environnement *« doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union »*. Pour que l'article 11 TFUE fasse l'objet d'une véritable sanction, il faudrait au préalable établir ce que signifie précisément « intégrer » ces exigences.

865. Sur ce point, certains auteurs concluent que la clause d'intégration peut aller d'une obligation souple de prise en compte à une obligation plus stricte de faire prévaloir les considérations environnementales sur celles des autres politiques qui entrent en conflit avec elle[1662]. Toutefois ces propositions ne suggèrent pas réellement de critères précis d'évaluation et, dès lors, ne paraissent apporter que des embryons de réponse. Or, la sanction juridictionnelle de l'article 11 TFUE impliquerait la détermination claire de critères à partir desquels le juge pourrait apprécier que la protection de l'environnement a bel et bien été « intégrée » par les organes de l'Union dans le contexte d'une politique donnée et, partant, que l'obligation est respectée. Le juge qui s'engagerait sérieusement dans cette voie risquerait de se heurter à des difficultés redoutables. Il est possible de le démontrer pour le cas du droit des aides d'État.

866. En cette matière, l'adoption d'actes comme la doctrine administrative ou le RGEC peut s'interpréter comme une prise en compte de la protection de l'environnement en droit des aides. On pourrait éventuellement admettre qu'une décision individuelle de la Commission refusant par principe d'admettre que l'environnement puisse fonder la compatibilité d'une aide avec le marché intérieur puisse être invalidée par le juge. Au-delà, le contrôle concret de la pratique de la Commission appelle des évaluations éminemment politiques. Par exemple, vérifier que la Commission « intègre » bien la protection de l'environnement lorsqu'elle n'admet qu'à des conditions restrictives la compatibilité des aides au traitement des déchets impliquerait d'évaluer les enjeux économiques et environnementaux de la politique des déchets et ses besoins en termes de financement public. Il sera alors difficile pour le juge de démontrer qu'un autre régime juridique aurait permis de mieux protéger l'environnement, à plus forte raison qu'il refuse de se substituer à la Commission dans les *« évaluations d'ordre économique et social »*[1663] qu'implique l'appréciation de la compatibilité d'une aide. De même, le choix de recourir ou non à l'exemption catégorielle pour les aides à l'environnement

[1662] N. DHONDT, *op. cit.*, pp. 80 et s. ; v., plus spécifiquement, en droit de la concurrence : S. KINGSTON, « Integrating Environmental Protection and EU Competition Law : Why Competition Isn't Special », *European Law Journal*, 2010 (6), p. 780, spéc. pp. 786-791.

[1663] CJCE, 24 février 1987, *Deufil/Commission*, préc., pt. 18 ; CJCE, 21 mars 1991, *Italie/Commission*, préc., pt. 34 ; CJCE, 12 décembre 2002, *France/Commission*, préc., pt. 41 ; CJCE, 15 décembre 2005, *Unicredito Italiano*, préc., pt. 71

semble difficile à sanctionner[1664]. En tout état de cause, on peut supposer que la Commission trouvera facilement des motifs justifiant qu'une solution donnée correspond à une prise en compte effective de l'environnement. Cela pourrait expliquer qu'il n'existe pas, du moins à notre connaissance, une affaire dans laquelle le juge ait annulé un acte du droit des aides d'État sur le fondement de l'article 11 TFUE.

867. Eu égard à ces considérations, on peut se ranger à la position des auteurs qui soutiennent que la prise en compte de la protection de l'environnement dans les politiques de l'Union dépend surtout de la volonté politique des institutions et que la sanction du principe d'intégration dans le cadre d'un recours en annulation soulève des problèmes considérables au vu de son imprécision[1665], de sorte que l'on peut y voir tout au plus un *« principe juridique émergent »*[1666] de la protection de l'environnement. En droit de aides d'État, la doctrine manifeste également de la prudence[1667].

868. Dès lors, l'invocation de l'article 11 TFUE dans les actes de la Commission relatifs aux aides à l'environnement[1668] a avant tout une portée rhétorique[1669]. De surcroît, force est de constater que le principe d'intégration n'est pas à l'origine de la création des régimes de la compatibilité de ces aides. Dès 1974, c'est-à-dire antérieurement à l'Acte unique européen introduisant la première version de la clause d'intégration, la Commission a adopté des lignes directrices à cet égard. L'intégration de l'environnement en droit des aides d'État est donc spontanée avant d'être obligatoire. Depuis l'Acte unique européen, le principe d'intégration peut être vu comme un argument politique parmi d'autres qui justifient la compatibilité des aides à l'environnement. Le développement des actes assurant leur compatibilité peut

---

[1664] Du reste, le RGEC ne fait quant à lui pas référence à l'actuel article 11 TFUE.

[1665] C. VIAL, *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, *op. cit.*, pp. 63-68 ; N. HERVÉ-FOURNEREAU, « Le 'principe' d'intégration des exigences de la protection de l'environnement », *op. cit.*, pp. 672 et s.

[1666] Y. PETIT, « Environnement », *op. cit.*, n° 112.

[1667] Les auteurs paraissent traiter généralement l'intégration sous l'angle des propositions théoriques et pratiques faites par les institutions pour concilier la protection de l'environnement et le respect de la libre concurrence : v. L. IDOT, « Environnement et droit communautaire de la concurrence », *op. cit.*, n° 1 ; du même auteur, « Droit de la concurrence et protection de l'environnement – La relation doit-elle évoluer ? », *op. cit.*, n° 2 ; P. THIEFFRY, « Environnement – Protection de l'environnement et droit de la concurrence », *op. cit.*, n°s 1-2 ; *comp.* S. KINGSTON, « Integrating Environmental Protection and EU Competition Law : Why Competition Isn't Special », *op. cit.* : ce dernier auteur cherche à justifier de *lege ferenda* la force obligatoire de l'article 11 TFUE en droit de la concurrence sur la base d'un argumentaire juridique augmenté de considérations politiques assumées, ce qui paraît avant tout confirmer la dimension politique de sa sanction.

[1668] Encadrement communautaire des aides d'État à l'environnement (94/C 72/03), préc., pt. 1.2 ; encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pt. 3 ; lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 18.

[1669] Il n'est d'ailleurs pas systématiquement mentionné par la Cour lorsqu'il est question de la compatibilité des aides à l'environnement : CJCE, 8 novembre 2001, Adria-Wien Pipeline, préc., pt. 31 ; CJCE, 13 février 2003, *Espagne/Commission*, C-409/00, préc., pt. 46 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, préc., pt. 75.

s'expliquer plus sûrement par des facteurs externes à l'ordre juridique de l'Union. La Commission effectue des choix d'opportunité qui sont certainement liés à la montée en puissance des politiques environnementales nationales, au constat que ces dernières impliquent le versement d'aides aux entreprises, afin d'éviter qu'elles engendrent d'importants déficits de compétitivité et à l'absence d'incompatibilité absolue entre ces aides et l'intégration économique.

869. Au final, et au vu de l'ensemble de ces considérations, il est difficile de soutenir que la prise en compte de la protection de l'environnement en droit des aides d'État résulte d'une obligation juridique qui pourrait contraindre réellement la Commission dans la définition du régime juridique des aides d'État. Il s'agit avant tout d'une orientation politique, à laquelle la Commission donne une « teinte environnementale » en se revendiquant du principe d'intégration, sans pour autant négliger l'objectif de bon fonctionnement du marché intérieur. En réalité, le principe d'intégration semble avant tout favoriser le discours politique de la Commission sur la conciliation entre protection de l'environnement et libre concurrence. C'est ce qui peut être confirmé en étudiant le caractère également rhétorique de la référence au principe du pollueur-payeur.

B) Le caractère rhétorique de la référence au principe du pollueur-payeur

870. La doctrine souligne souvent que le principe d'intégration impliquerait la prise en compte des principes de la protection de l'environnement contenus au paragraphe 2 de l'actuel article 191 TFUE[1670], ce qui produirait une exportation de ces derniers dans les actes pris dans les politiques sectorielles de l'Union[1671] — qui, du reste, se vérifie dans le droit positif[1672]. Or, force est de constater que la Commission fait référence en droit des aides d'État au principe du pollueur-payeur, consacré en l'état du droit positif au paragraphe 2 de

[1670] Il s'agit des principes de prévention, de précaution, de correction par priorité à la source des atteintes à l'environnement et du pollueur-payeur.

[1671] N. DHONDT, *Integration of Environmental Protection*, *op. cit.*, pp. 72-79 ; J. GUYOMARD, *L'intégration de l'environnement dans les politiques intra-communautaires*, Paris, éd. Apogée, 1995, pp. 28 et s. ; N. HERVÉ-FOURNEREAU, « Le 'principe' d'intégration des exigences de la protection de l'environnement : essai de clarification juridique », *op. cit.*, pp. 671-672 ; N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution – Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1999p. 251.

[1672] Par exemple, certains actes de la politique des transport prétendent faire application des principes de la protection de l'environnement : v. directive 2006/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 17 mai 2006, modifiant la directive 1999/62/CE relative à la taxation des poids lourds pour l'utilisation de certaines infrastructures (JO L 157 du 9 juin 2006, p. 8), considérants 2 et 18 ; directive 2009/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 octobre 2009, modifiant la directive 2005/35/CE relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions, (JO L 280 du 27 octobre 2009, p. 52), considérant 10.

l'article 191 TFUE, parmi les principes de la politique environnementale de l'Union[1673]. Mieux, elle prétend fonder sa politique en matière d'aides à l'environnement sur ce principe[1674].

871. Aussi, à première vue, semble-t-il possible de considérer que l'application du principe du pollueur-payeur en droit des aides d'État est une manifestation des effets du principe d'intégration. Elle tendrait à assurer une meilleure prise en compte de la protection de l'environnement en cette matière grâce à l'intégration d'un principe juridique qui lui est propre. Toutefois, cette proposition paraît infirmée dès lors que l'on cherche à saisir avec précision le sens accordé au principe du pollueur-payeur en droit des aides d'État

872. À cet égard, il faut préciser que la principe du pollueur-payeur, généralement considéré comme un principe de la protection de l'environnement[1675], a pu être défini en doctrine comme une règle en vertu de laquelle *« le coût de la pollution doit être supporté par son auteur et non par la société »*[1676]. Il indique que les politiques environnementales doivent s'efforcer d'imputer le coût des mesures de la protection de l'environnement et les coûts administratifs connexes, soit au sujet de droit à l'origine de la pollution, soit, au cas où celui-ci ne pourrait être identifié, au sujet sur lequel il est possible d'agir dans les conditions les plus efficaces[1677].

873. Partant de cette idée simple, il n'en reste pas moins que ce principe est affecté d'une importante imprécision, certainement en raison de sa polysémie et de la diversité des fonctions que l'on entend lui attribuer[1678]. Certains auteurs doutent d'ailleurs qu'il soit

---

[1673] *« La politique de l'environnement […] est fondée […] sur le principe du pollueur-payeur »*.

[1674] Lettre aux États membres [SEC(74) 4264] du 6 novembre 1974, reproduite *in* Commission européenne, *IV*ème *rapport sur la politique de concurrence (1974)*, préc., n° 176 ; encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., spéc. pts. 17-18 ; lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., spéc. pt. 24 ; P. THIEFFRY, *op. cit*., n° 2.

[1675] V., notamment, N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution - Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1999 ; P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, 2ème éd., *op. cit*., pp. 175 et s. *Comp*. E. DE SABRAN-PONTEVÈS, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, PUAM, 2007, spéc. pp. 377 et s., selon qui l'absence de signification juridique autonome du principe invite à douter de l'existence du droit de l'environnement comme branche du droit.

[1676] Y. PETIT, « Environnement », *op. cit.*, n° 128.

[1677] V., en ce sens, Y. MOSSOUX, « La détermination du pollueur et la causalité dans le cadre du principe du pollueur-payeur (art. 191, §2, T.F.U.E.) », *Administration publique*, 2009, n° 4, p. 269, spéc. p. 281 ; S. LECLERC, « Le principe pollueur-payeur », *in* Y. PETIT (dir.), *Droit et politiques de l'environnement*, *op. cit*., pp. 43 et s. ; C. KELBEL, « Droit européen de l'environnement et politique des transports : le principe du pollueur-payeur à la croisée des chemins », *RDUE*, 2011, n° 1, p. 59.

[1678] L'application du principe pollueur payeur permettrait d'inciter à polluer moins, par le recours aux normes ou aux taxes mais aussi de réparer les dommages causés à l'environnement. Ainsi, il remplirait à la fois les fonctions de redistribution, de prévention et même une fonction curative ; v., notamment, A. BLEEKER, « Does the Polluter Pay ? The Polluter-Pays Principle in the Case Law of the European Court of Justice », *EEELR*, 2009, n° 6, p. 289, spéc., pp. 291-292 ; N. de SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de*

possible d'en inférer des effets juridiques précis[1679]. Dans ces conditions, il semble que le sens du principe du pollueur-payeur doive être compris en fonction du contexte dans lequel il est employé, c'est-à-dire, pour ce qui est de la présente étude, celui du droit des aides d'État.

874. Dans ce contexte, le principe est entendu conformément à sa définition originaire par l'OCDE[1680] comme une règle du commerce international s'adressant aux États. Cette acception ressort de la recommandation 75/436 adoptée par le Conseil[1681] dont l'objet était de poser des règles informelles pour garantir le bon fonctionnement du marché intérieur. Cette recommandation indiquait que le principe du pollueur-payeur devrait inciter les États membres à imputer, dans leurs législations environnementales, le coût des mesures de la protection de l'environnement et les coûts administratifs connexes sur la base de principes communs. Surtout, elle invitait les États membres à ne pas fausser ce processus d'imputation par des subventions car leur effet serait de reporter les coûts environnementaux sur la collectivité et non sur les auteurs de la pollution[1682]. C'est cette acception historique qui prévaut en droit des aides. Dans la doctrine administrative de la Commission, le principe du pollueur-payeur n'a guère d'autre signification qu'une interdiction de principe des aides assortie d'exceptions : les aides font obstacle à l'imputation des coûts environnementaux que le principe prône et elles ne peuvent être admises, par dérogation, que dans des hypothèses limitées[1683].

875. Il faut alors s'interroger sur l'intérêt de cette démarche. D'un point de vue strictement juridique, on perçoit mal l'intérêt d'évoquer dans le contexte du pouvoir d'encadrement un principe de l'interdiction des subventions. Si ce principe avait réellement vocation à produire des effets juridiques autonomes en matière d'aides, il devrait emporter une interdiction totale et immédiate des aides à l'environnement. Or, dans la doctrine de la Commission, le principe

---

précaution - Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement, *op. cit.*, v. pp. 64 à 70 ; O. SUTTERLIN, « Principe du pollueur-payeur », *JCl. Environnement et Développement durable*, fasc. 2420, n°s 7-23.

[1679] J. DUREN, « Le pollueur-payeur, l'application et l'avenir du principe », *RMCUE*, 1987, n° 305, p. 144 ; L. KRÄMER, « Le principe du pollueur-payeur ("Verursacher") en droit communautaire, interprétation de l'article 130 R du Traité CEE », *Aménagement- Environnement*, 1991, n° 1, p. 3.

[1680] V. *supra*, n°s 507-508.

[1681] Recommandation du Conseil du 3 mars 1975 relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement, préc.

[1682] V. l'Annexe de la Commission à la Recommandation du Conseil 75/436, préc.

[1683] Lettre aux États membres (SEC(74) 4264) du 6 novembre 1974, reproduite in Commission européenne, *IVème rapport sur la politique de concurrence (1974)*, préc., n° 176 ; encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., spéc. pts. 17-18 ; lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., spéc. pt. 24 ; P. THIEFFRY, « Environnement – Protection de l'environnement et droit de la concurrence », *op. cit.*, n° 45.

du pollueur-payeur ne fait que réitérer la règle contenue à l'article 107 TFUE et ses exceptions[1684]. Il n'a aucune portée juridique autonome en droit des aides d'État.

876. Pourtant, force est de constater que la Commission l'emploie largement. Dès lors, sa principale fonction pourrait être rhétorique. Il faut à cet égard souligner qu'au fil du temps, la Commission semble avoir progressivement intégré l'idée que le versement d'aides à l'environnement avait vocation à perdurer[1685]. À l'origine, dans les années 1970, confrontée au développement des politiques environnementales nationales et aux aides qui les ont accompagnées, elle avait considéré que les entreprises devaient supporter elles-mêmes les coûts des nouvelles réglementations mais que cette charge supplémentaire pouvait entrer en conflit avec les objectifs des politiques industrielles, sociales et régionales des États membres si elle s'avérait trop importante[1686]. Afin d'assurer un équilibre entre la libre concurrence et la poursuite d'un objectif d'un niveau élevé de protection de l'environnement, la Commission a accepté que des aides permettant aux entreprises de s'adapter aux nouvelles charges environnementales puissent être autorisées, mais seulement à titre transitoire. Il était uniquement question de compenser temporairement les charges environnementales pour atteindre, visiblement à moyen terme, un objectif : la pleine application du principe du pollueur-payeur[1687]. Or, dans les années 1980, il est apparu que ce qui était transitoire avait certainement vocation à perdurer et qu'une nouvelle période d'autorisation devait être accordée. Bien que la Commission ait pu justifier cette inflexion en raison de l'entrée en vigueur de l'Acte unique européen consacrant les objectifs de la politique environnementale de l'Union, elle indiquait par ailleurs que les changements de méthode dans la conception de la protection du milieu naturel devaient l'amener à mieux prendre en compte l'intérêt du recours à des mesures dont le ressort est l'incitation financière[1688]. Il semble qu'il y ait ici la reconnaissance implicite que les considérations environnementales impliquent un interventionnisme public dont les formes peuvent être celles des instruments économiques,

---

[1684] E. DE SABRAN-PONTEVÈS, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, *op. cit.*, spéc. pp. 111-112.

[1685] Sur cette évolution, v. P. THIEFFRY, V. DELORGE, « La politique communautaire de l'environnement et le commerce international : le dilemme de la compétitivité industrielle », *Droit et pratique du commerce international*, 1994, n° 1, p. 68, spéc. pp. 73 et s.

[1686] L'analyse de la Commission était ici conforme à celle exprimée par la recommandation du Conseil du 3 mars 1975 relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement, 75/436/Euratom, CECA, CEE (JO L 194 du 25 juillet 1975, p. 1).

[1687] Lettre aux États membres (SEC(74) 4264) du 6 novembre 1974, reproduite *in* Commission européenne, *IV*^{ème} *Rapport sur la politique de concurrence (1974)*, préc., pts. 175-182.

[1688] V. *X*^{ème} *Rapport sur la politique de concurrence (1980)*, *op. cit.*, pts. 225 ; *XVI*^{ème} *Rapport sur la politique de concurrence (1986)*, *op. cit.*, pt. 259 ; *XXIII*^{ème} *Rapport sur la politique de concurrence (1993)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1994, pts. 165-166 ; encadrement communautaire des aides d'État à l'environnement (94/C 72/03), préc., pts. 1.1-1.3.

lesquels produisent leurs effets par des transferts de sommes d'argent susceptibles de relever de l'article 107 TFUE. En effet, résumer les interventions nationales, comme dans l'encadrement de 1974, à la seule hypothèse d'un accompagnement financier de la mise aux normes environnementales correspondait à une version très étriquée des mesures de protection de milieu naturel. Elle semblait les réduire à des subventions classiques, à l'ambition limitée, tandis que les États membres ont multiplié les formes et les objectifs de leurs réglementations environnementales, qui vont des mécanismes de quotas d'émissions de GES aux taxes parafiscales subventionnant l'énergie SER. C'est cette évolution qui est actée par la doctrine administrative ultérieure où l'on assiste, au fil du temps, à la consécration progressive de dispositifs d'aides toujours plus nombreux[1689].

877. S'il y a ainsi une certaine reconsidération de la pratique originelle, le principe du pollueur-payeur n'est pas abandonné dans le discours de la Commission[1690]. Alors que le recours à des aides est avant tout contraire à l'article 107 TFUE, la référence à ce principe lui permet d'ajouter qu'il serait un pis-aller pour protéger l'environnement[1691]. Il reste ainsi utilisé dans son but rhétorique, celui d'un principe économique du commerce international permettant de désigner un état théorique idéal vers lequel il convient de tendre dans le marché intérieur. Sa pleine application est l'objectif à atteindre par la politique des aides dans le domaine environnemental.

878. Au final, et alors qu'à première vue, l'application du principe du polleur-payeur constituait une concrétisation de l'intégration de la protection de l'environnement en droit des aides d'État, le rappel de ses origines économiques, ainsi que l'explicitation de la pratique de la Commission en cette matière, invitent à une inversion de la perspective. À notre connaissance, le premier acte de l'Union à avoir fait application du principe est une décision de la Commission en matière d'aides[1692]. Historiquement, ce sont donc plutôt les règles du traité relatives à la politique environnementale de l'Union qui, en mentionnant le principe du

---

[1689] V, *supra*, n° 756.

[1690] V., en dernier lieu, lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., notamment pt. 6.

[1691] *XXIIIème Rapport sur la politique de concurrence (1993)*, préc., pt. 166

[1692] Décision 73/293/CE de la Commission du 11 septembre 1973, concernant les aides que le gouvernement belge projette d'accorder en faveur de l'extension d'une raffinerie de pétrole à Anvers (province d'Anvers) et de l'implantation d'une nouvelle raffinerie à Kallo (province de Flandre orientale) (JO L 270 du 27 septembre 1973, p. 22), pt. IV ; cette décision est donc antérieure au premier Programme d'action des Communautés européenne en matière d'environnement du 22 novembre 1973 (JO C 112 du 20 décembre 1973, p. 1), v. p. 6, qui est généralement considéré comme la première mention du pollueur-payeur en droit de l'Union (v., par exemple, L. KRÄMER, « The Genesis of EC Environmental Principles », *Research papers in Law, 7/2003*, Collège d'Europe de Bruge, p. 14).

polleur-payeur suite à l'entrée en vigueur de l'Acte unique européen[1693], « intègrent les exigences » du droit des aides d'État.

879. En bref, dans le discours de la Commission, les principes environnementaux ne peuvent guère être perçus comme produisant une véritable contrainte juridique sur la marge de manœuvre de la Commission dans l'exercice de son pouvoir d'encadrement. De surcroît, le principe du pollueur-payeur, loin d'être idéologiquement neutre, véhicule les considérations du libre-échange. Il est ainsi l'un des révélateurs du caractère déterminant de la référence à l'analyse économique dans la politique de la Commission en matière d'aide à l'environnement.

II) La dimension politique du recours à l'analyse économique

880. La science économique fournit les outils techniques indispensables pour l'exercice du pouvoir d'encadrement : le contrôle de la compatibilité des aides d'État implique nécessairement des constatations factuelles consistant en une évaluation de l'état concret du commerce et de la concurrence dans le marché intérieur. Toutefois, il est des analyses prescriptives produites par les économistes qui peuvent véhiculer certaines conceptions de l'intervention de l'État dans l'économie. En somme, le recours à l'analyse économique, qui oscille entre aide technique à la décision et prescription, n'est pas tout à fait neutre. Or, dans le discours de la Commission en matière d'aides à l'environnement, la fonction technique de l'analyse économique en droit des aides d'État apparaît somme toute limitée (A). Cette analyse économique pourrait alors servir de moyen de justification des choix politiques de la Commission (B).

A) Les limites de la fonction technique de l'analyse économique en droit des aides d'État

881. Le droit des aides d'État, en raison de son objet, a toujours fait référence à des concepts économiques. Toutefois, le mouvement de réforme initié par le plan d'action dans le domaine des aides d'État de 2005[1694] paraît renforcer considérablement cette orientation. Cette réforme participe d'une entreprise générale de « modernisation » de l'ensemble du droit de la concurrence de l'Union qui s'explique principalement par l'influence exercée par

[1693] Paragraphe 2 de l'article 130 R TCEE.

[1694] Communication de la Commission du 7 juin 2005, Plan d'action dans le domaine des aides d'État (COM(2005) 107 final), pts. 19-23. À ce sujet, v. les contributions consacrées à la réforme de la politique des aides d'État *in Concurrences*, 2006, n° 1, p. 63.

l'analyse économique du droit initiée outre-Atlantique[1695]. Elle consisterait à utiliser de manière plus approfondie l'outil économique aux fins de la prise de décision.

882. En droit des aides d'État, la Commission déclarait ainsi dans son plan d'action vouloir recourir à *« une analyse économique plus fine »* pour mieux évaluer les conditions dans lesquelles les aides d'État peuvent contribuer à l'accomplissement des objectifs d'intérêt commun dans l'Union[1696]. L'analyse économique serait tout particulièrement renforcée au stade de l'appréciation de la compatibilité des aides[1697] qui ne se ferait plus uniquement en application des considérations politiques et formalistes qui auraient jusqu'ici prévalu[1698], mais au regard des effets concrets des mesures nationales sur les marchés. Pour cela, il conviendrait de recourir aux outils d'évaluation élaborés par la science économique et, plus précisément, par l'économie du bien-être[1699], supposés permettre une prise de décision plus rationnelle[1700].

883. L'analyse économique sert ainsi de support technique à la prise de décision, afin de déterminer dans quelles hypothèses et dans quelle mesure il serait justifié de verser des aides. Concrètement, cette assistance se réalise par l'introduction de critères économiques pour apprécier la compatibilité des aides. C'est ce que soutient la Commission lorsqu'elle explique que l'intervention de l'État dans l'économie devrait être limitée à la correction des

---

[1695] Sur cette influence, v D. SPECTOR, « L'économiste appelé à la barre : la régulation économique et juridique de la concurrence », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 2011, n° 11, p. 237 ; H. W. FRIEDERISZICK, « Economic analysis in EU competition cases », *in* J. DREXL, L. IDOT, J. MONÉGER (dir.), *Economic Theory and Competition Law*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2009, p. 3 ; v., pour une comparaison des pensées américaine et européenne en droit de la concurrence : D. J. GERBER, « Les doctrines européennes et américaines du droit de la concurrence », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2006, p. 120.

[1696] Communication de la Commission du 7 juin 2005, Plan d'action dans le domaine des aides d'État (COM(2005) 107 final), pts. 19-23. À ce sujet, v. les contributions consacrées à la réforme de la politique des aides d'État *in Concurrences*, 2006, n° 1, p. 63.

[1697] Les réflexions sur le recours à l'analyse économique concernent également la qualification d'une mesure d'aide d'État : v., notamment, C. AHLBORN, C. BERG, « Can State Aid Control Learn from Antitrust ? The Need for a Greater Role for Competition Analysis under the State Aid Rules », *in* A. BIONDI, P. EECKHOUT, J. FLYNN (dir.), *The Law of State Aid in the European Union*, *op. cit.*, p. 41. Cependant, nous ne développerons pas cet aspect, dans la mesure où l'analyse économique au stade de la qualification est limitée à l'application du critère de l'opérateur privé en économie de marché v., à ce sujet, J.-Y. CHÉROT, « Le 'plan d'action' de la Commission dans le domaine des aides d'État – Progrès et limites de l'analyse économique dans le contrôle communautaire des aides d'État », *AJDA*, 2007. 2412, pp. 2414-2415.

[1698] L'analyse économique paraît notamment destinée à permettre des appréciations plus abouties là où les institutions de l'Union peuvent traditionnellement préférer le recours à des présomptions légales : P. NEMITZ, « Economic Analysis and State Aid Law : the Questions Lawyers Need to Ask », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, *op. cit.*, p. 27, spéc. pp. 28-29.

[1699] Sur l'économie du bien-être, v. E. BÉNICOURT, *v°* « Microéconomie : Économie du bien-être », *op. cit.* ; F. LÉVÊQUE, *Économie de la réglementation*, *op. cit.*, pp. 7 et s.

[1700] L. COPPI, « The role of economics in State Aid analysis and the balancing test », *in* E. M. SZYSZCZAK (dir.), *Research Handbook on European State Aid Law*, *op. cit.*, p. 64 ; L. HANCHER, « Towards an Economic Analysis of State Aid », *EStAL*, 2005, n° 3, p. 425 ; H. W. FRIEDERISZICK, L.-H. RÖLLER, V. VEROUDEN, « European State Aid Control : an economic Framework », *in* P. BUCCIROSSI (dir.), *Handbook of Antitrust Economics*, Massachusetts Institute of Technology Press, 2007, p. 625, disponible en ligne sur www.http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/publications.html., spéc. pp. 660-661.

« défaillances de marché », c'est-à-dire à des hypothèses où la libre rencontre entre l'offre et la demande ne parvient pas à assurer une allocation optimale des ressources[1701].

884. Ainsi, l'évaluation de la compatibilité d'une aide devrait être menée en application d'un « test » formalisé qui pose un série de critères permettant de mettre en balance l'impact positif de la mesure, à savoir la résolution d'une défaillance de marché, avec ses effets potentiellement négatifs sur la concurrence dans le marché intérieur[1702]. C'est sur cette base que la Commission entend se fonder pour concevoir sa doctrine administrative et les actes de l'exemption catégorielle, mais aussi pour justifier ses décisions individuelles.

885. En matière environnementale, les lignes directrices de 2008[1703], adoptées à la suite du plan d'action[1704], illustrent parfaitement cette évolution. Elles traduisent l'exigence de lutte contre les « externalités négatives » que constituent la pollution et la surexploitation des ressources naturelles[1705]. Les lignes directrices reprennent également le « critère de la mise en balance » qui était consacré dans le plan d'action[1706]. Cette logique est ensuite déclinée à l'occasion de la définition des catégories d'aides environnementales prévues par les dispositifs d'aides et présumées compatibles, qui sont conçues comme autant de mesures aptes à remédier aux défaillances du marché liées à la dégradation du milieu naturel[1707]. Les considérants introductifs du RGEC sont fondés sur le même discours[1708]. Il ressort également des décisions les plus récentes en matière environnementale que la Commission applique cette mise en balance formalisée lorsqu'elle apprécie les mesures en cause directement sur le fondement du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE alors que les lignes directrices ne sont pas applicables[1709].

[1701] Communication de la Commission du 7 juin 2005, Plan d'action dans le domaine des aides d'État, préc., pts. 7-8 et 19-23.

[1702] *Ibid.*, pt. 20.

[1703] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 15 ; v. B. ANDERSEN, « Revision of the environmental guidelines », *EEELR*, 2008, n° 2, p. 23, spéc. pp. 29-30 ; P. THIEFFRY, « Le nouvel encadrement des aides d'État à l'environnement (2008-2014) », *op. cit.*

[1704] Rappelons que de nouvelles lignes directrices relatives aux aides à l'environnement devraient être adoptées dans le courant de l'année 2013 : communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 8 mai 2012, Modernisation de la politique de l'UE en matière d'aides d'État (COM(2012) 209 final), v. pt. 18 b) ; communiqué de presse IP/12/872 du 31 juillet 2012.

[1705] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 8 et 16. La Commission soutient ainsi que *« les présentes lignes directrices définissent les conditions d'autorisation des aides d'État visant à remédier aux défaillances du marché qui conduisent à un niveau de protection de l'environnement infra-optimal »* (pt. 19).

[1706] *Ibid.*, pt. 16.

[1707] *Ibid.*, pts. 43-57 ; les lignes directrices servent également, mais dans une bien moindre mesure, *« à remédier à la défaillance du marché liée à l'information asymétrique »*.

[1708] Règlement 800/2008 CE de la Commission du 6 août 2008, préc., considérant 45.

[1709] V., par exemple, décision de la Commission du 13 juillet 2009, State aid N 629/2008, préc., pts. 38-48.

886. De la sorte, la pratique de la Commission paraît mettre en œuvre l'évolution annoncée dans le plan d'action. La montée en puissance du raisonnement économique paraît incontournable et porteuse d'une nouvelle approche dans la politique des aides d'État qui aurait impacté cette politique dans le domaine environnemental.

887. Toutefois, il semble raisonnable de ne pas s'en tenir aux apparences. En effet, loin d'emporter une révolution de la matière, le renforcement de l'analyse économique comme aide technique à la décision semble relever avant tout de l'effet d'annonce. En réalité, l'impact de la réforme de 2005 paraît fort limité[1710].

888. Tout d'abord, force est de constater que l'appréciation concrète de la compatibilité d'une aide a toujours impliqué l'utilisation ciblée d'indicateurs économiques et d'études empiriques, afin de procéder à la vérification de l'existence d'éléments de faits précis et de les évaluer correctement[1711]. Une telle démarche est utile à la bonne compréhension des enjeux particuliers et des solutions qu'ils appellent. Elle constitue un éclairage nécessaire à la prise de décision, *a fortiori* dans le contexte de l'exercice d'un important pouvoir discrétionnaire[1712]. Le recours à l'analyse économique est donc bien antérieur au plan d'action.

889. On pourrait rétorquer à cela que le plan d'action visait, non pas tant à introduire l'analyse économique, mais plutôt à affiner cette analyse, notamment par le recours à la notion de défaillance de marché. Cette notion a été retenue par la Commission qui préférait ne pas se référer aux critères traditionnels appliqués en droit privé de la concurrence[1713], car elle lui paraissait adaptée à l'évaluation de l'action de l'État, par nature spécifique[1714]. Outre le fait que la notion de défaillance de marché permet de tenir compte non seulement de

---

[1710] V., en ce sens, J.-Y. CHÉROT, « Le 'plan d'action' de la Commission dans le domaine des aides d'État – Progrès et limites de l'analyse économique dans le contrôle communautaire des aides d'État », *op. cit.*, pp. 2417-2419.

[1711] Par exemple, dans la décision à notre connaissance la plus ancienne dans le domaine environnemental, la Commission, pour apprécier la compatibilité de la mesure en cause, s'est fondée sur le produit intérieur brut par habitant, la croissance économique et l'état du marché du travail dans la zone où l'entreprise bénéficiaire était établie, ou encore les excédents du secteur dans lequel cette dernière était active et leurs effets attendus sur l'évolution des prix : décision 73/293/CE de la Commission du 11 septembre 1973 ; v. également, décision 77/260/CEE de la Commission du 22 mars 1977, concernant une aide que le gouvernement belge projette d'accorder en faveur de l'extension des capacités d'une raffinerie de pétrole à Anvers (JO L 80 du 29 mars 1977, p. 23), p. 24, pt. V.

[1712] P. NEMITZ, « Economic Analysis and State Aid Law : The Questions Lawyers Need to Ask », *op. cit.*, p. 39.

[1713] Il a été proposé d'aligner la mesure de l'effet des aides sur le marché sur les méthodes utilisées en droit privé de la concurrence, en mettant l'accent sur le surplus des consommateurs : S. MARTIN, C. STRASSE, « La politique des aides d'État est-elle une politique de concurrence ? », *Concurrences*, 2005, n° 3, p. 52. D'autres ont suggéré de tenir compte également du surplus des producteurs : P. HEIDHUES, R. NITSCHE, « Comments on State Aid Reform – some Implications of an Effects-based Approach », *EStAL*, 2006, n° 1, p. 23, v. pp. 25-27. Ces critères on pu néanmoins sembler inadaptés : T. KLEINER, A. ALEXIS, « Politique des aides d'État : Une analyse économique plus fine au service de l'intérêt commun », *op. cit.*, spéc. n°s 19-29.

[1714] *Ibid.*, pp. 631-636.

l'économie de la concurrence, mais aussi de l'économie publique et de la théorie du commerce international, elle est assez représentative de sa pratique qui n'autorise les aides que dans les cas où l'initiative privée ne semble pas parvenir à la réalisation des objectifs d'intérêt commun. Toutefois, son intérêt pratique reste à ce jour douteux. Si l'identification d'une défaillance de marché est possible, la définition des moyens de la résoudre serait bien plus complexe : les conséquences des défaillances seraient difficiles à mesurer et leur identification ne suffirait pas à déterminer précisément le montant et la forme des aides[1715]. À ce jour, il n'y aurait donc pas une seule méthode d'analyse économique fondée sur un critère précis, mais des choix et des dosages à effectuer entre des critères non exclusifs et néanmoins déterminants pour le résultat de l'analyse. Faute de rationnaliser une matière pourtant déjà fort technique, l'analyse économique, en recourant à des principes économiques de la compatibilité des aides encore à ce jour indéterminés, contribue donc plutôt à la complexifier[1716].

890. De surcroît, la Commission elle-même semble douter de l'intérêt pratique de la notion de défaillance de marché. Dans les lignes directrices relatives aux aides à l'environnement, elle se garde bien d'établir un lien de conséquence direct entre la présence d'une telle défaillance et la compatibilité d'une aide[1717]. Elle soutient également que l'existence d'une externalité négative ne sera en principe pas discutée, certains types de comportements ou l'utilisation de certains biens préjudiciables pour l'environnement devant suffire à l'établir, et qu'elle s'attachera surtout à évaluer si la mesure en cause vise réellement à la résorber[1718]. Cette position s'explique peut-être par le fait que le recours à la notion de défaillance de marché en matière environnementale est à double tranchant : toute pollution dont les coûts ne sont pas répercutés sur le marché est une externalité négative, et l'externalité négative est une défaillance de marché[1719]. Dès lors que la pollution se confond largement avec le concept de défaillance de marché, associer automatiquement cette dernière au versement d'une aide pourrait avoir pour effet paradoxal d'encourager le versement d'aides à l'environnement[1720].

[1715] H. W. FRIEDERISZICK, L.-H. RÖLLER, V. VEROUDEN, *op. cit.*, pp. 636 et s ; V. RABASSA, *op. cit.*, n° 16.
[1716] P. NEMITZ, *op. cit.*, p. 27, spéc. pp. 33-34 et 36-38.
[1717] Ainsi, une défaillance de marché n'autorise pas le recours automatique aux aides d'État car l'intervention publique n'est pas nécessairement l'outil le plus approprié pour la résoudre. Inversement, les aides d'État peuvent *« favoriser le développement durable, qu'il y ait ou non correction des défaillances du marché »* : lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 5 et 45.
[1718] *Ibid.*, pt. 167
[1719] V. DAVID, S. MAIRESSE, P. MAITRE, « Le principe du pollueur-payeur : cohérence des outils et pertinence du principe », *op. cit.*, pp. 89 et s.
[1720] En ce sens, mais indépendamment de la protection de l'environnement, v. J.-L. BUENDIA SIERRA, B. SMULDERS, « The Limited Role of the 'Refined Economic Approach' in Achieving the Objectives of State Aid : Time for Some Realism », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, *op. cit.*, p. 1, v. pp. 15-16.

En tout état de cause, on peut ainsi relativiser les analyses[1721] selon lesquelles la démonstration de l'existence de la défaillance de marché devrait jouer un rôle plus important dans le contentieux des aides suite au plan d'action de la Commission.

891. Il ressort enfin des actes de la Commission que les critères économiques n'ont pas vocation à se substituer aux principes traditionnels de l'appréciation de la compatibilité des aides. On peut en effet constater la constance certaine des principes de la compatibilité des aides à l'environnement que sont la nécessité et la proportionnalité[1722]. Le critère de la mise en balance promu par le plan d'action est finalement avant tout une déclinaison formalisée de ces principes[1723]. Du reste, cette mise en balance entre les effets positifs d'une aide et ses effets sur la concurrence elle-même est annoncé depuis fort longtemps par la Commission[1724] et constitue une exigence jurisprudentielle[1725]. Les dispositifs d'aides n'ont pas non plus connu de bouleversements fondamentaux au fil des dernières réformes de la doctrine administrative[1726]. Le discours de la Commission en général n'a pas connu non plus d'évolutions majeures : les aides étaient considérées comme des obstacles au processus d'« internalisation » des coûts environnementaux bien avant que le plan d'action de la Commission n'annonce la modernisation du droit des aides d'État[1727].

892. En somme, le rôle de l'analyse économique comme assistance à la décision a toujours existé, et son renforcement annoncé depuis 2005 ne modifie guère les principes déjà existants

---

[1721] P. HEIDHUES, R. NITSCHE, « Comments on State Aid Reform – some Implications of an Effects-based Approach », *op. cit.*, p. 33.

[1722] V. les études suivantes, déjà anciennes : C. BLUMANN, « De l'existence d'une politique communautaire des aides nationales », *op. cit.*, pp. 110 et s. ; J.-Y. CHÉROT, *Les aides d'État dans les Communautés européennes*, *op. cit.*, n°s 90-108 ; J.-P. KEPPENNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, *op. cit.*, n°s 494-501.

[1723] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 16.

[1724] Commission européenne, *XIVème Rapport sur la politique de concurrence (1984)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1985, v. n° 202.

[1725] CJCE, 29 avril 2004, *Italie/Commission*, C-372/97, Rec. p. I-3679, pt. 82 ; TPICE, 25 juin 1998, *British Airways e.a. et British Midland Airways/Commission*, T-371/94 et T-394/94, Rec. p. II-2405, pt. 283 ; Trib. UE, 8 juillet 2010, *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt/Commission*, T-396/08, Rec. p. II-141*, Pub.somm., pt. 130 ; obs. B. STROMSKY, *Concurrences*, 2010, n° 4, p. 178.

[1726] Les dispositifs d'aides suivants contenus dans l'encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., se retrouvent ainsi dans les lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc. : les aides aux investissements pour le dépassement de normes communautaires (pt. 29), les aides aux investissements dans le domaine de l'énergie (pts. 30 et s.), les aides à la réhabilitation des sites industriels pollués (pt. 38), les aides à la relocalisation d'entreprises (pt. 39), les aides au fonctionnement en faveur de la gestion des déchets et des économies d'énergie (pts 42 et s.), des énergies renouvelables (pts 54 et s.) et de la production et de l'utilisation industrielle de la cogénération (pts 66-67).

[1727] Décision 73/293/CE de la Commission du 11 septembre 1973, préc., pt. IV ; lettre aux États membres [SEC(74) 4264] du 6 novembre 1974, reproduite *in* Commission européenne, *IVème rapport sur la politique de concurrence (1974)*, préc., n°s 176-178 ; encadrement communautaire des aides d'État à l'environnement (94/C 72/03), préc., pt. 1.4 ; du reste, les évolutions annoncées dans le plan d'action pourraient trouver, de manière générale, leur origine dans le courant des années 1990 : C.-D. EHLERMANN, « State Aids under European Community Competition Law », *Fordham Int'l L.J.*, 1994 (2), p. 410, spéc. p. 421.

d'appréciation de la compatibilité des aides. D'ailleurs, la nouvelle communication sur la modernisation du droit des aides d'État est beaucoup moins prolixe sur l'analyse économique : elle insiste toujours sur l'accent porté à la résolution des défaillances de marché, mais l'expression même d'« analyse économique » n'est plus mentionnée, pas plus que le critère de la mise en balance[1728].

893. Au final, les limites des critères économiques s'expliquent certainement par un autre aspect du droit des aides d'État : ce dernier à pour objet de contrôler des interventions publiques poursuivant des objectifs politiques. Or, les outils économiques ne sont pas conçus pour déterminer des objectifs d'intérêt général qui, par nature, ne peuvent être réduits à des objets quantifiables[1729]. En d'autres termes, les appréciations politiques inhérentes au droit des aides d'État sont difficilement réductibles à des critères économiques. Dans la continuation de cette idée, il est possible de mettre en lumière une seconde dimension de l'analyse économique, à savoir sa fonction politique.

B) L'analyse économique, outil de justification des choix politiques de la Commission

894. Le recours au discours économique ne semble pas se limiter à une fonction de support technique à la prise de décision, permettant l'élaboration de critères concrets pour apprécier la compatibilité des aides à l'environnement. Il remplit également une fonction plus globale de justification de la politique de la Commission. Cette perspective peut se comprendre au regard des tensions qui caractérisent le contrôle des aides. L'appréciation de la compatibilité d'une aide amène la Commission à contrôler les orientations de politiques nationales définies en fonction de considérations notamment non économiques, qui découlent d'évaluations d'opportunité liées à la justice et au bien-être social, mais aussi, pour ce qui concerne la présente étude, de préférences collectives relatives à la protection du milieu naturel[1730]. On comprend dès lors que la Commission ressente le besoin de légitimer ses décisions.

[1728] Communication de la commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 8 mai 2012, Modernisation de la politique de l'UE en matière d'aides d'État, préc. ; il est vrai toutefois que cette nouvelle réforme consiste avant tout à réorienter la pratique de la Commission dans le sens de la stratégie Europe 2020, tandis que le plan d'action de 2005 visait certes un alignement sur la stratégie de Lisbonne, mais aussi un réforme plus ambitieuse, par exemple en termes de décentralisation du contrôle des aides.

[1729] T. KLEINER, A. ALEXIS, *op. cit.*, n°s 35-39 ; les analyses économiques reconnaissent souvent au moins la prise en compte de certaines considérations politiques, liées notamment aux considérations d'équité qui justifient certaines mesures, comme les aides régionales : D. GERADIN, *op. cit.*, p. 71.

[1730] M. BLAUBERGER, « From Negative to Positive Integration ? European State Aid Control Through Soft and Hard Law », *op. cit.*, pp. 9-10.

895. Il n'en reste pas moins que l'analyse économique proposée par la Commission en matière environnementale ne va pas sans rompre la relative neutralité économique[1731] qui caractérise l'article 107 TFUE[1732]. Elle embrasse exclusivement la théorie économique néoclassique et semble rejeter les propositions d'inspiration « keynésienne »[1733]. Les lignes directrices de 2008 relatives aux aides à l'environnement[1734], dont certaines des dispositions *« ressemblent plus à un manuel d'économie qu'à un texte juridique »*[1735], attestent de ce possible glissement[1736]. Ces lignes directrices, en faisant référence à la lutte contre les « externalités négatives » que constituent la pollution et la surexploitation des ressources naturelles[1737], s'appuient sur les thèses des branches pertinentes de l'économie du bien-être que sont l'économie de l'environnement et l'économie des ressources naturelles[1738]. Or, la Commission, en résumant les problématiques environnementales à des échecs de marché, les simplifie à l'extrême tout en construisant un discours prescriptif invitant les États à recourir à des instruments qui respectent les mécanismes de la libre rencontre entre l'offre et la demande[1739]. Elle défend ainsi une position typiquement néoclassique selon laquelle les

---

[1731] Le traité serait caractérisé, à l'origine, par une adhésion aux principes de l'économie de marché, mais il permet toutefois de choisir entre plusieurs options de politique économique, de l'économie de marché néolibérale aux modes de gestion caractéristiques d'une « économie mixte » : J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur l'ordre juridico-économique de la Communauté européenne », *op. cit.*, pp. 26-29.

[1732] C. KAUPA, « The More Economic Approach – a Reform based on Ideology ? », *EStAL*, 2009, n° 3, p. 311, spéc. pp. 317-318.

[1733] Plus généralement, on a pu observer l'influence des idées néolibérales dans la pensée économique européenne à partir des années 1980 : C. JOERGES, « Que reste-t-il de la Constitution économique après la constitutionnalisation de l'Europe – Une rétrospective mélancolique », *Les Cahiers européens de Sciences Po*, 2005, n° 1, disponible sur http://www.cee.sciences-po.fr/erpa/docs/wp_2005_1.pdf, pp. 19 et s. Cette évolution parait dépasser le constat de la conversion pragmatique des institutions au néolibéralisme qui s'explique par une volonté d'appliquer les règles du traité alors que l'harmonisation de nombreuses matière peinait à être réalisée : v. M. WAELBROECK, « Le traité CEE est-il neutre à l'égard des politiques économiques des États membres ? » (1993), reprod. *in Droit international, intégration européenne et libres marchés – Études de droit communautaire européen 1965-2008*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 606.

[1734] Rappelons que de nouvelles lignes directrices relatives aux aides à l'environnement devraient être adoptées dans le courant de l'année 2013 : communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 8 mai 2012, Modernisation de la politique de l'UE en matière d'aides d'État (COM(2012) 209 final), v. pt. 18 b) ; communiqué de presse IP/12/872 du 31 juillet 2012.

[1735] U. SOLTÉSZ, F. SCHATZ, « State Aid for Environmental Protection – The Commission's new Guidelines and the new General Block Exemption Regulation », *op. cit.*, p. 170.

[1736] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 15.

[1737] *Ibid.*, pts. 8 et 16. La Commission soutient ainsi que *« les présentes lignes directrices définissent les conditions d'autorisation des aides d'État visant à remédier aux défaillances du marché qui conduisent à un niveau de protection de l'environnement infra-optimal »* (pt. 19).

[1738] Au sujet de ce branches de la science économique, v., *supra*, n°s 202 et s.

[1739] Certaines dispositions des lignes directrices sont particulièrement révélatrices de cette tendance : v., par exemple, lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 23-24.

marchés sont plus efficients sans intervention publique, cette dernière devant, idéalement, se conformer aux canons du marché[1740].

896. Cette évolution est ambivalente car elle véhicule certaines conceptions de l'intervention de l'État dans l'économie[1741]. Le droit des aides d'État ne sert plus uniquement d'outil de la réalisation du marché intérieur lorsque les exceptions à l'interdiction des aides sont définies en ces termes. Au travers de ce prisme, les soutiens de l'État qui abaissent artificiellement les prix des entreprises ont un impact sur l'intégration économique, mais aussi sur la libre concurrence elle-même, et, *in fine*, sur le niveau de l'endettement public[1742]. La Commission prétend alors mesurer l'efficience de la dépense publique pour la réalisation des objectifs de politique publique en évaluant ses coûts et ses bénéfices[1743], certes en tenant compte des impératifs de solidarité qui justifient certaines interventions sociales ou régionales[1744]. Ainsi, dans le plan d'action de la Commission dans le domaine du droit des aides d'État, l'objectif de la réforme serait de parvenir à des aides *« moins nombreuses et mieux ciblées »*[1745], ce qui justifie la limitation de l'intervention de l'État dans l'économie à la correction des défaillances de marché[1746].

897. Ce possible glissement paraît avéré si l'on s'intéresse aux notions qui structurent la doctrine administrative pour définir les objectifs de la politique des aides d'État dans le domaine environnemental. Le principe du pollueur-payeur est en effet étroitement lié aux analyses économiques qui envisagent les politiques environnementales comme des processus

---

[1740] C. KAUPA, *op. cit.*, p. 314.

[1741] *Ibid.*, pp. 317-318.

[1742] D. GERADIN, « Quel contrôle pour les aides d'État ? », *in Les aides d'État en droit communautaire et en droit national*, *op. cit.*, p. 61, v. pp. 63-67.

[1743] V. communication de la Commission du 8 mai 2012, Modernisation de la politique de l'UE en matière d'aides d'État, préc., pt. 12 : *« Le contrôle des aides d'État revêt […] une importance cruciale pour l'amélioration de l'efficacité et de l'efficience des dépenses publiques engagées sous forme d'aides d'État, l'objectif principal étant de stimuler la croissance dans le marché intérieur, qui passe nécessairement par le développement de la concurrence ».* T. KLEINER, « Modernisation of State aid Policy », *in* E. M. SZYSZCZAK (dir.), *Research Handbook on European State Aid Law*, *op. cit.*, p. 1, spéc. p. 2-5. Cette évolution nous paraît sous-jacente au débat sur la « concurrence-moyen » et la « concurrence-fin », qui s'interroge sur le fait de savoir si le droit de la concurrence n'est qu'un moyen de réaliser le marché intérieur, ou s'il est une fin en soi : A. DECOCQ, G. DECOCQ, *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'Union européenne*, 5ème éd., *op. cit.*, n° 6 ; L. DUBOUIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6ème éd., *op. cit.*, n° 828 ; N. KROES, « La libre concurrence n'est pas une fin en soi… », *Concurrences*, 2007, n° 3 ; C. LEMAIRE, M. WAELBROECK, M. PETITE, « Quel sera l'impact du nouveau traité sur le droit de la concurrence ? Regards juridiques », *Concurrences*, 2008, n° 1, p. 12.

[1744] V. RABASSA, « Quelle place pour l'analyse économique des aides d'État ? (1) », *Concurrences*, 2006, n° 1, p. 63.

[1745] Communication de la Commission du 7 juin 2005, Plan d'action dans le domaine des aides d'État, préc.

[1746] *Ibid.*, pts. 7-8 et 19-23 ; v., à ce sujet, L. COPPI, *op. cit.*, pp. 69-74 ; V. RABASSA, *op. cit.* ; v., également, D. GERADIN, *op. cit.*, pp. 68-71.

d'internalisation des externalités négatives[1747]. Il permet à la Commission de soutenir que le maintien de la concurrence et la protection de l'environnement ne sont pas antagonistes, contrairement à certaines opinions[1748]. Mieux, dans la logique de la Commission, la libre concurrence est nécessaire pour que les coûts environnementaux soient internalisés[1749]. En effet, elle soutient que les politiques environnementales nationales composées d'instruments de première et de deuxième génération constituent un processus d'intégration de ces coûts dans les prix de marché. Or, ce processus implique que le marché ne soit pas faussé. Les aides d'État nuisent à l'équilibre de marché en soulageant certaines entreprises des charges environnementales et portent donc atteinte à cette internalisation. Elles constituent « un optimum de second rang »[1750]. La Commission se pare de la sorte des atours de la rationalité économique pour construire, sur la base d'un principe *« aux allures de slogan publicitaire »*[1751], une représentation du monde dans laquelle l'interdiction des aides est bénéfique à la protection de l'environnement.

898. La Commission ne se contente pas de cette pétition de principe. Sur cette base, elle apprécie directement l'opportunité des interventions environnementales de l'État. Ses dispositifs définissent tout d'abord les objectifs admissibles. Ainsi, dans les lignes directrices de 2008, on trouve des dispositifs généraux qui visent à financer des investissements permettant aux entreprises d'aller au delà des normes applicables et d'acheter des véhicules propres. Il y a ensuite des régimes particuliers, qui autorisent les aides aux économies d'énergie et à l'énergie SER, aux études environnementales, à la gestion des déchets, en faveur de l'assainissement des sites contaminés et à la relocalisation d'entreprises[1752]. Certains dispositifs sont enfin définis en fonction de la forme des aides, les lignes directrices prévoyant des règles spécifiques pour la compatibilité des mécanismes d'échange de quotas et les taxes environnementales[1753]. Le RGEC contient des dispositifs similaires[1754].

[1747] S. LECLERC, « Le principe pollueur-payeur », *op. cit.*. ; P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 175 et s. Il semble, toutefois que le principe du pollueur-payeur, l'imputation et l'internalisation doivent être distingués, certes sans être opposés : E. DE SABRAN-PONTÈVES, « Le principe pollueur-payeur en droit communautaire », *REDE*, 2008, n° 1, p. 21, spéc. pp. 23 à 25 ; OCDE, Principes et concepts environnementaux, *op. cit.*, pt. 40.

[1748] S. CHARBONNEAU, *Droit communautaire de l'environnement*, 2ème éd., Paris, L'Harmattan, 2006, pp. 285 et s. ; *comp*. C. CRAMPES, « Économie, environnement et concurrence », *LPA*, 2006, n° 119, p. 18.

[1749] Encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pt. 3 ; lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 23-26. V., également, A ALEXIS, « Protection de l'environnement et aides d'État : la mise en application du principe pollueur-payeur », *op. cit*., p. 631.

[1750] Commission européenne, *XXIIIème Rapport sur la politique de concurrence (1993)*, *op. cit.*, n° 166.

[1751] M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6ème éd., *op. cit.*, n° 165.

[1752] *Ibid.*, pts. 73-138.

[1753] *Ibid.*, pts. 139-141 et 151-159.

[1754] Règlement 800/2008 CE de la Commission du 6 août 2008, préc., articles 17-25.

899. Au final, on peut considérer que le recours à l'analyse économique participe de l'exercice extensif par la Commission de son pouvoir d'encadrement. Cette dernière a cherché à préciser sa pratique en matière d'aide à l'environnement, certes en poursuivant l'objectif louable d'assurer sa prévisibilité. C'est alors certainement à des fins de justification des orientations de sa politique qu'elle a recouru au discours économique : sa pratique est plus acceptable par les États membres lorsque son bien-fondé est appuyé par des arguments qui véhiculent une forme de rationalité scientifique. Ainsi, le discours économique sert à justifier, si ce n'est dissimuler, des choix politiques.

900. Cet exercice extensif du pouvoir d'encadrement du droit des aides est certainement le produit de l'ambivalence du pouvoir de la Commission. Si l'on s'en tient au cadre établi par le traité, il appartient aux États membres de définir les fins et les moyens de leurs politiques environnementales dans le champ de compétence nationale retenue, et d'exercer leur marge résiduelle de manœuvre dans le champ environnemental harmonisé. La Commission, quant à elle, en vertu des articles 107 et 108 TFUE, a uniquement reçu mandat pour intervenir *« comme organe d'objection, de sanction »*[1755]. Son office est la protection de la concurrence dans le marché intérieur par la sanction d'une règle prescriptive et par l'interprétation de ses exceptions. Lors de l'appréciation de la compatibilité des aides, la Commission n'est en principe *« pas compétente pour juger de l'opportunité des choix politiques des États membres, mais doit juger de la compatibilité des aides au regard de l'article [107], paragraphe 3 »*[1756].

901. À l'analyse, la frontière entre ces deux conceptions de l'office de la Commission est floue, de sorte que l'on peut s'interroger sur la question de savoir si les lignes directrices de la protection de l'environnement sont tout à fait conformes à la lettre de l'article 107 TFUE. L'exercice extensif du pouvoir d'encadrement conduit la Commission à exprimer ses propres choix sur les fins et les moyens des politiques environnementales nationales. Au prétexte d'*« indiqu[er] aux États membres comment poursuivre les objectifs environnementaux avec une moindre incidence sur la concurrence »*[1757], elle recourt au principe du pollueur-payeur pour axer l'intervention publique sur la résorption des pollutions qu'elle identifie, dans le but de parvenir à des aides *« bien conçues »* pour éviter *« un gaspillage de ressources*

[1755] C. BLUMANN, « De l'existence d'une politique communautaire des aides nationales », *op. cit.*, p. 107.
[1756] T. KLEINER, A. ALEXIS, « Politique des aides d'État : Une analyse économique plus fine au service de l'intérêt commun », *op. cit.*, n° 39.
[1757] Décision 2006/598/CE de la Commission du 16 mars 2005, préc., pt. 49.

publiques »[1758]. La dimension prescriptive affirmée des lignes directrices ne va pas sans relativiser la marge de manœuvre qui devrait caractériser le domaine de la protection de l'environnement[1759]. La Commission en vient à définir ce qu'est une « bonne »[1760] politique des instruments économiques de la protection de l'environnement à l'échelle de l'Union, à savoir un recours limité à l'incitation et la compensation, dans les limites qu'elle définit[1761].

902. Dès lors, on saisit bien la dimension politique du discours de la Commission. Au prétexte d'intégrer la protection de l'environnement en droit des aides d'État sur la base de l'article 11 TFUE par la sanction du principe du pollueur-payeur, elle détermine les formes et les objectifs des politiques environnementales nationales. On touche ici à l'ambiguïté intrinsèque du contrôle des aides d'État. Dès lors que la Commission exerce de façon extensive son pouvoir d'encadrement en interprétant le paragraphe 3 de l'article 107 TFUE dans des actes de portée générale, elle est amenée à connaître des finalités des politiques qu'elle contrôle. C'est ce qu'il convient de préciser en étudiant, à présent, les orientations de la politique de la Commission.

Section II) Le contenu du régime juridique des politiques environnementales en droit des aides d'État

903. Le discours politique de la Commission est défini dans un but spécifique : la justification des choix effectués lors de la définition du régime juridique des aides d'État. De la sorte, on peut mesurer la portée concrète de ce discours en étudiant le contenu de ce régime juridique. Étant entendu que certains aspects de ce régime ont déjà été appréciés, incidemment, dans des développements[1762], il n'est ici question que d'en expliquer les éléments fondamentaux. En premier lieu, on peut souligner les éléments qui illustrent comment la Commission traduit en termes juridiques l'opportunité des exceptions à l'incompatibilité des aides (I). Par ailleurs, il est possible de présenter ce régime juridique sous un jour particulier en montrant que l'opportunité de l'autorisation des aides d'État est

[1758] V. communication de la Commission du 8 mai 2012, Modernisation de la politique de l'UE en matière d'aides d'État, préc., pt. 12.
[1759] En ce sens, S. HOLMES, « Environmental Aid : a Case for Fundamental Reform (2) », *EStAL*, 2006, n° 4, p. 735, spéc. p. 737.
[1760] Par analogie avec M. BLAUBERGER, « From Negative to Positive Integration ? European State Aid Control Through Soft and Hard Law », *op. cit*. p. 6.
[1761] Encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pt. 18 ; lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 22.
[1762] V., notamment, *supra*, n°s 807 et s. et 820 et s., au sujet des aides aux énergies SER et des aides sous forme de réductions et d'exonérations de taxes.

fonction d'un état de fait que l'on peut qualifier de concurrence réglementaire environnementale (II).

I) La traduction en termes juridiques de l'opportunité de la compatibilité des aides à l'environnement

904. Deux éléments paraissent remarquables lorsqu'il s'agit d'expliquer comment la Commission apprécie l'opportunité des exceptions à l'incompatibilité des aides à l'environnement. D'une part, il est possible de souligner que, dans le raisonnement de la Commission, les appréciations d'opportunité les plus importantes sont exprimées concrètement sous la forme d'un critère de nécessité des aides (A). D'autre part, il est possible de souligner que le pouvoir d'harmonisation intervient, ici encore, dans l'exercice du pourvoir d'encadrement : les appréciations d'opportunité exprimées au moyen du critère de nécessité sont suceptibles de varier en fonction de l'harmonisation environnementale (B).

A) L'opportunité de la compatibilité exprimée sous la forme d'un critère de nécessité

905. À ce jour, l'érection de la protection de l'environnement en objectif susceptible de fonder, par exception, la compatibilité d'une aide, est bien établie : les aides à l'environnement relèvent des catégories qui *« peuvent être »* compatibles avec le marché intérieur, à titre principal[1763] sur le fondement du c) du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE et à titre accessoire sur le fondement du b)[1764]. Dès lors, il s'agit d'assurer, *« comme il se doit, un équilibrage entre les aspects environnementaux et la politique de concurrence »*[1765]. Pour autant, ainsi qu'on l'a souligné ci-dessus, la protection du milieu naturel ne sert pas de prétexte au laxisme. Il semble assez évident que *« [l]'objectif environnemental de l'aide ne justifie […] pas une dérogation aux règles générales et aux principes en matière de mesures d'aide d'État »*[1766] car dans le système du traité, les aides sont susceptibles d'avoir des effets

[1763] Rappelons qu'à titre exceptionnel, les aides peuvent aussi relever du paragrahe 3 de l'article 107 TFUE.
[1764] Les dispositions du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE visent toutes la réalisation d'objectifs de l'Union, dont la protection de l'environnement (concl. P. LÉGER, présentées le 14 janvier 2003, sous CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark*, préc., pts. 36-41), ce qui serait valable pour les b) et c) de ce paragraphe en raison des références, respectivement, à *« un projet important d'intérêt européen commun »* et à *« l'intérêt commun »*. V. J.-P. KEPPENNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, *op. cit.*, n°s 495 et 505 ; M. HEIDENHAIN(dir.), *European State Aid Law*, *op. cit.*, pp. 152-154 ; v., également, A. EWANS, « Law, policy and equality in the European Union : the example of state aid control », *EL Rev.*, 1998, (5), p. 434, spéc. pp. 440 et s.
[1765] Décision 2006/598/CE de la Commission du 16 mars 2005, préc., pt. 48.
[1766] Décision 2006/598/CE de la Commission du 16 mars 2005, concernant l'aide d'État que l'Italie — région du Latium — entend mettre en œuvre en faveur de la réduction des émissions de gaz à effet de serre (JO L 244 du 7 septembre 2006, p. 8), pt. 49.

néfastes pour le bon fonctionnement du marché intérieur, dans la logique de la Commission, pour la protection de l'environnement si l'on tient compte du principe du pollueur-payeur[1767]. Le principe de base en droit des aides d'État reste celui de l'incompatibilité, énoncé au paragraphe premier de l'article 107 TFUE. Quand bien même cette règle ne serait ni absolue ni inconditionnelle, l'autorisation d'une aide pour des motifs d'intérêt général est une dérogation[1768]. Or, précise la Commission dans le domaine environnemental, *« il convient de donner aux dérogations une interprétation restrictive »*[1769].

906. Pour dépasser ces considérations fort générales et étudier plus en détail les orientations de la politique de la Commission, on peut partir des normes générales structurant son raisonnement et qui sont reprises dans la doctrine administrative.

907. L'existence de ces normes générales s'explique par le fait que malgré leur imprécision, les dispositions du droit primaire fondant la pratique de la Commission comportent les éléments fondamentaux devant guider l'exercice de son pouvoir[1770]. En particulier, le c) du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE n'autorise les aides que *« quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun »*. Les actes pris sur cette base sont en tout état de cause soumis au contrôle juridictionnel de la Cour de justice. Il en résulte une contrainte relative : le juge, qui entend ne pas se substituer à la Commission, effectue un contrôle limité[1771]. À cette occasion, il élabore certains principes généraux sur la base des dispositions du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE[1772] qui peuvent être repris de principes dégagés par la Commission elle-même. Cette dernière exerce donc son pouvoir discrétionnaire d'appréciation de la compatibilité des aides dans une cadre juridique

---

[1767] *Ibid.*, pt. 48.

[1768] V. DI BUCCI, « Quelques aspects institutionnels du droit des aides d'État », *op. cit.*, p. 45 ; A. DYEVRE, « La prise en compte de critères 'extraconcurentiels' dans le droit communautaire de la concurrence », *RIDE*, 2007, n° 4, p. 415.

[1769] Décision 2003/814/CE de la Commission du 23 juillet 2003, relative à l'aide d'État que le Royaume-Uni envisage de verser à une installation de papier journal dans le cadre du programme WRAP (JO L 314 du 23 novembre 2003, p. 26), pt. 121.

[1770] Le pouvoir de la Commission est bien évidemment également limité par les règles généralement opposables aux institutions dans l'ordre juridique de l'Union et, notamment, les principes généraux du droit et les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. V., sur les limites générales du pouvoir discrétionnaire des institutions de l'Union, A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique européen*, *op. cit.*, pp. 223 et s.

[1771] Il s'agit de procéder à *« la vérification du respect des règles de procédure, du caractère suffisant de la motivation, de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir »* ; TPICE, 13 septembre 1995, *TWD/Commission*, T-244/93 et T-486/93, Rec. p. II-2265, pt. 82 ; v., également, CJCE, 14 janvier 1997, *Espagne/Commission*, C-169/95, Rec. p. I-135, pt. 34 ; CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne/Commission*, C-288/96, Rec. p. I-8237, pt. 26 ; CJCE, 12 décembre 2002, *France/Commission*, C-456/00, Rec. p. I-11949, pt. 41 ; CJCE, 15 décembre 2005, *Italie/Commission*, C-66/02, Rec. p. I-10901, pt. 135.

[1772] J.-C. BONICHOT, J.-D. MOUTON, « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'aide publique aux entreprises », *op. cit.*, pp. 207-208 ; M. DONY, F. RENARD, C. SMITS (collab.), *Contrôle des aides d'État*, *op. cit.*, n°s 309 et s.

relativement formalisé. L'ensemble des principes est ainsi retranscrit dans les lignes directrices de 2008 relatives aux aides à l'environnement[1773] : *« la pratique constante de la Commission consiste à considérer que certaines mesures peuvent être déclarées directement compatibles […] lorsqu'elles sont nécessaires et proportionnées et que les effets positifs sur l'objectif d'intérêt commun l'emportent sur les effets négatifs sur la concurrence et les échanges »*[1774]. On peut ainsi dégager trois principes généraux de l'appréciation de la compatibilité des aides, à savoir la contribution de la mesure à un objectif d'intérêt commun, sa nécessité et sa proportionnalité[1775], mais aussi une méthode, celle de la mise en balance, qui conduit la Commission à évaluer tant les effets bénéfiques de l'aide que ses effets sur la concurrence. Ce n'est que si le résultat de cette mise en balance est positif que l'aide peut être autorisée. C'est donc à la lumière de ces principes que l'on peut préciser les traits généraux du régime juridique des aides à l'environnement.

908. Le critère de la contribution à un objectif d'intérêt commun n'est ici guère difficile à cerner : l'objectif de protection de l'environnement acquiert ce statut d'intérêt commun, au regard notamment de l'article 11 TFUE, ce qui permet d'autoriser des aides[1776]. Le critère de la proportionnalité, quant à lui, vise à modérer le montant des aides[1777] : elles ne sont compatibles que lorsqu'elles financent les coûts strictement nécessaires à l'amélioration de la protection de l'environnement et sont diminuées de tous les avantages économiques directs et

[1773] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 16.

[1774] Décision 2011/528/UE de la Commission du 8 mars 2011, préc., pt. 152. Si la Commission se fondait ici sur le c) du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE, les critères annoncés sont valables généralement, lors de toute opération de contrôle de la compatibilité d'une aide.

[1775] Les présentations doctrinales de ces critères peuvent varier selon les auteurs : v. C. BLUMANN, « De l'existence d'une politique communautaire des aides nationales », *op. cit.*, pp. 110 et s. ; J.-Y. CHÉROT, *Les aides d'État dans les Communautés européennes*, *op. cit.*, n°s 90-108 ; du même auteur, *Droit publique économique*, *op. cit.*, n° 136 ; J.-P. KEPPENNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, *op. cit.*, n°s 494-501 ; M. MEROLA, « Introduction à l'étude des règles communautaires en matière d'aides d'État aux entreprises », *RIDE*, 1993, n° 3, p. 275, spéc. p. 298-302 ; G. M. ROBERTI, « Le contrôle de la Commission des Communautés européennes sur les aides nationales », *op. cit.*, p. 407. La Commission, dans ses lignes directrices, mentionne les critères de « l'instrument approprié » et de « l'effet incitatif » (lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 23-29). Toutefois, il s'agit là d'appréciations difficiles à distinguer et qui peuvent être rassemblées sous le critère de la nécessité.

[1776] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 18-22.

[1777] V. *ibid.*, pt. 31. Il se concrétise principalement par la définition de règles pour le calcul des coûts admissibles — c'est-à-dire les sommes précises déboursées par l'entreprise qui peuvent être prises en charge par l'État — et des règles relatives à l'intensité de l'aide — c'est-à-dire la part des coûts admissibles qui peut être prise en charge — dans les dispositions des lignes directrices et du RGEC qui déterminent les dispositifs d'aides présumées compatibles ou compatibles de plein droit : *Ibid.*, pts. 76-84 ; règlement 800/2008 CE de la Commission du 6 août 2008, préc., paragraphes 4-8 de l'article 18.

indirects dont l'entreprise aidée pourrait bénéficier à court et moyen terme[1778]. De la sorte, la distorsion de concurrence reste limitée. ce critère est utile pour mesurer assez simplement les priorités de la politique de la Commission en comparant l'intensité des aides prévues par les divers dispositifs : par exemple, l'intensité maximale des aides à l'adaptation anticipée aux futures normes communautaires est bien plus faible que celle autorisée pour les aides aux études environnementales, et les PME disposent en général d'un traitement plus favorable que les grandes entreprises[1779].

909. Parmi ces critères, c'est finalement celui de la nécessité, que l'on peut associer avec les appréciations visant à vérifier si l'aide est l'instrument approprié pour permettre une modification des comportements[1780] qui est utilisé par la Commission pour justifier l'opportunité des aides et, partant, les orientations de sa politique. Trouvant son origine dans la pratique de la Commission, le critère de la nécessité[1781] a été consacré par la jurisprudence. Le juge indique en effet qu'une aide *« qui apporte une amélioration de la situation financière de l'entreprise bénéficiaire sans être nécessaire pour atteindre les buts prévus à l'article [107, paragraphe 3, TFUE] »*[1782] ne saurait être considérée comme compatible avec le marché commun. Au fond, il est question de savoir si le résultat visé par l'État dispensateur ne pourrait pas être atteint par les seules forces du marché[1783]. Il s'agit alors d'apprécier l'opportunité de l'intervention étatique en fonction de la réalité de son effet incitatif, ce que la Commission évalue sur la base de considérations d'opportunité et, notamment, d'arguments techniques tirés de l'analyse économique comme la présence d'une défaillance de marché. Cette condition est une étape fondamentale du contrôle : la Commission va jusqu'à soutenir

---

[1778] V., par exemple, décision 2004/260/CE de la Commission du 30 avril 2003, relative à l'aide d'État que l'Italie — Région de Toscane — envisage d'exécuter en vue de la réduction des émissions de gaz à effet de serre (JO L 81 du 19 mars 2004, p. 72), pts. 49-69.

[1779] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 88-93.

[1780] *Ibid*., pts. 23-26. L'application de ces deux critères est en effet souvent liée en pratique, de sorte qu'il est parfois difficile de les distinguer.

[1781] Ce critère est parfois désigné en doctrine comme le critère de la contrepartie : G. M. ROBERTI, *op. cit.* ; d'autres auteurs distinguent le critère de la nécessité de celui de la contrepartie (C. BLUMANN, *op. cit.*, pp. 113-116) mais il nous semble qu'ils visent alors par la contrepartie ce que nous désignons comme la contribution à l'intérêt commun. On peut parler également d'évaluation de l'effet incitatif de l'aide, v. P. THIEFFRY, « Environnement – Protection de l'environnement et droit de la concurrence », *op. cit.*, n° 78.

[1782] CJCE, 17 septembre 1980, *Philip Morris/Commission*, préc., pt. 17 ; CJCE, 15 avril 2008, *Nuova Agricast*, C-390/06, Rec. p. I-2577, pt. 68 ; CJUE, 15 septembre 2011, *Allemagne/Commission*, C-544/09 P, Rec. p. I-128*, *Pub.somm*, pt. 44 ; sur cette consécration jurisprudentielle, v. J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, *op. cit.*, n° 135.

[1783] R. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence – t. II B*, *op. cit.*, p. 178.

qu'en l'absence de cet effet incitatif, la mesure en cause ne peut être qualifiée d'aide à l'environnement[1784].

910. Il s'agit tout d'abord d'apprécier la sincérité de l'État membre dispensateur, à qui il appartient de démontrer que la protection de l'environnement ne sert pas d'habillage à une subvention dont l'objet est uniquement de financer une entreprise[1785]. Les lignes directrices de 2008 posent certains critères[1786]. Pour que cette incitation soit avérée, le fait que la mesure en cause modifie le comportement de l'entreprise bénéficiaire afin qu'elle protège mieux le milieu naturel n'est pas suffisant : il convient de vérifier que cette amélioration n'aurait pas pu être obtenue en l'absence d'aide, ce qui rejoint l'analyse des défaillances de marché[1787].

911. De façon plus générale, le critère de nécessité et de l'instrument approprié est l'expression des choix de la Commission dans l'opportunité de délivrance d'une aide. Ainsi, par exemple, la Commission a été particulièrement réticente à admettre la nécessité de mesures permettant à un État de remplir ses propres obligations nées du droit dérivé en matière de recyclage des déchets. Elle s'est justifiée par le fait que cette activité pouvait être exercée de façon spontanée par les opérateurs économiques et que des obligations de collecte

---

[1784] Décision 2009/389/CE de la Commission du 16 juillet 2008, concernant l'aide d'État C 25/2000 (ex N 149/99) que l'Italie envisage de mettre à exécution en faveur de l'entreprise sidérurgique Lucchini Siderurgica SpA (JO L 123 du 19 mai 2009, p. 87), pt. 45.

[1785] Ce contrôle a connu des développements particulièrement significatifs en droit CECA des aides car la condition de nécessité a été définie de façon rigoureuse par la décision 2496/96/CECA de la Commission du 18 décembre 1996, instituant des règles communautaires pour les aides à la sidérurgie (JO L 338 du 28 décembre 1996, p. 42), annexe. La Commission a distingué sur cette base les investissements réalisés pour des raisons économiques des investissements réalisés pour des raisons environnementales : décision 2002/285/CECA de la Commission du 20 décembre 2001, concernant l'aide d'État que la Belgique envisage de mettre à exécution en faveur de Sidmar NV (JO L 105 du 20 avril 2002, p. 29), pt. 16-17 et 20 ; décision 2003/107/CECA de la Commission du 17 juillet 2002, relative à l'aide d'État que l'Italie prévoit d'accorder à ILVA SpA (JO L 45 du 19 février 2003, p. 15), pts. 24-29 ; décision 2001/669/CECA de la Commission du 25 avril 2001, concernant l'aide d'État que l'Autriche envisage d'accorder à Voest Alpine Stahl Linz GmbH (JO L 235 du 4 septembre 2001, p. 13), pts. 15-16 ; décision 2002/81/CECA de la Commission du 28 mars 2001, concernant l'aide que l'Allemagne envisage de mettre à exécution en faveur de l'entreprise sidérurgique BRE.M.A Warmwalzwerk GmbH & Co. KG (JO L 35 du 6 février 2002, p. 15), pts. 26-27. V., également, décision 2001/829/CE CECA de la Commission du 28 mars 2001, relative à l'aide d'État que l'Italie envisage de mettre à exécution en faveur de Ferriere Nord SPA (JO L 310 du 28 novembre 2001, p. 22), pts. 29-31 ; TPICE, 18 novembre 2004, *Ferriere Nord/Commission*, T-176/01, Rec. p. II-3931, pts. 146-156 ; CJCE, 8 mai 2008, *Ferriere Nord/Commission*, C-49/05 P, Rec. p. I-68*, Pub.somm., pts. 90-94 ; décision 2001/466/CECA de la Commission du 21 décembre 2000, concernant l'aide d'État que l'Italie envisage de mettre à exécution en faveur des entreprises sidérurgiques Lucchini SpA et Siderpotenza SpA (JO L 163 du 20 juin 2001, p. 24), pts. 25-35 ; TPICE, 19 septembre 2006, *Lucchini/Commission*, T-166/01, Rec. p. II-2875, pts. 117-133.

[1786] L'effet incitatif sera exclu si le projet devant être financé par une aide a déjà commencé avant que l'aide ne soit notifiée à la Commission. Il est en revanche présumé pour les aides aux PME. Dans tous les autres cas, il appartiendra à l'État membre de démontrer l'effet incitatif en se fondant sur un « scénario contrefactuel » précis qui permet de simuler l'activité des entreprises bénéficiaires sans aide, afin de mieux évaluer l'impact de cette dernière : lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 28 et pts. 142-146. On a pu cependant souligner les difficultés techniques que pouvait poser cette méthode du scénario contrefactuel : A. KLIEMANN, « Aid for Environmental Protection », *op. cit.*, pp. 331-332.

[1787] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 27-29.

et des taxes de mise en décharge étaient suffisantes[1788]. De surcroît, la solution inverse risquerait d'inciter les États membres, au prétexte d'exécuter le droit dérivé, à contourner le droit des aides d'État, donc également le principe du pollueur-payeur, non pas en aidant les entreprises polluantes à polluer moins, mais en subventionnant l'activité des entreprises chargées de traiter leur pollution[1789]. En revanche, les aides au fonctionnement accordées à la production d'énergies renouvelables sont des instruments pleinement appropriés, au motif que leur faible compétitivité crée des barrières à l'entrée et que leur développement est une priorité de la politique de l'Union[1790]. De même, les lignes directrices enseignent que les aides en faveur de la réhabilitation des sites pollués, de la relocalisation des entreprises ou encore celles aux études environnementales sont des instruments appropriés[1791].

912. Au-delà de ces exemples particuliers, il est intéressant de se pencher plus en détail sur le régime des aides à la mise aux normes environnementales que l'on peut considérer comme le régime général des aides à l'environnement. Outre qu'il s'agit du seul régime existant depuis l'origine de la politique des aides, il montre bien comment la nécessité permet de mesurer les orientations générales de la politique de la Commission et, en particulier, la façon dont elle tient compte à ce stade de l'harmonisation environnementale.

B) L'opportunité, fonction de l'harmonisation environnementale

913. Dans le régime juridique des aides d'État à l'environnement, la Commission a inséré un régime particulier relatif aux mesures qui financent les réductions des émissions polluantes des entreprises afin que ces dernières respectent les normes environnementales qui s'imposent à elles. On peut ainsi les désigner comme des aides à la mise aux normes environnementales. La consécration de ce régime s'explique par des considérations d'ordre économique.

914. L'adoption de normes environnementales a un impact négatif sur le patrimoine des entreprises qui en sont destinataires : le respect de ces normes implique d'investir dans des équipements et des installations nouvelles, ce qui augmente les coûts de production. Les prélèvements obligatoires incitatifs, servant le cas échéant à rétribuer des activités

[1788] Décision 2003/814/CE de la Commission du 23 juillet 2003, préc., pt. 190 ; décision 2005/164/CE de la Commission du 8 septembre 2004, préc., pts. 82-87.

[1789] *Ibid.*, pts. 117-124. Remplit en revanche le critère de nécessité une aide finançant des procédés de recyclage d'autres déchets lorsqu'ils sont particulièrement novateurs sur le plan technique et généralement non rentables : décision 2004/317/CE de la Commission du 11 novembre 2003, concernant l'aide d'État que le Royaume-Uni projette d'accorder au titre du WRAP Environmental Grant Funding et du WRAP Lease Guarantee Fund (JO L 102 du 7 avril 2004, p. 59), pt. 68.

[1790] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 48.

[1791] *Ibid.*, pts. 46 et 53-54.

environnementales, ont des effets comparables. De ce point de vue, la protection de l'environnement est une charge pour l'économie. Dans le but de maintenir la compétitivité de leur territoire tout en développant leurs politiques environnementales, les États jugent parfois opportun de faire peser tout ou partie de cette charge sur la collectivité, en aidant les entreprises à se mettre en conformité aux normes environnementales. Ils peuvent alors tomber dans le champ de l'article 107 TFUE.

915. C'est exclusivement sous cet angle qu'a été pensée, à l'origine, la politique de la Commission en matière d'aides à l'environnement. Cela se vérifie notamment au regard de l'annexe à la recommandation du Conseil de 1975 relative à l'imputation des coûts environnementaux[1792]. Confrontée à cette époque au développement unilatéral des politiques environnementales nationales, l'Union invitait les États à ne pas accorder de subventions destinées à limiter la charge des normes environnementales nationales et des redevances pesant sur les entreprises. Elle indiquait également qu'il convenait d'harmoniser les législations environnementales pour résoudre les distorsions causées par la diversité des normes nationales en imposant des charges environnementales communes à toutes les entreprises dans l'Union. Ainsi, en vertu du droit des aides d'État et du principe du pollueur-payeur, tel qu'il est entendu par la Commission, il est préférable pour le marché intérieur et pour l'efficacité de la politique environnementale que les entreprises assument le coût de la conformité aux normes environnementales imposées à leurs activités.

916. Néanmoins, la Commission avait déjà envisagé que des exceptions puissent être accordées pour préserver les objectifs économiques et sociaux des États membres. À l'origine, dans les encadrements des aides à l'environnement de 1974 et de 1994, l'adoption de nouvelles normes, qu'elle émanent de l'Union ou des États membres, constituait un motif d'autorisation d'aides transitoires : la Commission admettait les *« aides destinées à permettre l'adaptation des entreprises existantes aux législations et réglementations qui leur imposent des charges supplémentaires »*, afin de limiter le poids des charges environnementales nouvelles sur la compétitivité[1793]. En revanche, la compatibilité de l'aide était refusée lorsqu'elle visait uniquement à subventionner l'achat d'équipements permettant aux

[1792] Communication de la Commission au Conseil relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement – Principes et modalités d'application, annexée à la recommandation du Conseil du 3 mars 1975 relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement, 75/436/Euratom, CECA, CEE, préc., v. le c) du pt. 4.

[1793] Lettre aux États membres (SEC(74) 4264) du 6 novembre 1974, reproduite *in* Commission européenne, *IVème Rapport sur la politique de concurrence (1974)*, préc., v. pts. 175-182., spéc. pts. 181-182 ; encadrement communautaire des aides d'État à l'environnement (94/C 72/03), préc., pt. 3.2.3.

entreprises de se conformer aux normes environnementales obligatoires déjà existantes, car il n'était pas nécessaire de les inciter à adopter un comportement qui s'impose à elles[1794].

917. En somme, dans les premiers temps de sa pratique, la Commission admettait généralement que des exceptions au droit des aides, donc au principe du pollueur-payeur, puissent être admises pour les aides à la mise aux normes environnementales. Les États pouvaient compenser au moins partiellement les charges découlant des législations environnementales nationales et de l'Union et ce, pour des raisons de compétitivité.

918. La politique de la Commission a toutefois évolué au fil du temps. En particulier, l'encadrement de 2001 consacre un tournant : dans le régime des aides à la mise aux normes environnementales, les normes adoptées par le législateur de l'Union, désignées comme des « normes communautaires », sont désormais distinguées de celles adoptées unilatéralement par les États membres.

919. S'agissant des normes de l'Union, la Commission a considéré que les entreprises avaient bénéficié d'une période d'adaptation pour se conformer aux nouvelles réglementations. En raison de la nécessité d'assurer la vérité des prix par l'internalisation de coûts environnementaux, *« l'octroi d'aides ne se justifie plus en cas d'investissements destinés à simplement se mettre en conformité avec des normes techniques communautaires existantes ou nouvelles »*[1795]. Cette approche est maintenue dans les lignes directrices de 2008[1796]. La position de la Commission s'exprime alors en termes de nécessité. Les aides doivent avoir un effet incitatif. Or, il n'est pas nécessaire d'inciter les entreprises à atteindre le niveau de protection de l'environnement prescrit par les normes environnementales communes puisque, par définition, celles-ci sont obligatoires[1797].

920. Pour que cette interdiction soit effective, la doctrine de la Commission contient une définition des normes environnementales de l'Union[1798]. Elles sont entendues soit comme les

---

[1794] Décision 2001/806/CE de la Commission du 29 novembre 2000, concernant le régime d'aides « Subsidieregeling weegapparatuur en geautomatiseerde bemonsteringsapparatuur » que les Pays-Bas envisagent de mettre à exécution en faveur des petites et moyennes entreprises spécialisées dans le transport du lisier (JO L 305 du 22 novembre 2001, p. 22), pts. 23-24.

[1795] Encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc.,

[1796] Il y a néanmoins un léger infléchissement : alors que les aides à l'investissement en faveur de la mise en conformité anticipée avec la législation communautaire, adoptée mais non encore en vigueur, étaient réservées aux seules PME au titre de l'Encadrement de 2001, le RGEC étend le mécanisme d'exemption catégorielle à de telles aides, tandis que les Lignes directrices en font bénéficier les grandes entreprises : lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 87-90 ; v. P. THIEFFRY, « Le nouvel encadrement des aides à l'environnement », *op. cit.*, n°s 21 et s.

[1797] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. pts. 29 et 45.

[1798] Encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pt. 6 ; lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 70 3) ; v., également, règlement (CE) n° 800/2008 de la Commission, préc., art 17 3) a) et b).

normes obligatoires *« fixant les niveaux à atteindre par les entreprises individuellement »,* soit, à titre alternatif, comme le recours aux meilleures techniques disponibles définies par la directive dite « IPPC »[1799]. Sont ici visées uniquement les normes dont les destinataires sont les entreprises, ce qui exclut les obligations imposées par le législateur de l'Union aux seuls États membres[1800]. Ainsi, en pratique, le contrôle des aides à l'environnement passe par la recherche de normes environnementales contraignantes applicables à l'activité concernée — ce qui peut parfois s'avérer complexe[1801]. La compatibilité sera refusée lorsque la Commission arrive à la conclusion que l'aide permet simplement à une entreprise de se conformer aux normes communautaires applicables[1802]. Ainsi, en l'état du droit, les aides à la mise aux normes environnementales de l'Union sont interdites pour des motifs de protection de la concurrence dans le marché intérieur.

921. En revanche, les aides à la mise aux normes nationales ne sont pas traitées d'une manière identique, du moins lorsqu'elles permettent de dépasser le niveau de protection de l'environnement prévu par l'Union. L'existence de normes de ce genre s'explique par le fait que la politique environnementale de l'Union laisse des domaines non harmonisés, que son action en cette matière repose généralement sur une harmonisation minimale et qu'en en toute hypothèse, l'article 193 TFUE autorise les États à adopter des mesures de protection renforcée

---

[1799] V. directive 96/61/CEE du Conseil du 24 septembre 1996, relative à la prévention et la réduction intégrée de la pollution (JO L 257 du 10 octobre 1996, p. 26) ; cette directive a été modifiée et abrogée plusieurs fois, notamment pour élargir son champ : v. directive 2008/1/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 janvier 2008, relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution (JO L 24 du 29 janvier 2008, p. 8) ; directive 2010/75/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010, relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution) (JO L 334 du 17 décembre 2010, p. 17). La directive IPPC repose sur une procédure d'autorisation des activités industrielles et agricoles particulièrement polluantes. Pour obtenir une autorisation, une installation industrielle doit respecter des obligations de base, comme le recours aux meilleures techniques disponibles — c'est-à-dire les procédés industriels parmi les moins polluants —, ou encore des valeurs limites d'émission des substances polluantes ; v. S. ROUSSEAUX, « Pollution atmosphérique – Droit international et européen », *JCl. Environnement et Développement durable*, fasc. 1932, n°s 72 et s.

[1800] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., note 34 de bas de page 13.

[1801] La directive IPPC ne fixe pas par elle-même les normes industrielles, car il est question de recourir aux meilleures techniques disponibles qui sont définies et régulièrement réévaluées par les autorités nationales et européennes, des entreprises et des associations de protection de l'environnement, puis consignées dans des documents techniques non contraignants dont le contenu est repris dans des autorisations d'exploiter. Pour les difficultés que cela peut poser dans le contexte du contrôle des aides, v., par exemple, décision de la Commission du 1er juin 2005, N 75/2005 – Sweden – Environmental Aid to Volvo Truck Corporation (C(2005) 1469 final), pts. 32-45.

[1802] V., par exemple, pour une aide incompatible car permettant seulement à une entreprise d'atteindre le niveau de protection de l'environnement défini par la directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000, établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau (JO L 327 du 22 décembre 2000, p. 1) : décision 2005/164/CE de la Commission du 8 septembre 2004, concernant l'aide d'État que la Belgique envisage de mettre à exécution en faveur de Stora Enso Langerbrugge (JO L 53 du 26 février 2005, p. 66) pts. 73-77 ; v., plus généralement, W. MEDERER, N. PESARESI, M. VAN HOOF (dir.), *EU Competition Law – Volume IV – State Aid, Book* 2, *op. cit.*, pp. 867 et s.

du milieu naturel[1803]. Ainsi, il est toujours loisible à ces derniers de développer unilatéralement des mesures environnementales nationales, ou encore d'adopter des mesures nationales plus contraignantes que celles prévues par les actes de l'harmonisation environnementale. Or, les États qui recourent à cette possibilité imposent aux entreprises nationales des coûts supplémentaires par rapport à ceux assumés par les entreprises des États membres qui se contentent de transposer les normes communautaires, ce qui risque de nuire à la compétitivité de l'économie nationale.

922. C'est cette considération qui explique que les aides en faveur de la mise aux normes environnementales nationales ne soient pas traitées d'une manière équivalente à celle des aides à la mise aux normes communautaires. La Commission a ainsi aménagé un dispositif spécifique aux *« aides aux entreprises qui vont au-delà des normes communautaires ou qui augmentent le niveau de protection de l'environnement en l'absence de normes communautaires »*[1804]. Elle accepte de la sorte que les États puissent verser des aides couvrant les investissements des entreprises nécessaires pour parvenir à ce niveau de protection de l'environnement. Très schématiquement, plusieurs modalités d'aides correspondent à cette hypothèse. Tout d'abord, il est admis que les État puissent recourir à des instruments économiques incitatifs, comme par exemple un régime de subvention dont le bénéfice est accordé aux entreprises qui réalisent des investissements coûteux et qui leur permettront de réduire leur pollution au-delà de ce qui est prescrit par les normes harmonisées. Par ailleurs, ils peuvent adopter des normes de première génération. En ce cas, les aides visées sont des mesures de compensation financière, en particulier des subventions destinées à financer les investissements réalisés par les entreprises afin de respecter les normes de première génération. Dans toutes ces configurations, les aides peuvent être compatibles si elles respectent toutes les conditions particulières du dispositif relatives à l'intensité de aides et au calcul des coûts éligibles[1805].

923. Un dispositif comparable se retrouve pour les aides sous forme de réduction ou d'exonérations de taxes adoptées hors du domaine de l'harmonisation fiscale, qui sont des

---

[1803] V., *supra*, n°s 555 et s.

[1804] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 73-84. V., également, pts. 22 et s ; règlement 800/2008 CE de la Commission du 6 août 2008, préc., article 18 ; v., antérieurement, encadrement communautaire des aides d'État à l'environnement (94/C 72/03), pt. 3.2.3 ; encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pt. 29. On note également la présence, dans les lignes directrices de 2008, d'un dispositif proche, relatif aux *« aides à l'acquisition de nouveaux véhicules de transport qui vont au-delà des normes communautaires ou qui augmentent le niveau de protection de l'environnement en l'absence de normes communautaires »* : lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 85-86.

[1805] *Ibid.*, pts. 73-84.

aides au fonctionnement[1806]. Il permet à l'État qui adopte une taxe nouvelle ou qui relève le niveau d'imposition prévu par une taxe existante de prévoir des dérogations et réductions temporaires, afin de permettre aux entreprises dont la compétitivité sera la plus affectée de s'adapter à cette charge supplémentaire[1807]. La déclinaison du critère de nécessité dans ce contexte illustre bien la prise en compte des considérations de compétitivité. En effet, et outre certains critères formels, la réduction d'impôt n'est nécessaire que si l'État démontre que l'introduction de la taxe entraine une augmentation substantielle des coûts de production et que les bénéficiaires de l'exonération ne peuvent répercuter ces coûts sur leurs clients sans perdre des parts de marché[1808]. C'est à l'égard de ces données que la Commission apprécie la nécessité d'une réduction des taxes environnementales dont l'objet est de compenser les pertes de compétitivité.

924. De la sorte, on assiste au stade de l'élaboration du régime juridique des aides à une nouvelle dimension de la prise en compte du pouvoir d'harmonisation environnementale par le pouvoir d'encadrement. La particularité est qu'elle procède ici uniquement de considérations d'opportunité de la Commission, traduites en interprétant le critère de nécessité. Les aides à la mise aux normes dites communautaires sont interdites dans le marché intérieur, tandis que celles permettant d'atteindre un niveau supérieur de la protection de l'environnement sont admises.

925. En tout état de cause, cette orientation appelle d'autres réflexions. Ce sont des considérations de compétitivité qui expliquent que les aides à la mise aux normes nationales sont jugées nécessaires. Or, il peut paraître surprenant que la nécessité des aides à l'environnement soit ainsi fonction de considérations purement économiques et non de la protection du milieu naturel. Cette remarque peut être éclairée si l'on cherche à envisager la politique de la Commission sous l'angle de la concurrence réglementaire environnementale.

[1806] L'adoption d'une taxe environnementale fait peser des charges sur les activités des entreprises qui y sont soumises, et les exonérations soulagent les entreprises bénéficiaires de cette charge, sans financer un investissement précis, ce qui correspond à la définition des aides au fonctionnement *« qui visent à libérer une entreprise des coûts qu'elle aurait dû normalement supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales »* : CJCE, 19 septembre 2000, *Allemagne/Commission*, C-156/98, préc., pt. 30 ; CJUE, 24 novembre 2011, *Italie/Commission*, C-458/09 P, préc., pt. 63.

[1807] V., en particulier, encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pts. 47-48.

[1808] *Ibid*., pt. 158 b) et c).

II) L'opportunité des exceptions considérée sous l'angle de la concurrence réglementaire environnementale dans l'Union

926. Il semble justifié de présenter le régime juridique des aides à l'environnement sous l'angle de la concurrence réglementaire environnementale. Cet état de fait apparaît en effet comme un élément implicite de justification des dérogations prévues par la Commission (A). Cette première observation, en ce qu'elle permet d'approfondir l'étude des choix politiques opérés par la Commission, amène à se demander si le régime juridique des aides à l'environnement a pour but de protèger avant tout l'environnement lui-même ou s'il n'est pas également conçu pour protéger la compétitivité des entreprises (B).

A) La concurrence réglementaire environnementale, élément implicite de justification des dérogations prévues par la Commission

927. Alors que la concurrence est généralement conçue comme une forme d'organisation des rapports entre les entreprises sur un marché, la concurrence réglementaire, quant à elle, désigne un phénomène de concurrence entre collectivités publiques. Plus précisément, il est question d'une compétition qui oppose entre elles les réglementations internes de ces collectivités. Cette notion[1809] est utilisée depuis quelques temps déjà par la doctrine en droit de l'Union[1810]. Elle a été particulièrement mobilisée dans des études relatives à la matière fiscale et concerne au premier chef le droit des aides d'État[1811].

928. Si cette notion peut être utile aux fins de la présente étude afin d'expliquer les motifs à l'origine du régime de certaines aides à l'environnement prévu par la Commission, il faut noter qu'on la retrouve aussi bien en science économique qu'en science du droit et qu'elle connaît dans ces deux matières des acceptions variées. Elle est ainsi particulièrement difficile à manier, ce qui a d'ailleurs nourri certains débats doctrinaux sur sa pertinence[1812]. Pour cette

---

[1809] Nous avons ici retenu la notion de « concurrence réglementaire », la même idée étant parfois exprimée par les termes de « concurrence entre systèmes juridiques », « concurrence entre juridictions », ou d'autres formules plus ou moins équivalentes.

[1810] V. notamment, C.-D. EHLERMANN, « Compétition entre systèmes réglementaires », *RMCUE*, 1995, n° 387, p 220 ; W. KERBER, « Interjurisdictional Competition Within the European Union », *Fordham Int'l L.J.*, 1999 (6), p. S218 ; J.-M. SUN, J. PELKMANS, « Regulatory Competition in the Single Market », *Journal of Common Market Studies*, 1995 (1), p. 67.

[1811] V. notamment, D. BERLIN, *Politique fiscale*, vol. II, *op. cit.*, n°s 1037 et s. ; L. CERIONI, « Harmful Tax Competition Revisited : Why not a Purely Legal Perspective Under EC Law ? », *Euro. Tax.*, juillet 2005, p. 267 ; A. C. DOS SANTOS, *L'Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale, op. cit* ; les études de la concurrence réglementaire peuvent également concerner, par exemple, le droit social : v., en droit des aides d'État, F. GROETEKE, K. HEINE, « 'Institutional Rigidities' and European State Aid Control », *ECL Rev.*, 2004 (6), p. 322.

[1812] V., à ce sujet, O. PFERSMANN, « Existe-t-il véritablement une concurrence des systèmes juridiques ? », *in* J. DU BOIS DE GAUDUSSON, F. FERRAND (dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, PUAM, 2008, p. 23 ;

raison, il convient de bien préciser la façon dont elle est envisagée dans les présents développements.

929. À titre liminaire, deux acceptions de la notion peuvent d'emblée être écartées. D'une part, il ne s'agit pas ici d'évoquer la concurrence entre les traditions juridiques, qui oppose la *common law* au droit dit de tradition civiliste[1813]. Elle ne paraît guère avoir de sens lorsqu'il est question de parler de mesures de protection de l'environnement comme les subventions, les taxes, *etc*., qui sont communes aux systèmes juridiques des États membres. D'autre part, il n'est pas non plus question de concurrence réglementaire dite verticale, qui concerne les relations entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique international, puisqu'on discute ici de concurrence entre les législations environnementales des États membres[1814], c'est-à-dire entre des collectivités publiques de même niveau. Il s'agit donc d'envisager uniquement la concurrence réglementaire dite horizontale.

930. Considérée sous cet angle, la concurrence réglementaire découle de la possibilité offerte à des sujets de droit de choisir parmi plusieurs ordres juridiques les règles auxquelles ils entendent soumettre leurs activités[1815]. Elle naît de la réunion de deux données principales dans un ensemble de collectivités publiques dont les économies sont ouvertes. Tout d'abord, il faut que ces collectivités disposent d'un degré important d'autonomie pour adopter, dans un ou plusieurs domaines — fiscalité, protection sociale, organisation des services publics, *etc*. —, des réglementations ayant un coût pour les activités des entreprises établies sur les territoires où elles sont applicables *ratione loci*. La diversité de ces réglementations fait que le poids relatif de ces charges varie selon les collectivités. Ensuite, les facteurs de production, en particulier les entreprises des secteurs les plus mobiles et les capitaux, doivent pouvoir se déplacer facilement du territoire d'une collectivité vers celui d'une autre collectivité en raison de facteurs juridiques, comme des règles nationales ou internationales garantissant le libre échange, et extra-juridiques — la mondialisation, la dématérialisation des échanges, *etc*. La combinaison de ces données a notamment deux conséquences. Du côté des opérateurs économiques, il en résulte des stratégies d'arbitrage, car les plus mobiles d'entre eux peuvent comparer le niveau des charges établi par les diverses législations locales et choisir le lieu de leurs activités en conséquence. En réponse à ces stratégies, les collectivités publiques peuvent procéder à des ajustements qui consistent à adapter leurs législations nationales pour renforcer

---

S. HARNAY, J.-S. BERGÉ, « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ? », *RIDE*, 2011, n° 2, p. 165.

[1813] V., à ce sujet, les contributions relatives à la concurrence entre *common law* et droit civil *in* J. DU BOIS DE GAUDUSSON, F. FERRAND (dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, pp. 35 et s.

[1814] V., à ce sujet, les contributions *in ibid*, pp. 107 et s.

[1815] En ce sens, O. PFERSMANN, *op. cit.*, pp. 23-26.

l'attractivité de leur territoire[1816]. C'est en cela que les réglementations des collectivités publiques concernées se trouvent en concurrence.

931. Si cette notion paraît pertinente aux fins de la présente étude, c'est parce que les éléments constitutifs de la concurrence réglementaire sont réunis pour ce qui concerne les réglementations environnementales des États membres de l'Union. Il est vrai que le législateur environnemental peut harmoniser ces règlementions, ce qui limite leur diversité, donc les variations de charges, et induit une dose de « neutralité réglementaire »[1817]. Toutefois, l'importante subsidiarité dans ce domaine[1818] laisse subsister des différences importantes entre les standards de protection nationaux. Par ailleurs, l'existence et la sanction des règles du traité FUE relatives au marché intérieur garantissent la libre circulation des facteurs de production[1819]. Ainsi, les réglementations environnementales en vigueur dans les États membres, qu'elles soient de première ou de deuxième génération, participent de leurs avantages comparatifs[1820] tandis que les opérateurs économiques peuvent librement choisir l'implantation de leurs activités dans le marché intérieur. Ces conditions étant réunies dans l'Union, on peut donc parler, aux fins de la présente étude, de « concurrence réglementaire environnementale ».

932. Il reste toutefois à savoir si les stratégies d'arbitrage des entreprises et les ajustements réglementaires corrélatifs des États membres sont une réalité en pratique. Il s'agit là toutefois d'une question assez complexe, ce qui s'explique notamment par le fait que certains usages de la notion de concurrence réglementaire sont politiquement connotés.

933. En particulier, il semble important de garder à l'esprit que cette notion est utilisée dans le contexte d'un discours prescriptif véhiculant une conception de la fonction réglementaire de l'État qui n'est pas tout à fait neutre. Elle se trouve en effet au cœur des certaines analyses

---

[1816] A. C. DOS SANTOS, *op. cit.*, pp. 20 et s. ; A. SAYDÉ, *Abuse of Union Law and Regulation of the Internal Market*, thèse, Institut universitaire européen de Florence, 2012, spéc. pp. 204 et s ; P. CARO DE SOUSA, « Negative and Positive Integration in EU Economic Law: Between Strategic Denial and Cognitive Dissonance ? » *op. cit.*, pp. 984-985.

[1817] Sur cette notion, opposée à la concurrence réglementaire, v. A. SAYDÉ, *op. cit.*, spéc. pp. 200 et s.

[1818] V., *supra*, n°s 554 et s. ; sur la subsidiarité comme facteur de concurrence réglementaire, v. W. KERBER, « Interjurisdictional Competition Within the European Union », spéc. pp. 218 et s.

[1819] C. BARNARD, S. DEAKIN, « Market Access and Regulatory Competition », *in* C. BARNARD, J. SCOTT (dir.), *The Law of the Single European Market*, Oxford, Portland Or., Hart Publishing, 2002, p. 197.

[1820] P. BONTEMS, M.-F. CALMETTE, « Mondialisation, commerce international et environnement – Un avant-propos », *Revue économique*, 2010, n° 1, p. 1 ; H. NORDSTRÖM, S. VAUGHAN, *Commerce et environnement – Dossiers spéciaux 4*, Genève, Publications de l'OMC, 1999, v. pp. 31 et s ; H. SMETS, « Les exceptions admises au principe pollueur-payeur », *in* J.-C. MASCLET (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement*, Paris, la Documentation française, 1997, p. 635.

de l'économie du fédéralisme[1821] dont le but est de définir une répartition des compétences entre le niveau central et le niveau local qui soit optimale du point de vue économique. La concurrence réglementaire devient alors un modèle théorique[1822] dans lequel la production normative est appréciée sous l'angle du paradigme standard des marchés de biens et de services[1823] : les collectivités publiques sont considérées comme offrant des règles sur un « marché du droit » tandis que les sujets de droit, qui créent la demande sur ce marché, exprimeraient leurs préférences pour certaines des règles qui leur sont proposées en exerçant leurs activités sur le territoire qui pratique les réglementations qui leur paraissent les meilleures. Selon ces analyses, la concurrence réglementaire serait un modèle optimal car elle permettrait d'aboutir à des législations qui correspondent au mieux à ces préférences. Elles ont trouvé des prolongements dans le domaine de la protection du milieu naturel. Certains travaux sont ainsi consacrés à l'étude du « fédéralisme environnemental » et étudient sous l'angle économique le principe de subsidiarité dans l'Union européenne, en développant des thèses favorables à la décentralisation du pouvoir de définition des règles environnementales[1824].

934. Or, ce discours prescriptif a une influence sur l'analyse des conséquences de cette concurrence. Ainsi que nous l'avons indiqué, en théorie, la concurrence réglementaire environnementale peut engendrer, chez les opérateurs économiques, des arbitrages sur le choix de la localisation de leurs activités et, dans le chef des collectivités publiques, des ajustements en conséquence lors de la définition de leurs politiques environnementales. Il reste toutefois à connaître tant la réalité que le résultat concret de ces ajustements. À cet égard, il est fréquemment soutenu que la concurrence réglementaire environnementale est susceptible de provoquer un nivellement vers le bas des standards nationaux de la protection de l'environnement. Schématiquement, en présence d'importants écarts entre les standards pratiqués par les collectivités publiques, il y aurait un risque réel de distorsions de concurrence provoquant le déplacement des opérateurs qui le peuvent vers les collectivités qui

---

[1821] Ces analyses ont été développées notamment au sujet des États-Unis d'Amérique et de l'Allemagne, puis partiellement transposées à l'Union : L. GUIHERY, *Économie du fédéralisme – Quelle constitution pour l'Europe ?*, Paris, L'Harmattan, 2001, spéc. pp. 45-47.

[1822] *Ibid.*, pp. 59-64 ; étant entendu que d'autres modèles existent, comme celui du fédéralisme coopératif.

[1823] J.-S. BERGÉ, S. HARNAY, « Concurrence entre règles juridiques et construction européenne : à propos de l'analyse économique du droit », *in Études en l'honneur du professeur Michel Bazex*, Paris, Litec, 2009, p. 15.

[1824] M. FAURE, « Community Environmental Law and the Harmonisation of Conditions of Competition : an Economic Perspective », *RAE*, 1999, n° 3, p. 327 ; du même auteur, *L'analyse économique du droit de l'environnement*, *op. cit.*, pp. 263 et s. ; R. L. REVESZ, « Environmental Regulation in Federal Systems, *YEEL*, vol 1, 2000, p. 1. V., également, dans une certaine mesure, C.-D. EHLERMANN, *op. cit.*, p. 220, selon qui l'harmonisation n'étant qu'un moyen au service des objectifs de la construction européenne, *« la compétition entre systèmes réglementaires […] doit constituer la règle, et l'harmonisation l'exception »*.

prévoient les plus faibles niveaux de charges environnementales. Ces distorsions porteraient atteinte à la fois aux économies des collectivités qui en sont victimes mais aussi, au final, à la protection globale de l'environnement, tout particulièrement pour des pollutions transfrontières comme la pollution de l'air. Les collectivités publiques, *a fortiori* dans l'Union où les mesures protectionnistes sont interdites par des règles du marché intérieur[1825], disposent alors de peu de marge de manœuvre. Pour éviter une perte de compétitivité, les ajustements auxquels elles peuvent procéder consisteraient à limiter les charges environnementales sur leur territoire, entraînant un nivellement vers le bas du niveau de protection général de l'environnement[1826]. Toutefois, ces résultats sont discutés en science économique, tout particulièrement par les tenants de l'analyse prescriptive de la concurrence réglementaire. Certains auteurs soutiennent ainsi qu'il n'existerait pas de risque de nivellement vers le bas dans un ensemble « fédéral », notamment en raison de la faible part relative des charges environnementales sur l'ensemble des charges pesant sur les entreprises[1827]. Mieux, certains cherchent à démontrer des phénomènes de nivellement vers le haut car les entreprises pourraient s'adapter aux législations environnementales les plus exigeantes pour pouvoir pénétrer les marchés des collectivités publiques qui les pratiquent[1828].

935. Au regard de ces considérations, il convient de préciser qu'il n'est bien entendu pas question de s'inscrire ici dans le discours économique fondé sur le modèle du fédéralisme concurrentiel. L'utilisation de ce modèle serait lourde de conséquences puisqu'elle impliquerait de se prêter à une analyse économique du droit d'ordre prescriptif, alors que la présente étude entend se cantonner à la science du droit. De plus, cette option n'aurait d'intérêt que dans l'hypothèse où l'Union utiliserait la concurrence réglementaire comme un moyen alternatif de rapprochement des législations à l'harmonisation lorsque cette dernière serait mise en échec pour défaut de consensus politique[1829]. Si cette question est parfois

---

[1825] F. W. SCHARPF, « Introduction : the problem-solving capacity of multi-level governance », *Journal of European Public Policy*, 1997, n° 4, p. 520, spéc. pp. 531-532.

[1826] R. BARON, « Compétitivité et politique climatique », *Les notes de l'Iddri, n° 11*, 2006 ; H. NORDSTRÖM, S. VAUGHAN, *op. cit.*, spéc. pp. 33-34 et pp. 39 et s ; v., également, L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, *op. cit.*, n°s 1–21-1–23.

[1827] M. FAURE, *L'analyse économique du droit de l'environnement*, *op. cit.*, pp. 271-274 ; R. B. STEWART, « The Importance of Law and Economics for European Environmental Law », *op. cit.*, pp. 26-28. L'impact de ces charges serait en tout état de cause à relativiser : H. NORDSTRÖM, S. VAUGHAN, *op. cit.*

[1828] D. VOGEL, « Trading up and governing across : transnational governance and environmental protection », *Journal of European Public Policy*, 1997, n° 4, p. 556 ; pour des conclusions plus nuancées, v. C. KNILL, J. TOSUN, S. HEICHEL, « Balancing competitiveness and conditionality: environmental policy-making in low-regulating countries », *Journal of European Public Policy*, 2008, n° 7, p. 1019.

[1829] Pour une proposition de cet ordre, en dehors de la matière environnementale, v. par exemple, J.-M. SUN, J. PELKMANS, « Regulatory Competition in the Single Market », *op. cit.*

débattue en doctrine[1830], aucun élément n'indique que les institutions entendent agir sur les politiques environnementales des États membres en faisant jouer volontairement cette concurrence.

936. Il existe néanmoins un intérêt à relever que la dimension prescriptive de la notion de concurrence réglementaire emporte une absence de consensus sur les effets réels de l'intégration économique sur les politiques environnementales des États membres. Elle permet de souligner que la Commission a sur ce point opéré un choix politique. Nonobstant cette absence de consensus, cette dernière a en effet décidé — à tort ou à raison — de considérer cette forme de concurrence comme un état de fait dont il convient de tenir compte. Si la Commission ne mentionne jamais directement la notion de concurrence réglementaire, les questions de compétitivité et de nivellement vers le bas sont des motifs justifiant plus ou moins explicitement certaines règles du régime des aides à l'environnement.

937. Pour ne mentionner qu'un exemple particulièrement illustratif, il est possible de citer les lignes directrices de la Commission relatives aux aides d'État dans le contexte du SEEQE qui envisagent la compatibilité des mesure prises pour éviter des « fuites de carbone » : il est ici question d'autoriser les États à verser des aides afin d'éviter une délocalisation de certaines activités industrielles hors de l'Union en raison des charges que les obligations d'achat et de restitution de quotas font peser sur leurs activités[1831].

938. Au regard de ces considérations, il paraît donc justifié d'envisager la concurrence réglementaire comme un état de fait qui caractérise dans une certaine mesure la situation du marché intérieur et qu'il est important d'intégrer pour comprendre le discours juridique[1832]. Cela permet en effet d'approfondir l'analyse du régime juridique des aides à l'environnement en soulignant les tensions qui sont à l'œuvre dans le marché intérieur et la complexité des arbitrages que la Commission doit effectuer. En particulier, il est possible de s'interroger sur le fait de savoir si la politique de la Commission dans le domaine des aides à l'environnement protège en priorité le milieu naturel ou la compétitivité des entreprises.

[1830] Certains auteurs soutiennent ainsi que la concurrence réglementaire n'est pas une méthode la construction européenne, ou, du moins, qu'elle est cantonnée à des champs mineurs : *ibid.*, pp. 21-22 ; v., en ce sens, A. RAYNOUARD, « La concurrence normative dans l'Union européenne », *in* S. ROBIN-OLIVIER, D. FASQUELLE, *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 88, pp. 98-101 ; D'autres auteurs soutiennent que les deux méthodes coexistent : A. SAYDÉ, *Abuse of Union Law and Regulation of the Internal Market*, *op. cit.*, pp. 200 et s ; d'autres enfin soutiennent qu'elle est valable en matière fiscale, étant entendu que l'Union lutte contre la concurrence fiscale lorsqu'elle devient dommageable : L. CERIONI, « Harmful Tax Competition Revisited : Why not a Purely Legal Perspective Under EC Law ? », *op. cit.*, pp. 267 à 270 ; F. BOLKESTEIN, « Taxation and Competition : The Realization of the Internal Market », *Euro. Tax.*, sept. 2000, p. 401.

[1831] Lignes directrices concernant certaines aides d'État dans le contexte du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre après 2012 (2012/C 158/04), préc., pts. 7-12.

[1832] V., en ce sens, D. BERLIN, *op. cit.*, spéc. n° 1038.

B) L'encadrement à la lumière de la concurrence environnementale : protection de l'environnement ou de la compétitivité des entreprises ?

939. L'intérêt de considérer le régime juridique des aides à l'environnement à la lumière de la concurrence environnementale est que cette perspective permet de mieux éclairer les choix politiques implicites de la Commission. À l'analyse, l'arbitrage que cette dernière est appelée à réaliser entre les exigences du marché intérieur et la protection de l'environnement s'apparente à une équation particulièrement complexe dont on ne peut saisir la portée sans tenir compte d'une donnée essentielle : le droit des aides d'État peut porter atteinte à la subsidiarité qui caractérise la protection de l'environnement dans l'Union. Plus précisément, il pourrait fortement relativiser le sens de cette subsidiarité.

940. Dans le domaine environnemental, la subsidiarité est entendue comme dans tous les domaines de compétences partagées de l'Union. Associée au principe de proportionnalité, elle a pour but de garantir que l'action supranationale ne sera déclenchée que si elle comble une déficience des États tout en apportant une plus-value pour la protection de l'environnement[1833]. Toutefois, elle a également en cette matière une signification toute particulière. Outre le fait que ce principe est historiquement rattaché à cette politique[1834] et que la législation de l'Union autorise un degré de décentralisation particulièrement accentuée[1835], le traité tient compte du fait que les ambitions nationales en matière de protection du milieu naturel sont très variables[1836]. L'objet de cette subsidiarité est indiqué à l'article 193 TFUE : quand bien même l'action de l'Union viserait, en vertu du paragraphe 2 de l'article 191 TFUE, un niveau élevé de protection de l'environnement, ce principe est relatif[1837]. L'article 193 TFUE autorise alors les États membres à pratiquer sur leur territoire des standards de protection plus élevés que ceux retenus par le législateur de l'Union. En d'autres termes, le sens de la subsidiarité en matière environnementale est notamment de permettre un nivellement vers le haut de la protection de l'environnement dans l'Union.

941. Toutefois, cette logique risque de se heurter à la concurrence réglementaire environnementale. Lorsqu'un État membre, que l'on peut qualifier de « vertueux », choisit d'imposer des standards de protection de l'environnement plus élevés que ceux établis par le

---

[1833] K. LENAERTS, « The Principle of Subsidiarity and the Environment in the European Union : Keeping the Balance of Federalism », *op. cit.*, pp. 858 et s ; Y. PETIT, « Environnement », *op. cit.*, n°s 77-80.
[1834] C. BLUMANN, « Compétence communautaire et compétence nationale », *op. cit.*, spéc. pp. 71 et s.
[1835] N. DE SADELEER, « Particularités de la subsidiarité dans le domaine de l'environnement », *op. cit*.
[1836] L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, *op. cit.*, n° 1–21.
[1837] Si un niveau faible pourrait violer cette obligation, le niveau de protection de l'environnement à atteindre n'est pas nécessairement le plus élevé : P. THIEFFRY, « Politique européenne de l'environnement – bases juridiques – processus normatif – principes », *JCl. Europe Traité*, fasc. 1900, n°s 119 et s ; N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, *op. cit.*, n°s 13-16.

pouvoir d'harmonisation du législateur environnemental et qui n'ont pas d'équivalents dans d'autres États, il impose aux entreprises nationales une perte de compétitivité. Cette contrainte réelle pourrait porter atteinte à ses ambitions et, de la sorte, favoriser un nivellement vers le bas. Une option permettant de parvenir à ce niveau plus élevé de protection de l'environnement tout en évitant ce genre de pertes de compétitivité est de faire assumer le coût de la protection de l'environnement par la collectivité : l'État vertueux peut être tenté d'accompagner ces charges de certaines compensations financières à destination des entreprises ou de renoncer aux normes obligatoires et préférer des mesures incitatives qui subventionnent certains investissements favorables au milieu naturel.

942. C'est à ce stade qu'intervient le contrôle des aides d'État. Il a déjà été constaté que les institutions de l'Union refusent d'effectuer des comparaisons de charges entre États membres lorsqu'elles qualifient les mesures nationales à la lumière de l'article 107 TFUE[1838]. Le contrôle des aides sera limité à l'échelle du territoire de l'État vertueux, où cette compensation pourra être considérée comme un avantage par rapport au traitement réservé aux autres entreprises, quand bien même le standard environnemental national pourrait être très supérieur à celui prévu ailleurs dans l'Union malgré la compensation. Ainsi, au stade de la qualification, il est indifférent que l'État cherche à accorder un avantage artificiel à des entreprises ou qu'il entende compenser un standard très élevé de protection de l'environnement : dans les deux cas, il est soumis au droit des aides. Cette situation doit être mise en rapport avec celle d'un État qui maintiendrait un faible niveau de protection de l'environnement, le cas échéant pour des raisons d'attractivité de son territoire : ce dernier échappera à l'application de la règle de l'article 107 TFUE. D'aucuns y ont vu un paradoxe[1839].

943. Dans cette hypothèse, la Commission est confrontée à un choix. Soit elle décide d'appliquer rigoureusement l'article 107 TFUE et d'interdire par conséquent la mesure compensatoire de l'État vertueux. Si l'on prend au sérieux la concurrence réglementaire, l'autorisation prévue à l'article 193 TFUE risque d'être fortement hypothéquée lorsque la contrainte procédant du droit des aides d'État limite de la sorte la marge de manœuvre nationale. La Commission prendrait alors la responsabilité de niveler vers le bas la protection

[1838] V. *supra*, n°s 555 et s.

[1839] Les auteurs ont traité la question uniquement pour le cas d'exonérations de taxes environnementales nationales plus exigeantes, mais ce constat nous paraît valable pour toute forme de mesure compensatoire : A. ALEXIS, « Protection de l'environnement et aides d'État : la mise en application du principe pollueur-payeur », *op. cit.*, p. 632 ; B. RENNER-LOQUENZ, « State Aid in Energy Taxation Measures : First Experiences from Applying the Environmental Guidelines 2001 », *EStAL*, 2003, n° 1, p. 21, spéc. p. 22

de l'environnement. Soit elle décide d'autoriser les mesures compensatoires de l'État vertueux et elle favorise alors le nivellement vers le haut de la protection de l'environnement.

944. Dans le régime juridique des aides, tout indique que c'est cette seconde option qui a été finalement retenue. En effet, c'est sous cet angle que le régime des aides à la mise aux normes environnementales, évoqué ci-dessus, peut être compris. Il constitue une prise en compte de la concurrence environnementale. Si la Commission refuse d'admettre la compatibilité des aides lorsque sont en cause des normes de l'Union, c'est parce que l'harmonisation environnementale assure un minimum de neutralité réglementaire en égalisant les charges environnementales pesant sur les activités économiques. Il s'agit ainsi de préserver cette neutralité. En revanche, lorsque la Commission admet la compatibilité des mesures visant à compenser les charges découlant des normes environnementales unilatérales plus strictes, c'est parce que ces mesures permettent aux États de se prémunir contre les effets dommageables de la concurrence réglementaire.

945. En d'autres termes, le régime des aides, en autorisant les mesures compensatoires, incite les États à agir en faveur de la protection de l'environnement [1840]. Une dimension de la politique des aides d'État à la protection de l'environnement pourrait être ainsi compris comme une prime à l'État membre vertueux.

946. Néanmoins, la Commission doit alors composer avec un paradoxe : en intégrant la concurrence réglementaire dans le régime juridique des aides, elle y fait entrer l'impératif de sauvegarde de la compétitivité des entreprises nationales, ce qui pourrait sembler contraire à la fois à l'esprit du contrôle des aides et à l'objectif de protection de l'environnement. L'exemple des réductions ou exonérations de taxes environnementales pour des motifs de compétitivité est particulièrement illustratif. Rappelons que la contribution à un objectif d'intérêt général, en l'occurrence la protection de l'environnement, est une condition de la compatibilité des aides. Or, on en conviendra, les avantages fiscaux de ce genre ayant pour conséquence de diminuer l'effet incitatif de la taxe, ils ne sont pas justifiables par des motifs environnementaux. De ce point de vue, réductions ou exonérations desservent l'objectif environnemental poursuivi. Elles sont néanmoins considérées comme des aides à l'environnement. Il s'agit là d'une contradiction parfois soulignée par les États membres eux-mêmes[1841].

[1840] A. ALEXIS, « Protection de l'environnement et aides d'État : la mise en application du principe pollueur-payeur », *op. cit*., p. 636

[1841] V. la réponse des autorités françaises au document de consultation sur les aides d'État à la protection de l'environnement pour la réforme des lignes directrices en cours, disponible sur http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_state_aid_environment/french_authorities_fr.pdf, p. 23.

947. La Commission se justifie sur ce point[1842] : les réductions de taxes accordées à certaines entreprises contribuent au moins indirectement à la protection de l'environnement, car elles permettent d'introduire ou de maintenir une taxe plus élevée pour d'autres entreprises tout en préservant la compétitivité des entreprises exonérées[1843]. Un impôt incitatif généralement élevé accompagné de dérogations justifiées par des motifs économiques est préférable à une taxe uniforme mais dont le taux sera plus faible[1844]. En d'autres termes, pour assurer la protection de l'environnement, mieux vaut des dérogations de taxes environnementales élevées que des taxes généralement faibles, si ce n'est pas de taxe du tout. L'approche de la Commission est ainsi à la fois pragmatique et permissive : c'est ici la perspective de l'adoption effective de la norme nationale dont l'admissibilité est facilitée par la compensation qui est perçue par la Commission comme un bénéfice pour l'environnement[1845].

948. Pour que la compatibilité soit admise, il convient toutefois de respecter un certain nombre de critères précis. En premier lieu, le bénéfice environnemental de la réduction d'impôts n'est pas présumé ce qui implique, concrètement, que l'État doive le démontrer en fournissant des informations relatives aux différents secteurs concernés par la taxe et qu'il justifie le bien-fondé des dérogations[1846]. En second lieu, la Commission a introduit des critères permettant d'établir la nécessité et la proportionnalité de l'aide fiscale environnementale. Pour la proportionnalité, elle exige soit que les bénéficiaires des réductions d'impôts s'acquittent au moins d'un montant substantiel de la taxe[1847], soit que ces mêmes

---

[1842] À ce sujet, A. KLIEMANN, « Aid for Environmental Protection », *op. cit.*, p. 336.

[1843] Décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid NN 30/B/2000 and N 678/2001, préc., pt. 5 ; décision de la Commission du 28 octobre 2009, State aid C 30/2009 (ex N 328/2008), préc., pt. 39 ; décision 2010/402/UE de la Commission du 15 décembre 2009, pt. 57.

[1844] Par exemple, une réduction de la taxe sur l'eau, accordée à certains secteurs d'activité qui font une importante consommation de cette ressource, contribue à la protection de l'environnement puisqu'elle permet l'instauration d'un taux plus élevé pour les autres secteurs, lequel n'aurait pu être atteint sans l'exonération : décision de la Commission [non datée], Aid SA.33508 (2011/N) – Relief from waste water tax/Sugar production (Godtgørelse for spildevandsafgift/sukkerproduktion) [non référencée], pt. 47

[1845] *« L'aide d'État peut être un instrument approprié pour permettre aux États membres d'adopter une réglementation nationale en matière d'environnement plus stricte que les normes communautaires, en diminuant la charge pesant sur les entreprises les plus affectées par cette réglementation, ce qui permet ainsi l'adoption de cette réglementation »* : lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pts. 25-26. V., également, pts. 22 et s ; v., antérieurement, encadrement communautaire des aides d'État à l'environnement (94/C 72/03), p. 4 ; encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pt. 20.

[1846] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 156. Pour des applications, v. décision 2011/528/UE de la Commission du 8 mars 2011, préc., pts. 129-130 ; décision 2005/565/CE de la Commission du 9 mars 2004, préc., pt. 57.

[1847] Pour des applications, v. décision 2005/468/CE de la Commission du 30 juin 2004, préc., pt. 62 ; décision 2005/565/CE de la Commission du 9 mars 2004, préc., pts. 58 et 61 ; décision 2011/528/UE de la Commission du 8 mars 2011, préc., pt. 155.

bénéficiaires concluent avec l'État des accords sur la réduction de la pollution visée[1848]. En tout état de cause, les aides ne sont autorisées que pour une période de dix années[1849]. C'est toutefois la condition de la nécessité qui démontre le mieux la façon dont la Commission envisage la prise en compte de la concurrence réglementaire environnementale. En effet, et outre certains critères formels, la réduction d'impôt n'est nécessaire que si l'État démontre que l'introduction de la taxe entraine une augmentation substantielle des coûts de production et que les bénéficiaires de l'exonération ne peuvent répercuter ces coûts sur leurs clients sans perdre des parts de marché[1850].

949. Ainsi, les problèmes de compétitivité sont appréciés uniquement en considération de circonstances existantes dans un État membre considéré et sur la base de critères objectifs qui permettent d'établir l'impact concret des standards nationaux vertueux sur le résultat des entreprises. Elle recherche ici l'équilibre délicat qui permet de tenir compte de la concurrence réglementaire sans encourager pour autant une surenchère dans les mesures compensatoires ou incitatives. Ainsi, la gestion de la concurrence réglementaire ne passe pas par des comparaisons directes entre standards nationaux, la Commission n'entendant visiblement pas entrer dans une logique de confrontation qui inciterait les États à définir leurs politiques environnementales en fonction de celles pratiquée ailleurs dans l'Union.

950. Néanmoins, la Commission se trouve parfois confrontée aux contradictions de cette approche lorsque des États ou des parties intervenantes, de mauvaise foi ou induits en erreur par l'ambiguïté du régime juridique des aides à l'environnement, cherchent à justifier la compatibilité d'une exonération fiscale en se fondant sur les règles existant dans d'autres États membres. [1851]. Or, selon la Commission, si une telle justification était admise, les États pourraient arguer de l'existence d'une situation réglementaire dans un autre État membre afin d'adopter des mesures conservatoires ce qui inciterait ces derniers à se livrer à une *« course aux subventions »*[1852]. Elle doit ainsi refuser la compatibilité aux États membres qui justifient

[1848] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 159 ; v., également, encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03), préc., pt. 51.
[1849] Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01), préc., pt. 154.
[1850] *Ibid*., pt. 158 b) et c).
[1851] V., pour la justification des exonérations de taxes environnementales au bénéfice des serriculteurs italiens : décision 2009/944/CE de la Commission du 13 juillet 2009, pt. 33 ; pour la justification des exonérations de taxes environnementales au bénéfice du secteur de la brique aux Pays-Bas : décision 2010/402/UE de la Commission du 15 décembre 2009, préc., pt. 74.
[1852] Décision 2010/402/UE de la Commission du 15 décembre 2009, préc., pt. 75.

directement leurs aides sur le terrain de la compétitivité[1853] puisqu'il faut démontrer la nécessité indirecte. La Commission peut en effet difficilement admettre que le renforcement de la compétitivité des entreprises lui-même soit un objectif d'intérêt général dans le marché intérieur.

951. Au final, en application du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE, la Commission arbitre entre la logique de l'article 193 TFUE qui invite au nivellement vers le haut de la protection de l'environnement et l'effet de nivellement vers le bas produit par la concurrence réglementaire environnementale qu'elle a décidé de prendre au sérieux. Le résultat est qu'elle a fait entrer les considérations de compétitivité dans le régime des aides à l'environnement. En dernière analyse, il est permis de se demander qui, de l'environnement ou des entreprises, sort réellement gagnant de cet arbitrage.

[1853] V., à cet égard, la motivation de la Commission en réponse aux États dont l'argumentation glisse de la protection de l'environnement à la protection de la compétitivité des entreprises nationales : décision 2011/528/UE de la Commission du 8 mars 2011, préc., pt. 154.

Conclusion du Chapitre II

952. Le Commission, en arbitrant entre les nécessités du bon fonctionnement du marché intérieur et celles de la protection de l'environnement, s'est intéressée à la façon de réaliser cet objectif lui-même.

953. Cela se caractérise tout d'abord par l'élaboration d'un discours de justification. La Commission se fonde notamment sur des principes juridiques de la protection de l'environnement. Elle semble chercher ainsi à donner des fondements légaux à sa pratique. Néanmoins, ces principes sont vagues et lui laissent une importante marge de choix, sans réellement la contraindre. Le régime juridique des aides à l'environnement est également déterminé en fonction d'arguments tirés de la science économique. Il s'agit là d'une deuxième source de justification des choix de la Commission qui semblent cette fois donner à ces derniers un fondement rationnel. Cependant, il y a une part d'effet d'annonce dans le renforcement de l'analyse économique en droit des aides d'État. Si la science économique fournit des instruments certainement nécessaires à l'exercice du pouvoir d'encadrement, elle semble aussi servir à légitimer des choix relatifs aux fins et aux moyens de l'intervention publique qui ne sont pas neutres sur le plan idéologique. C'est sur ces bases que la Commission développe le régime juridique des aides à l'environnement.

954. Concernant le contenu de ce dernier, il ressort que les choix de la Commission sont traduits dans les actes du droit des aides sous la forme de critères juridiques. En particulier, le critère de nécessité permet de mesurer les orientations de sa politique. On constate là encore que l'harmonisation environnementale intervient : la nécessité des aides est construite en tenant compte de la présence d'une législation environnementale de l'Union. Par ailleurs, le recours à la notion de concurrence réglementaire permet de mieux comprendre les choix opérés par la Commission. Cette dernière prend au sérieux les risques de nivellement vers le bas de la protection de l'environnement résultant de cette concurrence. Afin d'éviter ce phénomène et de garantir le nivellement vers le haut des standards nationaux permis par l'article 193 TFUE, la Commission autorise des aides environnementales qui permettent de préserver la compétitivité des entreprises. Néanmoins, cette orientation contribue à brouiller ses choix. On se demande si une des finalités du régime des aides à l'environnement n'est pas de protéger les résultats des entreprises nationales.

Conclusion du Titre II

955. Le droit aides d'État paraît aboutir à l'élaboration par la Commission d'une strate de réglementation qui s'ajoute à la législation environnementale de l'Union. Au regard de sa nature et des procédures de contrôle qui permettent sa sanction, cette réglementation s'apparente à une forme d'harmonisation des politiques environnementales. Certes, elle n'aboutit pas à des résultats similaires à ceux du pouvoir d'harmonisation du législateur de l'Union. Le pouvoir de la Commission reste limité par les éléments qui le déterminent : cette institution ne peut qu'interdire ou autoriser les mesures nationales. Elle ne peut en aucun cas imposer aux États des obligations de faire. Néanmoins, la dimension contraignante du régime juridique de l'aide à l'environnement est réelle. Ce dernier définit les conditions de l'autorisation des mesures environnementales au titre du paragraphe 3 de l'article 107 TFUE sans laquelle ces mesures sont interdites par le paragraphe premier de ce même article. De surcroît, certaines modalités pratiques telles que le recours à des lignes directrices pour proposer des mesures utiles ou pour compléter la législation environnementale, ou encore la jurisprudence sur le guichet unique, font que les frontières entre les pouvoirs d'encadrement et d'harmonisation sont parfois brouillées.

956. Les actes de la Commission contiennent des considérations relatives aux finalités et aux moyens des politiques environnementales nationales. Ils déterminent quels objectifs précis peuvent donner lieu au versement des aides et définissent les modalités concrètes des instruments économiques aptes à réaliser ces objectifs. La Commission développe ici une vision libérale de la protection de l'environnement puisqu'il est question d'appliquer une disposition qui traduit une conception de l'économie en vertu de laquelle l'aide publique est appelée à rester l'exception. Toutefois, l'orientation actuelle de la Commission s'inscrit dans une perspective néolibérale et dans un contrôle étroit des politiques environnementales qui consistent à mesurer notamment l'efficience de l'utilisation de ressources publiques. Cette vision centrée sur l'économie ressort également des dispositifs qui autorisent les aides pour protéger indirectement l'environnement en protégeant directement la compétitivité des entreprises.

957. C'est bien le caractère extensif de l'exercice du pouvoir d'encadrement qui amène à comparer le régime juridique des aides à l'environnement avec le pouvoir d'harmonisation. À la lecture des articles 107 à 109 TFUE, il est difficile de soupçonner l'existence d'une telle

strate de réglementation spécialement consacrée à la protection de l'environnement. Celle-ci existe parce que la Commission entend préciser sa pratique dans ce domaine et déterminer des critères généraux de compatibilité des aides. Certes, l'habilitation à adopter des règlements d'exemption par catégories peut fonder cette prétention. Il n'en demeure pas moins que la pratique concrète de la Commission se situe à la frontière du cadre juridique établi par le traité. Cela se manifeste notamment par l'utilisation de la doctrine administrative comme instrument principal de contrôle des aides nouvelles et des aides existantes.

958. De même, la Commission pourrait profiter de l'ambiguïté de sa fonction de contrôle. En vertu du traité, il appartient en principe aux États membres de définir les fins et les moyens de leurs politiques environnementales dans le champ de compétence nationale retenue, et d'exercer leur marge de manœuvre résiduelle dans le champ environnemental harmonisé. La Commission, quant à elle, en vertu des articles 107 et 108 TFUE, a uniquement reçu mandat pour protéger la concurrence par l'application d'une règle prescriptive et l'interprétation de ses exceptions. Néanmoins, l'exercice extensif de son pouvoir d'encadrement paraît conduire la Commission à effectuer des choix relevant des autorités nationales, au prétexte d'arbitrer entre les nécessités du bon fonctionnement du marché intérieur et celles de la protection de l'environnement.

CONCLUSION GÉNÉRALE

959. L'étude de l'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement permet d'envisager un processus d'élaboration d'un cadre juridique des politiques environnementales des États membres. L'objet de ce cadre juridique est de concilier les préoccupations liées à la protection de l'environnement et celles de la libre concurrence. Il est autonome, repose sur des modalités de sanction particulières et aboutit à un résultat singulier.

960. En premier lieu, il apparaît que le champ matériel de ce cadre juridique est déterminé en fonction de l'opération de qualification des mesures environnementales au regard de la catégorie d'aide. Cette catégorie souffre d'une indétermination que l'on peut expliquer par plusieurs facteurs et ce, en fonction des éléments de qualification auxquels on s'attache. Tout d'abord, il existe des éléments objectifs permettant de réaliser la qualification par la constatation d'une réalité existante dans un ordre national donné. À l'étude, la complexité des modalités de versement des aides publiques due à l'évolution contemporaine des instruments de la protection de l'environnement favorise une démarche d'interprétation casuistique des institutions de l'Union. Cette approche débouche sur l'élaboration de strates de critères apparaissant comme des déclinaisons des conditions constitutives de l'aide en fonction du contexte concret de leur application. Cette technicité n'est toutefois pas un obstacle absolu à la connaissance de la catégorie d'aide. Elle rend simplement cette connaissance plus difficile. En revanche, les imperfections des éléments objectifs de la qualification, qui s'expliquent par leur équivocité ou par l'incomplétude de leur élaboration, contribuent à introduire une dose d'indétermination dans la qualification. En l'état du droit positif, il est néanmoins possible d'éclairer ce champ en se fondant sur la catégorie d'instrument économique de la protection de l'environnement, dont l'utilité se mesure avant tout aux fins d'une définition négative de l'étendue matérielle du contrôle des aides : les instruments non économiques ne relèvent pas du champ du droit de l'Union.

961. Par ailleurs, il ressort de cette étude que l'opération de qualification des mesures environnementales au regard de la catégorie d'aide fait aussi intervenir des éléments subjectifs permettant aux institutions de l'Union d'effectuer certains choix. Le critère qui permet en particulier l'intervention de ces éléments est celui de la sélectivité. En effet, certains des éléments retenus par les institutions pour ordonnancer ce critère impliquent des opérations intellectuelles parfois difficilement objectivables. Dans ces conditions, pour les

mesures les plus difficiles à qualifier, la Cour de justice et la Commission disposent d'une marge de choix. Au regard des intentions réelles ou supposées des États membres mais aussi d'une somme de données attachées au contexte des affaires, ces institutions ont la possibilité faire varier dans des proportions non négligeables le champ du droit des aides, en fonction de considérations qui paraissent notamment liées à la protection du milieu naturel. La sélectivité n'est cependant pas la seule source d'éléments subjectifs de qualification. À l'analyse, tous les critères de qualification de l'aide permettent aux institutions de l'Union de réaliser la qualification en s'appuyant sur des présupposés. Certains éléments de définition de ces critères permettent de déterminer le champ de l'article 107 TFUE en considération de certaines données préconçues des institutions relatives aux fonctions de l'État et aux instruments de protection de l'environnement. Ces présupposés permettent également de faire varier à la marge le champ du droit des aides en fonction de considérations relatives notamment à la protection de l'environnement.

962. L'identification de ces éléments subjectifs paraît importante. Admettre leur existence permet notamment de préciser les facteurs de l'indétermination de la catégorie d'aide : celle-ci est due en partie aux qualités intrinsèques de certains éléments jurisprudentiels de définition de la catégorie d'aide. Cela conduit également à conclure que le champ du droit des aides reste à ce jour parfois difficile à cerner précisément, ce qui peut être problématique en termes de sécurité juridique. Cela permet *in fine* de souligner que des arbitrages entre les préoccupations environnementales et la libre concurrence interviennent dès le stade de la qualification.

963. En second lieu, l'étude de la portée de l'application du droit des aides d'État conduit à préciser les rapports juridiques qui naissent de la sanction du droit des aides d'État dans le domaine environnemental. Puisque les institutions de l'Union conçoivent cette sanction en lien avec l'harmonisation environnementale, dans la mesure où cette dernière a notamment pour effet d'égaliser les conditions de concurrence dans l'Union, on peut tenir compte de cette harmonisation et des rapports juridiques particuliers qui en découlent pour étudier le droit des aides. L'intérêt est ici de souligner que les résultats de cette analyse sont paradoxaux.

964. L'analyse de la fonction d'appréciation de la compatibilité des aides, qui relève de la Commission, amène à envisager un pouvoir d'encadrement consistant à contrôler l'application des exceptions à la règle de l'incompatibilité contenue à l'article 107 TFUE. Ce pouvoir produit uniquement des obligations de ne pas faire et ne permet donc pas à la Commission de se substituer aux États dans la définition de mesures environnementales, même au titre d'une contrainte externe. En raison de cette limite, le bon fonctionnement du

marché intérieur pourrait être assuré au mieux par une harmonisation des règles de la protection de l'environnement à destination des entreprises qui relève du législateur de l'Union. Néanmoins, si cette harmonisation devait, théoriquement, relativiser l'intérêt de la sanction du droit des aides, l'analyse concrète des relations entre ces deux sources d'obligations amène à relativiser cette idée, voire à inverser l'analyse. Cela s'explique par les limites de cette harmonisation, et notamment le respect de la subsidiarité, qui laisse aux États membres une marge de manœuvre à la fois en dehors du champ de l'harmonisation mais aussi en son sein. Les États membres auront ainsi toujours la possibilité d'adopter des instruments économiques. En outre, la législation de l'Union elle-même prévoit des instruments de ce genre et laisse aux États la charge de les mettre en œuvre.

965. Dans ce cas précis, le droit des aides d'État s'applique dans le domaine environnemental harmonisé. Les politiques des États membres sont soumises simultanément à deux strates de normes, entre lesquelles des tensions peuvent apparaître. Les acteurs du droit des aides d'État se fondent alors sur l'opération d'imputation afin d'arbitrer les conflits. Tant qu'une mesure nationale prise dans le domaine harmonisé est imputable à l'État, l'article 107 TFUE est applicable. Dès lors que cette mesure résulte d'une obligation précise du droit dérivé, l'opération d'imputation ferme le champ du droit des aides d'État. Les situations les plus problématiques sont celles où le contrôle des aides concerne des mesures nationales autorisées sur la base de procédures spécifiques du droit dérivé, ce qui pourrait déboucher sur une évolution des critères de l'imputation. Les relations entre les deux pouvoirs sont donc complexes. Le pouvoir d'harmonisation peut déclencher le pouvoir d'encadrement. Il peut aussi lui faire obstacle. Les deux pouvoirs peuvent même entrer en concurrence.

966. Par ailleurs, l'étude de l'acquis matériel procédant du droit des aides permet de relativiser les différences qui existent entre les pouvoirs d'harmonisation et d'encadrement. Elle permet de penser que ce droit est utilisé aux fins d'une quasi-harmonisation des instruments de la protection de l'environnement. Cette quasi-harmonisation s'explique avant tout en raison de l'exercice extensif de son pouvoir par la Commission. Ce dernier aboutit en pratique à l'élaboration d'une véritable réglementation commune des mesures environnementales dans l'Union. Il existe ainsi des actes de portée générale qui déterminent précisément les conditions auxquelles ces mesures doivent satisfaire pour être admissibles au regard du traité. Certes, cette réglementation ne contient pas d'obligations d'agir et n'interdit pas aux États de concevoir les mesures d'aides qu'elle ne prévoit pas. Il n'en reste pas moins qu'elle bénéficie indirectement de l'autorité attachée à l'article 107 TFUE dont elle autorise la dérogation. Les actes issus du droit des aides contiennent par ailleurs les choix politiques de la

Commission. Leur contenu est le résultat de l'arbitrage réalisé entre la protection de l'environnement et la libre concurrence, posé dans les termes d'une conception néoclassique de l'intervention de l'État dans l'économie. Les aides doivent poursuivre des objectifs précis considérés comme acceptables et respecter un certain nombre de conditions qui tiennent aux activités et aux investissements subventionnés. Dans ce contexte, la Commission tient compte de considérations purement économiques en plus de celles liées à la protection du milieu naturel.

967. Au regard de l'ensemble de ces observations, l'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement aboutit à la reconfiguration des politiques environnementales en fonction des exigences du marché intérieur. Lorsqu'ils conçoivent ces politiques et entendent utiliser à cette fin des instruments économiques, les États membres doivent tenir compte des règles matérielles et procédurales contenues aux articles 107 et 108 TFUE. Ils sont ainsi soumis à un cadre juridique commun, fait de contrôles et d'interdictions. On assiste de la sorte à une forme de standardisation des politiques de la protection du milieu naturel dans l'Union, dont le principal effet est que les États doivent conformer leurs mesures aux exigences d'une certaine rationalité économique. S'il a parfois pu être noté un asservissement des règles du marché au profit de la protection de l'environnement[1854], le droit des aides invite sur ce point à inverser la perspective. Certes, des dérogations à l'article 107 TFUE sont permises par la Commission. Toutefois, le droit des aides semble parvenir à ses fins : le recours aux aides publiques dans les politiques environnementales est soumis à un contrôle centralisé qui le limite et le soumet aux exigences du marché intérieur. Il ne faut pas minorer les conséquences de ce contrôle. Une politique qui consisterait à subventionner massivement les entreprises en vue de parvenir à une amélioration de la protection de l'environnement est interdite dans l'Union. Les États ont renoncé à cette option parce qu'ils ont ratifié un traité contenant des règles de concurrence. L'application de l'article 107 TFUE aux mesures de protection de l'environnement est donc loin d'être neutre.

968. En outre, on ne peut que constater le caractère extrêmement intrusif du droit des aides d'État. Il permet à la Commission de développer une véritable politique environnementale et d'imprimer sa volonté sur les mesures nationales de la protection de l'environnement. Sur un plan strictement théorique, on peut ainsi souligner tout le potentiel que peut avoir l'exercice expansif d'un pouvoir d'interprétation de la portée d'une règle prescriptive. D'un point de vue

[1854] D. BRIAND, « Régulation environnementale et droit de la concurrence », *in* G. J. MARTIN, B. PARANCE (dir.), *La régulation environnementale*, Paris, LGDJ, 2012, p. 105, spéc. pp. 117-118.

critique, on pourrait déplorer parfois, à l'heure des réflexions sur la « démocratie administrative »[1855], un relatif manque de transparence dans le domaine du droit des aides, lorsqu'on mesure que les simples communications sur lesquelles la Commission se repose pour préciser sa politique ont une portée qui peut être rapprochée des actes du législateur de l'Union et lorsqu'on constate que les décisions prises sur la base de l'article 108 TFUE ne font pas l'objet d'une publication obligatoire au Journal officiel.

969. Enfin, la présente étude permet de suggérer quelques remarques de droit institutionnel. Tout d'abord, il est souvent soutenu, d'un point de vue historique, que la montée en puissance progressive du Parlement européen ainsi que le retour des États dans la construction européenne aboutissent à une perte d'influence de la Commission[1856]. L'étude du droit des aides d'État amène à relativiser cette analyse. La Commission dispose sur cette base d'un pouvoir très efficace qui lui permet d'agir de façon autonome et au-delà du processus législatif de l'Union pour contraindre les États membres, en l'occurrence dans le domaine environnemental. Alors que le Conseil n'intervient que ponctuellement, notamment dans l'exercice de l'article 109 TFUE, le principal contre-pouvoir est ici le juge. C'est à ce dernier qu'il revient de cantonner la catégorie d'aide à des limites raisonnables et de contrôler le droit dérivé adopté sur la base de l'article 108 TFUE. S'agissant de ce second aspect, on note toutefois une relative permissivité dans le contrôle juridictionnel.

970. Le droit des aides d'État intervient également sur des terrains à première vue insoupçonnés. Tout d'abord, l'étude de l'élaboration de certains actes de la protection de l'environnement montre que le pouvoir juridique d'encadrement peut aboutir à un renforcement du pouvoir politique de négociation de la Commission. Dès lors que les actes nationaux d'exécution de la législation environnementale peuvent être contrôlés au titre de l'article 107 TFUE, cette institution peut influer sur le contenu de cette législation, soit en annonçant, notamment dans sa doctrine administrative, les conditions de la compatibilité des aides, soit en laissant croire que certaines mesures seront au contraire incompatibles avec le marché intérieur. Si le dernier mot appartient au législateur, qui pourra toujours introduire des obligations de faire générales et précises faisant obstacle au pouvoir d'encadrement, la Commission pourra au moins encourager l'approfondissement de l'harmonisation en usant du droit des aides d'État. Par ailleurs, si le pouvoir d'exécution de la législation de l'Union

[1855] À ce sujet, J. CHEVALLIER, « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », *Revue française d'administration publique*, 2011, n° 1 p. 217.

[1856] R. MEHDI, « Les aspects institutionnels de la constitution économique européenne », *in* O. DEBARGE, T. GEORGOPOULOS, O. RABAEY (dir.), *La constitution économique de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 31, spéc. pp. 36-39.

appartient en principe aux États membres[1857], il apparaît que le pouvoir d'encadrement peut se transformer en pouvoir de contrôle de cette exécution. Lorsque les actes nationaux mettant en œuvre la législation environnementale de l'Union peuvent être qualifiés d'aides, la Commission pourra assurer leur contrôle et même sanctionner le non-respect du droit dérivé par une procédure menée sur la base de l'article 108 TFUE au titre de la jurisprudence sur le guichet unique. Ainsi, la décentralisation de l'exécution de la législation environnementale de l'Union semble compensée par l'existence d'un pouvoir centralisé de contrôle. Il faut certes en ce cas au moins un commencement d'exécution de la part des États membres prenant la forme d'une aide pour que la Commission puisse intervenir. Il n'en demeure pas moins que, lorsqu'on sait les difficultés qui caractérisent l'exécution de la législation environnementale de l'Union[1858], l'état du milieu naturel pourrait à cet égard gagner de la sanction de l'article 107 TFUE.

[1857] V. le paragraphe 1 de l'article 291.
[1858] V., notamment, F. JACOBS, « La mise en œuvre du droit de l'environnement, défi européen », *LPA*, 2008, n° 222, p. 4.

ANNEXE

EUROPEAN COMMISSION
DIRECTORATE-GENERALS
ENVIRONMENT and COMPETITION

The Director-Generals

Brussels, 17 March 2004
ENV C2/PV/amh/D(2004)420149

Sir,

Subject: State Aid and National Allocation Plans

In January 2004, the Commission published a guidance document to assist Member States in the implementation of the criteria listed in Annex III of Directive 2003/87/EC establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community.

Criterion 5 of Annex III of the emission trading Directive establishes that the National Allocation Plans shall not discriminate between companies or sectors in such a way as to unduly favour certain undertakings or activities in accordance with the requirements of the Treaty, in particular Articles 87 and 88 thereof. Criterion 5 therefore aims to prevent discrimination that would distort competition to an extent contrary to the common interest.

We write to further explain how the Commission will interpret this criterion in its assessment of National Allocation Plans. Firstly, we briefly explain the concept of State aid and its application to emissions trading. Secondly, examples are given of situations in which distortions of competition and State aid can arise. Serious distortions could occur where a Member State allocates more allowances to undertakings than they need to cover their projected emissions during the relevant period. In our view, where overallocation would lead to a serious distortion of competition such a measure is likely to be a state aid incompatible with the common market.

For a measure to constitute State aid, four criteria set by Article 87(1) of the EC Treaty must be met. In its decisions of 29 March 2000, 28 November 2001 and 24 June 2003 concerning State aid cases N653/1999 (Denmark, CO_2 quotas)[1], N416/2001 (United Kingdom, emission trading allowances)[2] and N35/2003 (Netherlands, NO_x trading scheme)[3], adopted on the basis of Articles 87 and 88 of the EC Treaty, the Commission took the view that the criteria were fulfilled.

---

[1] OJ C 322, 11.11.2000, p. 9.

[2] OJ C 88, 12.4.2002, p.16.

[3] OJ C 227, 23.9.2003, p. 8.

Commission européenne, B-1049 Bruxelles / Europese Commissie, B-1049 Brussel - Belgium. Telephone: (32-2) 299 11 11.
Office: BU-9 6/167. Telephone: direct line (32-2) 295 89 00 . Fax: (32-2) 296 99 70.

E-mail: Peter.Vis@cec.eu.int

An emission allowance was considered equivalent to an intangible asset the value of which would subsequently be determined by an allowance market, and the fact that the State gave it free of charge to companies gave them an advantage. By choosing not to sell this allowance, e.g. by putting it up for auction, the State deprived itself of a resource, with the result that the advantage was funded by means of State resources. The advantage was granted only to certain economic sectors or certain companies, thus making the measure selective. Lastly, the companies concerned were active in markets in which there was trade between Member States, with the result that this trade was affected and competition in the common market was or could have been distorted.

Even though the circumstances under which the EU emissions trading scheme has to be assessed are different from those under which the national schemes were assessed, the Commission is of the opinion that the National Allocation Plans may contain elements which distort competition and constitute State aid.

Where a Member State, for example, allocates more allowances to undertakings than needed to cover their projected emissions during the relevant period, these undertakings have the possibility to sell surplus allowances and retain the proceeds from the sale. This advantage to the undertakings could seriously distort competition and since there would be no link to an economic or environmental counterpart, it would, in principle, be considered an incompatible state aid by the Commission. Should a National Allocation Plan be found to favour certain undertakings in this manner, the Commission will open a state aid procedure on its own initiative. If the Commission decides to undertake a full review, and given the timescale for completion of such a review, then this aspect of the National Allocation Plan concerned will have to be rejected.

Where a Member State over-estimates emission reductions from non-trading sectors or where it grants allowances generously because it intends to purchase Kyoto Protocol "Assigned Amount Units" or credits from Joint Implementation or the Clean Development Mechanism later on to cover its emissions, this may also give undertakings which benefit from this assistance an undue economic advantage compared to their competitors in other Member States, which could seriously distort competition. This is particularly the case if the financing for the Kyoto Protocol credits is not provided by the same undertakings as benefit from the increased allocation.

Turning now to State aid issues that may arise even in cases where National Allocation Plans comprise no over-allocation as described above.

Article 10 of the Directive requires Member States to allocate at least 95% of the allowances free of charge. State aid will always be involved if a Member State decides to allocate more than 95% of allowances free of charge for the period 2005-2007, thereby foregoing public revenue.

State Aid will furthermore be involved if a Member State decides to issue allowances for the second period in respect of allowances cancelled at the end of the first period due to them not having been used, in accordance with Article 13(2) second subparagraph of the Directive ("banking"). This is because, in the second period, the Member State would issue allowances for free when it could otherwise have sold, and thereby obtained revenue from, an equivalent number of Kyoto Protocol "Assigned Amount Units".

The Commission will not request formal notification of the National Allocation Plans under Article 88(3) of the EC Treaty for the period from 2005 until 2007. However, in view of the potentially serious distortions of competition, the Commission will carefully examine the National Allocation Plans once Member States notify them to the Commission under the emission trading Directive. The Commission will in particular consider if any distortive effects are likely to arise in a way that is incompatible with the Treaty. If the Commission sees the serious risk of such distortion, it will not hesitate to take action insofar and to the furthest possible extent that state aid rules allow.

Yours faithfully,

Catherine DAY

Philip LOWE

H.E. ambassadør Claus GRUBE
Danmarks Faste Repræsentant
ved Den Europæiske Union
Rue d'Arlon 73
B-1040 BRUXELLES

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

1. DISCIPLINES NON JURIDIQUES

1.1. Ouvrages

- P. BONTEMS, G. ROTILLON, *L'économie de l'environnement*, 3ème éd., Paris, La découverte, 2007

- B. BÜRGENMEIER, *Économie du développement durable*, 2ème éd., Bruxelles, De Boeck, 2005

- M. FAURE, *L'analyse économique du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2007

- L. GUIHERY, *Économie du fédéralisme – Quelle constitution pour l'Europe ?*, Paris, L'Harmattan, 2001

- F. LÉVÊQUE, *Économie de la réglementation*, Paris, la Découverte, 2004

- T. LIBAERT, A.-J. GUÉRIN, *Le développement durable*, Paris, Dunod, 2008

- H. NORDSTRÖM, S. VAUGHAN, *Commerce et environnement – Dossiers spéciaux 4*, Genève, Publications de l'OMC, 1999

- G. ROTILLON, *Économie des ressources naturelles*, nouvelle éd., Paris, La découverte, 2010

- A. VALLÉE, *Economie de l'environnement*, nouvelle éd., Paris, Seuil, 2011

1.2. Articles et contributions à des ouvrages collectifs

- M. BACACHE-BEAUVALLET, « Marché et droit : la logique économique du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, 2008/4, n° 127, p. 35

- R. BARON, « Compétitivité et politique climatique », *Les notes de l'Iddri,* n° 11, 2006

- E. BÉNICOURT, *v°* « Microéconomie : Économie du bien-être », *Encyclopaedia Universalis*

- C. BOGMANS, C. WITHAGEN, « The Pollution Haven Hypothesis, a Dynamic Perspective », *Revue économique*, 2010, n° 1, p. 103

- P. BONTEMS, M.-F. CALMETTE, « Mondialisation, commerce international et environnement - Un avant-propos », *Revue économique*, 2010, n° 1, p. 1

- G. BRAMOULLÉ, « Droits de propriété et biens environnementaux », *in* M. FALQUE, M. MASSENET (dir.), *Droits de propriété et environnement*, Paris, Dalloz, 1997, p. 147

- D. BUREAU, « Économie des instruments de protection de l'environnement », *Revue française d'économie*, 2005, n° 4, p. 83

- D. BUREAU, « L'environnement peut-il faire l'objet de régulation économique ? », *in* G. J. MARTIN, B. PARANCE (dir.), *La régulation environnementale*, Paris, LGDJ, 2012, p. 13

- J.-P. CENTI, « Le prix de l'environnement : une approche par l'analyse économique du droit », *in* M. FALQUE, M. MASSENET (dir.), *Droits de propriété et environnement*, Paris, Dalloz, 1997, p. 156

- J.-M. DANIEL, *v°* « Économie (Histoire de la pensée économique) : Théorie néo-classique », *Encyclopaedia Universalis*

- V. DAVID, S. MAIRESSE, P. MAITRE, « Le principe du pollueur-payeur : cohérence des outils et pertinence du principe », *in* S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *L'outil économique en droit international et communautaire de l'environnement*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 87

- M. FALQUE, « Introduction générale », *in* M. FALQUE, M. MASSENET (dir.), *Droits de propriété et environnement*, Paris, Dalloz, 1997, p. 1

- M. FAURE, « Community Environmental Law and the Harmonisation of Conditions of Competition : an Economic Perspective », *RAE*, 1999, n° 3, p. 327

- H. W. FRIEDERISZICK, « Economic analysis in EU competition cases », *in* J. DREXL, L. IDOT, J. MONÉGER (dir.), *Economic Theory and Competition Law*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2009, p. 3

- H. W. FRIEDERISZICK, L.-H. RÖLLER, V. VEROUDEN, « European State Aid Control : an economic Framework », *in* P. BUCCIROSSI (dir.), *Handbook of Antitrust Economics*, Massachusetts Institute of Technology Press, 2007, p. 62

- D. GERADIN, « Quel contrôle pour les aides d'État ? », *in Les aides d'État en droit communautaire et en droit national*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 61

- G. GROLLEAU, N. MZOUGHI, L. THIÉBAUT, « Les instruments volontaires : un nouveau mode de régulation de l'environnement ? », *RIDE*, 2004, n° 4, p. 461

- M. GRUBB et AL., « Allowance allocation in the European emissions trading system : a commentary », *Climate Policy*, 2005, n° 1, p. 127

- A. HEYES, « Note de référence », *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, 2007, n° 2, p. 200

- C. KNILL, J. TOSUN, S. HEICHEL, « Balancing competitiveness and conditionality: environmental policy-making in low-regulating countries », *Journal of European Public Policy*, 2008, n° 7, p. 1019

- P. MENANTEAU, M.-L. LAMY, D. FINON, « Les marchés de certificats verts pour la promotion des énergies renouvelables : entre efficacité allocative et efficience dynamique », *Cahier de recherche n° 29*, Institut d'économie et de politique de l'énergie de Grenoble

- J. PINDER, « Positive Integration and Negative Integration : Some Problems of Economic Union in the EEC » (1968), reprod. *in* M. HODGES, *European Integration – Selected Readings*, Harmondsworth, Penguin Books, 1972, p. 124

- V. RABASSA, « Quelle place pour l'analyse économique des aides d'État ? (1) », *Concurrences*, 2006, n° 1, p. 63

- L. RAGOT, K. SCHUBERT, « Réchauffement climatique : concilier efficacité et équité », 22 janvier 2010, disponible sur http://www.laviedesidees.fr/Rechauffement-climatique-concilier.html

- R. L. REVESZ, « Environmental Regulation in Federal Systems », *YEEL*, vol 1, 2000, p. 1

- J.-M. SALLES, « Pollution atmosphérique et marchés de droits négociables : le Protocole de Kyoto sur les changements climatique, 1) Analyse économique du dispositif juridique », *in* S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *L'outil économique en droit international et communautaire de l'environnement*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 201

- F. W. SCHARPF, « Introduction : the problem-solving capacity of multi-level governance », *Journal of European Public Policy*, 1997, n° 4, p. 520

- B. SLOCOCK, « EC and WTO Subsidy Control Systems – some Reflections », *EStAL*, 2007, n° 2, p. 249

- R. SMALE ET AL., « The impact of CO2 emissions trading on firm profits and market prices », *Climate Policy*, 2006, n° 1, p. 31

- H. SMETS, « Les exceptions admises au principe pollueur-payeur », *in* J.-C. MASCLET (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement*, Paris, la Documentation française, 1997, p. 635

- H. SMETS, « Examen critique du principe pollueur-payeur », *in Études en hommage à Alexandre Kiss*, Paris, éd. Frison-Roche, 1998, p. 79

- D. SPECTOR, « L'économiste appelé à la barre : la régulation économique et juridique de la concurrence », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 2011, n° 11, p. 237

- R. B. STEWART, « The Importance of Law and Economics for European Environmental Law », *YEEL*, vol 2, OUP, 2002, p. 1

- A. STONE SWEET, J. A. CAPORASO, « La Cour de justice et l'intégration européenne », *Revue française de science politique*, 1998, n° 2, p. 195

- J.-M. SUN, J. PELKMANS, « Regulatory Competition in the Single Market », *Journal of Common Market Studies*, 1995 (1), p. 67

- D. VOGEL, « Trading up and governing across : transnational governance and environmental protection », *Journal of European Public Policy*, 1997, n° 4, p. 556

- E. WOERDMAN ET AL., « Energy prices and emissions trading : windfall profits from grandfathering ? », *European Journal of Law and Economics*, 2009, n° 2, p. 185

2. DISCIPLINE JURIDIQUE

2.1. Ouvrages généraux

- D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003

- K. BACON (dir.), *European Community Law of State Aid*, OUP, 2009

- J.-S. BERGÉ, S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen*, 2ème éd., Paris, PUF, 2011

- D. BERLIN, *Politique fiscale*, Commentaire J. Mégret, 3ème éd., (deux volumes), ÉUB, 2012

- R. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence – t. II B*, Paris, Publisud, 2005

- C. BLUMANN, L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4ème éd., Paris, Litec, 2010

- D. CARREAU, P. JULLIARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2010

- S. CHARBONNEAU, *Droit communautaire de l'environnement*, 2ème éd., Paris, L'Harmattan, 2006

- J.-Y. CHÉROT, *Les aides d'État dans les Communautés européennes*, Paris, Economica, 1998

- J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, 2ème éd., Paris, Economica, 2007

- J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 7ème éd. 2006

- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème éd., Paris, PUF

- P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law - Text, Cases and Materials*, 4ème éd., OUP, 2011

- A. DECOCQ, G. DECOCQ, *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'Union européenne*, 5ème éd., Paris, LGDJ, 2012

- L. DEFALQUE, J. PERTEK, P. STEINFIELD, P. VIGNERON, *Libre circulation des personnes, des services et des capitaux – Rapprochement des législations*, Commentaire J. Mégret, 3ème éd., ÉUB, 2006

- P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, 1998

- M. DONY, F. RENARD, C. SMITS (collab.), *Contrôle des aides d'État*, Commentaire J. Mégret, 3ème éd., ÉUB, 2007

- L. DUBOUIS, C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6ème éd., Paris, Montchrestien, 2012

- L. FAVOREU (coord.), *Droit des libertés fondamentales*, 5ème éd., Paris, Dalloz, 2009

- M.-A. FRISON-ROCHE, M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2006

- C. GAVALDA, G. PARLÉANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 6ème éd., Paris, Litec, 2010

- M. HEIDENHAIN (dir.), *European State Aid Law*, Munich/Oxford, C. H. Beck/Hart publishing, 2010

- G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 10ème éd., Paris, Sirey, 2012

- C. JONES (dir.), *EU Energy Law – Volume II – EU Competition Law and Energy Markets*, 3ème éd., Louvain, Claeys & Casteels, 2011

- J.-P. KEPPENNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1999

- A. KISS, J.-P. BEURIER, *Droit international de l'environnement*, 4ème éd., Paris, Pedone, 2010

- L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, 7ème éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2011

- B. LE BAUT-FERRARESE (dir.), I. MICHALLET (collab.), *Traité de droit des énergies renouvelables*, 2ème éd., Paris, Éd. du Moniteur, 2012

- K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, 3ème éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2011

- J.-V. LOUIS, T. RONSE, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Genève/Bruxelles/Paris, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant/LGDJ, 2005

- A. MAITROT DE LA MOTTE, *Droit fiscal de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012

- A. MATTERA, *Le marché unique européen – ses règles, son fonctionnement*, 2ème éd., Paris, Jupiter, 1990

- W. MEDERER, N. PESARESI, M. VAN HOOF (dir.), *EU Competition Law – Volume IV – State Aid* (deux volumes), Louvain, Claeys & Casteels, 2008

- D. MISONNE, *Droit européen de l'environnement et de la santé*, Louvain-la-Neuve/Paris, Anthemis/LGDJ, 2011

- S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, 2009

- M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6ème éd., Paris, Dalloz, 2011

- C. QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, 2ème éd., Oxford, Portland Or., Hart Publishing, 2009

- P. REUTER, *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Paris, LGDJ, 1953

- R. ROMI, *Droit de l'environnement*, 7ème éd., Paris, Montchrestien, 2010

- N. DE SADELEER, *Le droit communautaire et les déchets*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1995.

- N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, Commentaire J. Mégret 3ème éd., ÉUB, 2010

- A. SANTA MARIA (dir.), *Competition and State Aid : An Analysis of the EC Practice*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law international, 2007

- J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 2ème éd. complétée, Bruxelles, Bruylant, 2009

- D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3ème éd., Paris, PUF, 2001

- D. SIMON, *La directive européenne*, Paris, Dalloz, 1997

- P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, 2ème éd., Bruxelles, Bruylant, 2011

- G. VLACHOS, *Droit public économique français et européen*, 2ème éd., Paris, Armand Colin, Dalloz, 2001

2.2. Thèses et ouvrages spéciaux

- E. VON BARDELEBEN, *Le choix de loi au sein du marché intérieur - Libertés économiques de circulation et pluralité juridique étatique*, thèse, Paris Ouest Nanterre La Défense, 2009

- A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 2010

- K. BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, Athènes/Bruxelles, Sakkoulas/Bruylant, 1999

- J. L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies Under EC Law*, OUP, 1999

- V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes – Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, Paris, LGDJ, 1974

- J. B. CRUZ, *Between Competition and Free Movement – The Economic Constitutional Law of the European Community*, Oxford, Hart Publishing, 2002

- N. DHONDT, *Integration of Environmental Protection into other EC Policies*, Groningen, Europa Law Publishing, 2003

- B. DE GÉRANDO, *Quotas d'émission de gaz à effet de serre*, Reuil-Malmaison, Lamy, 2010

- D. GUINARD, *Réflexions sur la construction d'une notion juridique : l'exemple de la notion de services d'intérêt général*, Paris, L'Harmattan, 2012

- J. GUYOMARD, *L'intégration de l'environnement dans les politiques intra-communautaires*, Paris, éd. Apogée, 1995

- H. L. A. HART, *Le concept de droit*, 1961, trad. M. VAN DE KERCHOVE ET AL., Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1976

- M. KARPENSCHIF, *Le contrôle communautaire des aides publiques nationales*, thèse, Lyon III, 1999

- S. KINGSTON, *The Role of Environmental Protection in EC Competition Law and Policy*, thèse, Université de Leiden, 2009

- T. KONSTADINIDES, *Division of Powers in European Union Law - The Delimitation of Internal Competence between the EU and the Member States*, Austin/Alphen-sur-le-Rhin, Wolkers Kluwer Law & Business/Kluwer Law International, 2009

- Y. LAURANS, *Recherches sur la catégorie juridique de constitution et son adaptation aux mutations du droit contemporain*, thèse, Nancy II, 2009

- S. LEFÈVRE, *Les actes communautaires atypiques*, Bruxelles, Bruylant, 2006

- K. LENAERTS, *Le juge et la constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988

- C. LONDON, *Environnement et instruments économiques et fiscaux*, Paris, LGDJ, 2001

- A. MAITROT DE LA MOTTE, *Souveraineté fiscale et construction communautaire – Recherche sur les impôts directs*, Paris, LGDJ, 2005

- D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2006

- C. MICHEAU, *La réglementation des aides d'État et des subventions en fiscalité*, Bruxelles, Larcier, 2013

- V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, Paris, L'Harmattan, 2003

- P.-Y. MONJAL, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires*, Paris, LGDJ, 2000

- P. PESCATORE, *La répartition des compétences et des pouvoirs entre les États membres et les Communautés européennes - Étude des rapports entre les Communautés et les États membres*, Luxembourg, 1967

- P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration - Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, (1ère éd. 1972) Bruxelles, Bruylant, rééd. 2005

- S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, 2ème éd., OUP, 2005

- L. RUBINI, *The Definition of Subsidy and State Aid : WTO and EC Law in Comparative Perspective*, OUP, 2010.

- E. DE SABRAN-PONTEVÈS, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, PUAM, 2007

- N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution - Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1999

- M. SADOWSKY, *Droit de l'OMC, droit de l'Union européenne et fiscalité directe*, Bruxelles, Larcier, 2013

- A. C. DOS SANTOS, *L'Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2009

- A. SAYDÉ, *Abuse of Union Law and Regulation of the Internal Market*, thèse, Institut universitaire européen de Florence, 2012

- R. SCHÜTZE, *From Dual to Cooperative Federalism – The Changing Structure of European Law*, OUP, 2009

- L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law,* Oxford, Portland Or., Hart Publishing, 2004

- C. SIATERLI, *La notion d'aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE*, thèse, Strasbourg, 2001

- D. TRIANTAFYLLOU, *Des compétences d'attribution au domaine de la loi - Étude sur les fondements juridiques de l'activité administrative communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997

- G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, 2006, Paris, Dalloz

- C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, LGDJ, 2009

- H. VEDDER, *Competition Law and Environmental Protection in Europe – Towards Sustainability ?*, Groningen, Europa Law Publishing, 2003

- C. VIAL, *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, Bruxelles, Bruylant, 2006

- S. WOSCHECH, *The State Aid Dimension of Environmental Aid*, Göttingen, Cuvillier, 2009

2.3. Articles et contributions à des ouvrages collectifs

- C. AHLBORN, C. BERG, « Can State Aid Control Learn from Antitrust ? The Need for a Greater Role for Competition Analysis under the State Aid Rules », *in* A. BIONDI, P. EECKHOUT, J. FLYNN (dir.), *The Law of State Aid in the European Union*, OUP, 2004, p. 41

- A. ALEXIS, « Services publics et aides d'État – Évolution récente de la jurisprudence », *RDUE*, 2002, n° 1, p. 63

- A. ALEXIS, « Protection de l'environnement et aides d'État : la mise en application du principe pollueur-payeur », *RAE*, 2003-2004/4, p. 629

- A. ALEXIS, « La Cour de justice précise les notions de ressources d'État et d'imputabilité à l'État : l'affaire Pearle BV », *CPN*, 2004, n° 3, p. 24

- A. ALEXIS, « Droits exclusifs ou spéciaux et aides d'État », *RDUE*, 2004, n° 2, p. 185

- C.-M. ALVES, « Biocarburants et Union européenne, entre marché et intérêt général », *Rev. dr. transp.*, 2008, n° 7, étude 10.

- D. AMIRANTE, « L'autonomie scientifique du droit de l'environnement », in Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, Paris, Dalloz, 2007, p. 3

- B. ANDERSEN, « Revision of the environmental guidelines », *EEELR*, 2008, n° 2, p. 23

- K. ANTTONEN, « State Aid in the EU Emissions Trading Scheme National Allocation Plans », *in* M. RODI (dir.), *Environmental Policy Instruments in Liberalized Energy Markets*, Berlin, Lexxion, 2006, p. 265

- A. ARENA, « The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market : Between *Sein* and *Sollen* », *Jean Monnet Working Paper*, 03/10, 2010, disponible sur http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/10/100301.pdf

- E. ARENDT, « Chronique nationale – Luxembourg », *REDE*, 2000, n° 4, p. 423

- C. ARHOLD, « The 2007/2008 Case Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aid », *EStAL*, 2008, n° 3, p. 441

- D. ARMESTO, « The ECJ's Judgment regarding the Tax Autonomy of the Basque Country », *Euro. Tax.*, janvier 2009, p. 11

- L. AZOULAI, « The 'Retained Powers' Formula in the Case Law of the European Court of Justice : EU Law as Total Law ? », *EJLS*, 2011, n° 2, p. 192

- L. AZOULAI, « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », *in* E. NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 341

- J. BABCZYNSKI, « European State Aid Rules and their Bearing on Renewable Energy Sources », *in* M. RODI (dir.), *Environmental Policy Instruments in Liberalized Energy Markets*, Berlin, Lexxion, 2006, p. 155

- K. BACON, « State Aid and General Measures », *YEL*, vol. 17, OUP, 1997, p. 269

- K. BACON, « The Concept of State Aid : The Developing Jurisprudence in the European and UK Courts », *ECL Rev.*, 2003, n° 2, p. 54

- A DE BAECQUE, « Le droit communautaire des aides d'État », *CJEG*, 2000, n° 2, p. 39

- J.-C. BANCAL ET AL., « Droit du marché carbone », *JCl. Environnement et Développement durable*, fasc. 3360

- B. BÄR-BOUYSSIÈRE, « Les règlements d'exemption en matière d'aides d'État », *in* M. DONY, C. SMITS (dir.), Aides d'État, ÉUB, 2005, p. 171

- R. BARENTS, « The Internal Market Unlimited : some Observations on the Legal Basis of Community Legislation », *CML Rev.*, 1993 (30), p. 85

- C. BARNARD, S. DEAKIN, « Market Access and Regulatory Competition », in C. BARNARD, J. SCOTT (dir.), The Law of the Single European Market, Oxford, Portland Or., Hart Publishing, 2002, p. 197

- A. BARTOSCH, « Is there a Need for a Rule of Reason in European State Aid Law ? Or How to Arrive at a Coherent Concept of Material Selectivity ? », *CML Rev.*, 2010 (47), p. 729

- M. BAZEX, « Les traits généraux de la 'discipline communautaire des aides d'État' », *in* J.-M. THOUVENIN (dir.), *Droit international et communautaire des subventions – Le cas de l'aéronautique civile*, Paris PUF, 2001

- M. BAZEX, « Les instruments du marché comme moyen d'exécution de la politique de l'environnement : l'exemple du système des quotas d'émission de gaz à effet de serre », *in Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1190

- B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*, 2012, n° 1, étude 1

- B. A. BEIJEN, « The Implementation of European Environmental Directives : Are Problems Caused by the Quality of the Directives ? », *EEELR*, n° 4, p. 150

- R. DE BELLESCIZE, « La Cour de justice des Communautés européennes limite la souveraineté des États en matière pénale », *Droit pénal*, 2005, n° 12, étude 16

- R. DE BELLESCIZE, « La communautarisation silencieuse du droit pénal – À propos de l'arrêt de la CJCE du 23 octobre 2007 », *Droit pénal*, 2008, n° 1, étude 2

- J.-F. BELLIS, « Les critères de la distorsion de concurrence et de l'effet sur le commerce interétatique », *in* M. DONY, C. SMITS (dir.), *Aides d'État*, ÉUB, 2005, p. 97

- N. BELLOUBET-FRIER, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1998. 152

- H. BELRHALI-BERNARD, « Le droit de l'environnement : entre incitation et contrainte », *RDP*, 2009, n° 6, p. 1683

- J.-S. BERGÉ, S. HARNAY, « Concurrence entre règles juridiques et construction européenne : à propos de l'analyse économique du droit », *in Études en l'honneur du professeur Michel Bazex*, Paris, Litec, 2009, p. 15

- J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1984, p. 263

- D. BERLIN, contribution *in* « Le droit fiscal et l'environnement : continuités et ruptures », *Dr. env.*, 2010, n° 175, p. 39

- D. BERLIN, « Fiscalité indirecte – Autres impôts – Droits d'accises – Droit d'apport », *JCl. Europe Traité*, fasc. 1650

- D. BERLIN, « Fiscalités nationales et libertés de circulation communautaires : propos provocateurs », *LPA*, 2008, n° 248

- N. BERNARD, « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *CDE*, 1998, p. 11

- A. BERNARDI, « Le rôle du troisième pilier dans l'européanisation du droit pénal », *Revue de science criminelle*, 2007. 713

- F. BERROD, « Aides (notion) », *Rép. Dalloz communautaire*

- J. DE BEYS, « Aide d'État et financement des services publics », *JTDE*, 2006, n° 125, p. 1

- J. BIANCARELLI, « Le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'aides publiques », *AJDA*, 1993. 412

- R. BIEBER ET AL., « Back to the Future : Policy, Strategy, Tactics of the White Paper on the Creation of a Single European Market », *in* R. BIEBER ET AL. (dir.), *1992 : One European Market ?*, Baden-Baden, Nomos, 1988, p. 13

- R. BIEBER, « On the mutual completion of overlapping legal systems: the case of the European Communities and the national legal orders », *EL Rev.*, 1988(3), p. 147

- A. BIONDI, « Some Reflections on the Notion of 'State Aid Resources' in European Community State Aid Law », *Fordham Int'l L.J.*, 2006 (5), p. 1426

- M. BLANQUET, « Compétences de l'Union – Architecture générale – Délimitation », *JCl. Europe Traité*, fasc. 170.

- M. BLAUBERGER, « From Negative to Positive Integration ? European State Aid Control Through Soft and Hard Law », *MPIfG Discussion Paper 08/4*, disponible sur http://www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp08-4.pdf,

- A. BLEEKER, « Does the Polluter Pay ? The Polluter-Pays Principle in the Case Law of the European Court of Justice », *EEELR*, 2009, n° 6, p. 289

- C. BLUMANN, « De l'existence d'une politique communautaire des aides nationales », *in* C. BLUMANN (dir.), *Les aides nationales dans la Communauté européenne*, Publications de l'Université de Tours, 1987, p. 85

- C. BLUMANN, « Y'a-t-il substitution de 'régulations' communautaires aux 'régulations' nationales en matière d'aides ? », *in L'entreprise dans le marché unique européen*, Paris, La Documentation française, 1995, p. 63

- C. BLUMANN, « Compétence communautaire et compétence nationale », *in* J.-C. MASCLET (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 63

- C. BLUMANN, « L'émergence de l'exemption catégorielle en matière d'aides d'État : le règlement n° 994/98 du 7 mai 1998 », *RMCUE*, 1999, n° 428, p. 319

- C. BLUMANN, « Les compétences de l'Union européenne dans le domaine de l'énergie », *RAE*, 2009-2010, n° 4, p. 737

- N. BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », *in* N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit – recueil de textes*, trad. M. GUÉRET, C. AGOSTINI (collab.), Louvain/Paris, Bruylant/LGDJ, 1998, p. 159

- D. BOESHERTZ, « Community state aid Policy and energy taxation », *EC Tax Rev.*, 2003, n° 4, p. 214

- F. BOLKESTEIN, « Taxation and Competition : The Realization of the Internal Market », *Euro. Tax.*, sept. 2000, 401

- J. C. BONGAERTS, « Economic Instruments in German Environmental Policy », *EELR*, 1995, n° 4, p. 103

- J.-C. BONICHOT, J.-D. MOUTON, « La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'aide publique aux entreprises », *Études et documents du Conseil d'État*, n° 41, 1989, p. 199

- T. BONNEAU, Commentaire du Règlement (UE) n° 1031/2010, *Revue de Droit bancaire et financier*, 2011, n° 2, comm. 76

- K. BORGSMIDT, « Ecotaxes in the Framework of Community Law », *EELR*, 1999, n° 10, p. 270

- M. BOTHE, P. SPENGLER, « Chronique nationale – Le développement du droit de l'environnement en Allemagne 1998-2001 », *REDE*, 2001, n° 4, p. 421

- L. BOUCON, « Deconstructing Federalism through Retained Powers of States: The European Court of Justice Middle Ground Approach Analyzed in the Light of the American Federal Experience », *in* L. AZOULAI, L. BOUCON, F.-X. MILLET (dir.), *Deconstructing EU Federalism through competences*, EUI Working Paper LAW 2012/06, p. 23, disponible sur http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/21298/LAW_2012_06_Rev2.pdf

- J. H. J. BOURGEOIS, « State aids, taxation measures and specificity, some thoughts », *in Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 765

- L. BOY, « Le droit de la concurrence, élément d'une constitution européenne ? », *in* O. DEBARGE, T. GEORGOPOULOS, O. RABAEY (dir.), *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 123

- S. BRACQ, « Droit communautaire matériel et qualification juridique : le financement des obligations de service public au cœur de la tourmente », *RTD eur.*, 2004. 33

- K. St. BRADLEY, « L'arrêt dioxyde de titane, un jugement de Salomon ? », *CDE*, 1992, n° 5-6, p. 609

- G. BRAIBANT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *in La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, p. 97

- G. BRANTON, « Environmental Aid : a Case for Fundamental Reform (1) », *EStAL*, 2006, n° 4, p. 729

- F. BRENET, « La patrimonialisation des autorisations administratives – Réalités et implications », *DA*, 2007, n° 8, étude 14

- D. BRIAND, « Régulation environnementale et droit de la concurrence », *in* G. J. MARTIN, B. PARANCE (dir.), *La régulation environnementale*, Paris, LGDJ, 2012, p. 105

- A. BRUNET, « La régulation juridique des questions environnementales et le principe de subsidiarité », *Gaz. Pal.*, 2004, n° 164, p. 6

- J.-L. BUENDIA SIERRA, B. SMULDERS, « The Limited Role of the 'Refined Economic Approach' in Achieving the Objectives of State Aid : Time for Some Realism », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, Austin, Boston, Chicago, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 1

- J. L. BUENDIA SIERRA, « Finding the Right Balance : State Aid and Services of General Economic Interest », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, Austin, Boston, Chicago, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 191

- L. BURGORGUE-LARSEN, « À propos de la notion de compétence partagée », *RGDIP*, 2006, p. 373

- X. CABANNES, « La protection fiscale du droit à l'environnement », *RRJ*, 2007, n° 2, p. 947

- J.-L. CADIEUX, « Restructuration industrielle et politique communautaire vis-à-vis des aides nationales », *in* J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. VANDAMME (dir.), *Interventions publiques et droit communautaire*, Paris, Pedone, 1988, p. 78

- G. VAN CALSTER, « Greening the EC's State aid and Tax Regimes », *ECL Rev.*, 2000, 21(6), p. 294

- H. CALVET, « Droit de la concurrence et environnement sont-ils compatibles ? », *Revue droit & affaires*, 2008, vol. 5, p. 76

- C. CANS, « Environnement et développement durable », *in* Y. PETIT (dir.), *Droit et politiques de l'environnement*, Paris, la Documentation française, 2009, notice 1

- J. CARBAJO, « La notion d'aide nationale d'après l'article 92 du traité C.E.E. », *in* C. BLUMANN (dir.), *Les aides nationales dans la Communauté européenne*, Publications de l'Université de Tours, 1987, p. 1

- P. CARO DE SOUSA, « Negative and Positive Integration in EU Economic Law: Between Strategic Denial and Cognitive Dissonance ? » *German Law Journal,* 2012, n° 8, p. 979

- G. CATTI DE GASPERI, « Making State Aid Control 'Greener' : The EU Emissions Trading System and its Compatibility with Article 107 TFEU », *EStAL*, 2010, n° 4, p. 785

- S. CAUDAL, « Pour une réorientation environnementale des dépenses fiscales », *in Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Lassale, Gabriel Montagnier et Luc Saïdj*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 63

- L. CERIONI, « Harmful Tax Competition Revisited : Why not a Purely Legal Perspective Under EC Law ? », *Euro. Tax.*, juillet 2005, p. 267

- F. CHALTIEL, « Le Traité de Lisbonne : la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres », *LPA*, 2008, n° 34, p. 6

- C. CHENEVIERE, « Le régime juridique de l'emission trading européen dès 2013 », *in* C. CHENEVIERE, D. PHILIPPE (dir.), *L'entreprise face au droit des quotas de CO_2*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 21

- J.-Y. CHÉROT, « Le 'plan d'action' de la Commission dans le domaine des aides d'État – Progrès et limites de l'analyse économique dans le contrôle communautaire des aides d'État », *AJDA*, 2007. 2412

- J.-Y. CHÉROT, « Forces et limites de l'ordre concurrentiel dans le droit de l'Union européenne – Le choix du droit des services d'intérêt économique général », *in* J.-L. DEWOST (coord.), *Les services d'intérêt économique général et le marché intérieur – Régimes nationaux et cadre juridique européen,* Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 129

- J. CHEVALLIER, « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », *Revue française d'administration publique*, 2011, n° 1 p. 217

- M. CINI, « From Soft Law to Hard Law ? : Discretion and Rule-making in the Commission's State Aid Regime », *European University Institute working papers n° 2000/35*, disponible sur http://www.eui.eu/RSCAS/WP-Texts/00_35.pdf

- M.-A. COHENDET, « Science et conscience – De la neutralité à l'objectivité », *in Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 75

- A. COLIN-GOGUEL, « Le caractère public d'un avantage en droit communautaire : après les arrêts PreussenElektra et Stardust », *CPN*, 2003, n° 3, p. 26

- M. COLLET, « Réforme fiscale : la contrainte constitutionnelle », *RFFP*, 2011, n° 116, p. 19

- A. COMOLET, A. DECONINCK, « Le principe d'intégration – historique et interprétation », *REDE*, 2001, n° 2, p. 152

- V. CONSTANTINESCO, « Brève note sur la répartition des compétences comme clé de la future constitution européenne ? », *in Mélanges en hommage à Guy Isaac – t. 1*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 155

- V. CONSTANTINESCO, V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », *Rép. communautaire Dalloz*

- G. CONTE, « The EC Rules Concerning Existing Aid : Substantial and Procedural Aspects », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, Austin, Boston, Chicago, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 289

- L. COPPI, « The role of economics in State Aid analysis and the balancing test », *in* E. M. SZYSZCZAK (dir.), *Research Handbook on European State Aid Law*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 64

- G. COSMAS, « Les conditions d'application de l'article 93, paragraphe 2, troisième alinéa, du traité CE », *in Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden Baden, Nomos, 1999, p. 39

- J.-M. COT, « Concurrence et environnement : approche en droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations », *LPA*, 2006, n°119, p. 6

- P. CRAIG, « The Evolution of the Single Market », *in* C. BARNARD, J. SCOTT (dir.), *The Law of the Single European Market*, Oxford, Portland Or., Hart Publishing, 2002, p. 1

- P. CRAIG, « Competence : clarity, conferral, containment and consideration », *EL Rev.*, 2004(3), p. 323

- P. CRAIG, « The Treaty of Lisbon, process, architecture and substance », *EL Rev.*, 2008(2), p. 137

- P. CRAIG, « The ECJ and *ultra vires* Action : a Conceptual Analysis », *CML Rev.*, 2011(48), p. 395

- C. CRAMPES, « Économie, environnement et concurrence », *LPA*, 2006, n° 119, p. 18.

- E. DE CROUY-CHANEL, « Esquisse d'une théorie fiscale de l'écotaxe », *DF*, 2009, n° 9, p. 5

- J. L. DA CRUZ VILAÇA, « Material and Geographic Selectivity in State Aid – Recent Developments », *EStAL*, 2009, n° 4, p. 443

- X. DEBROUX, « Le choix de la base juridique dans l'action environnementale de l'Union européenne », *CDE*, 1995, n° 3-4, p. 383

- L. DEFALQUE, « Influence du droit communautaire sur les compétences exclusives ou réservées des États membres : réflexions sur un partage de compétences », *in* Liber Amicorum *Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 107

- M. DEGUERGUE, « De quelques difficultés de la notion de service social », *AJDA*, 2008. 179

- D. DELALANDE, « La lutte contre le changement climatique », *in* Y. PETIT (dir.), *Droit et politiques de l'environnement*, Paris, la Documentation française, 2009, notice n° 14

- B. DELVAUX, « The EC State Aid Regime regarding Renewables : Opportunities and Pitfalls », *EELR*, 2003, n° 4, p. 103

- M. DESOMER, K. LENAERTS, « Bricks for a Constitutional Treaty of the European Union : values, objectives and means », *EL Rev.*, 2002(4), p. 377

- V. DI BUCCI, « Quelques aspects institutionnels du droit des aides d'État », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, Austin, Boston, Chicago, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 43

- C. DIAS SOARES, « Energy tax treatment of undertakings covered by emissions trading » *EC Tax Rev.*, 2007, n° 4, p. 184

- P. DIBOUT, « Fiscalité européenne et environnement », *RAE*, 1995, n° 2, p. 31

- F. DINTILHAC, « Rapprochement des législations », *Rép. communautaire Dalloz*

- M. DONY-BARTHOLME, « La notion d'aide d'État », *CDE*, 1996, n° 3, p. 399

- M. DONY, « Aides d'État, concurrence et libre circulation », *RAE*, 2005, n° 3, p. 411

- M. DONY, « Les compensations d'obligations de service public », *in* M. DONY, C. SMITS (dir.), *Aides d'État*, ÉUB, 2005, p. 109

- M. DONY, « Les notions de 'Service d'intérêt général' et 'service d'intérêt économique général' », *in* J.-V. LOUIS, S. RODRIGUES (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 3

- L. DRIGUEZ, S. RODRIGUES, « Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire – Entre spécificité et banalisation », *AJDA*, 2008. 191

- M. DUBOST-MOLINER, « Les permis d'émission négociables et le principe pollueur-payeur », *AJDA*, 2003. 2073

- J. DUREN, « Le pollueur-payeur, l'application et l'avenir du principe », *RMCUE*, 1987, n° 305, p. 144

- A. DYEVRE, « La prise en compte de critères 'extraconcurentiels' dans le droit communautaire de la concurrence », *RIDE*, 2007, n° 4, p. 415

- G. ECKERT, « La distinction entre les services d'intérêt économique général et les services d'intérêt général non-économiques », *in* L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La libéralisation des services d'intérêt économique général en réseau en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 3

- G. ECKERT, J.-P. KOVAR, « Entreprises publiques », *Rép. communautaire Dalloz*

- C.-D. EHLERMANN, « The contribution of EC competition policy to the single market », *CML Rev.*, 1992 (29), p. 257

- C.-D. EHLERMANN, « Compétition entre systèmes réglementaires », *RMCUE*, 1995, n° 387, p. 220

- C.-D. EHLERMANN, « State Aids under European Community Competition Law », *Fordham Int'l L.J.*, 1994 (2), p. 410

- C.-D. EHLERMANN, « State Aid Control in the European Union : Success or Failure ? », *Fordham Int'l L.J.*, 1994 (4), p. 1212

- C.-D. EHLERMANN, M. GOYETTE, « The Interface between EU State Aid Control and the WTO Disciplines on Subsidies », *EStAL*, 2006, n° 4, p. 695

- R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « L'analyse économique est-elle une source du droit ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006. 505

- A. EPINAY, « Environmental Principles », *in* R. MACRORY (dir.), *Reflexions on 30 Years of EU Environmental Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2006, p. 17

- A. EWANS, « Law, policy and equality in the European Union : the example of state aid control », *EL Rev.*, 1998, (5), p. 434

- N. FIEDZIUK, « Towards a more refined economic approach to SGEI », *European Public Law*, 2010, n° 2, p. 271

- N. FIEDZIUK, « Services of general economic interest and the Treaty of Lisbon : opening doors to a whole new approach or maintaining the 'status quo' », *EL Rev.*, 2011(2), p. 226

- J. FLETT, K. WALKEROVA, « An Ecotax Under the State Aid Spotlight : the UK Aggregates Levy », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, Austin, Boston, Chicago, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 223

- A. FRANCK, « Les critères objectifs et rationnels dans le contrôle constitutionnel de l'égalité », *RDP*, 2009, n°1, p. 77

- M.-A. FRISON-ROCHE, « L'idée de mesurer l'analyse économique du droit », *in* G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE, M. KLEIN (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, 2005, p. 19

- A. FROMONT, C. VERDURE, « La consécration du critère de l''accès au marché' en matière de libre circulation des marchandises : mythe ou réalité ? », *RTD eur.* 2011. 717

- D. GADBIN, « Le service de distribution de l'eau face au droit communautaire », *in* R. KOVAR, D. SIMON (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché – t. I*, Paris, La documentation française, 1998, p. 305.

- E. GAMBARO, A. NUCARA, L. PRETE, « Pearle : so much Unsaid ! », *EStAL*, 2005, n° 1, p. 3

- D. GAZAGNE, C. FREOA, « L'évolution de la compétence des autorités des États membres en présence d'une harmonisation complète », *Gaz. Pal.*, 2007, n° 109, p. 17 et n° 291, p. 23

- F. GAZIN, « La conception communautaire de l'intérêt général dans le droit des services publics », *in* R. KOVAR, D. SIMON (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché – t. II*, Paris, La documentation française, 1998, p. 48

- T. GEORGOPOULOS, « Sur le concept de 'constitution économique de l'Union européenne' », *in* O. DEBARGE, T. GEORGOPOULOS, O. RABAEY (dir.), *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 3

- D. GERADIN, « EC Competition Law and Environmental Protection : Conflict or Compatibility ? », *YEEL*, vol. 2, OUP, 2002, p. 117

- D. J. GERBER, « Les doctrines européennes et américaines du droit de la concurrence », *in* G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 2006, p. 120

- D. GERARD, « Droit de la concurrence communautaire et protection de l'environnement, entre confrontation, convergence et conciliation », *Revue droit & affaires*, 2008, vol. 5, p. 83

- J. GERKRATH, « Égalité de traitement », *Rép. communautaire Dalloz*

- H. GHÉRARI, « Commerce international et environnement », *in* Y. PETIT (dir.), *Droit et politiques de l'environnement*, Paris, la Documentation française, 2011, notice 12

- C. GIOLITO, « La procédure de contrôle des aides d'État peut-elle être utilisée pour contrôler la bonne application d'autres dispositions du droit communautaire ? », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, Austin, Boston, Chicago, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 145

- J. GIRARD, « Instruments de flexibilité pour promouvoir les énergies renouvelables : garanties d'origine transférables ou certificats de comptabilisation de transfert ? », *BDEI*, 2009, n° 19, p. 53

- J. GOLFINOPOULOS, « Concept of Selectivity Criterion in State Aid Definition Following the Adria-Wien Judgment – Measures Justified by the 'Nature or General Scheme of a System' », *ECL Rev.,* 2003 (10), p. 543

- S. M. GONZALES, « Regional Fiscal Autonomy from a State Aid Perspective : The ECJ's Judgment in *Portugal v. Commission* », *Euro. Tax.,* juillet 2007, p. 328

- E. GRABITZ, « Réglementation des aides et droit communautaire », *in* J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. VANDAMME (dir.), *Interventions publiques et droit communautaire*, Paris, Pedone, 1988, p. 72

- E. GRABITZ, C. ZACKER, « Scope for Action by the EC Member States for the Improvement of Environmental Protection under ECC Law : the Example of Environmental Taxes and Subsidies », *CML Rev.*, 1989 (26), p. 423

- L. GRARD, « Droit européen des transports », *JCl. Europe Traité,* fasc. 1130

- L. GRARD, « Aides d'État – Notion », *JCl. Europe Traité*, fasc. 1530

- L. GRARD, « Aides d'État – Procédures de contrôle », *JCl. Europe Traité*, fasc. 1532

- D. GRIMEAUD, « The Integration of Environmental Concerns into EC Policies : A Genuine Policy Development ? », *EELR*, 2000, n° 7, p. 207

- F. GROETEKE, K. HEINE, « 'Institutional Rigidities' and European State Aid Control », *ECL Rev.*, 2004 (6), p. 322

- E. GROMNICKA, « Services of General Economic Interest in the State Aids Regime : Proceduralisation of Political Choices » *Eur. Pub. L.*, 2005, n° 3, p. 454-456

- L. GYSELEN, « Service public », *Rép. communautaire Dalloz*

- L. HANCHER, « Towards a New Definition of a State Aid under European Law : Is There a New Concept of State Aid Emerging ? », *EStAL*, 2003, n° 3, p. 365

- L. HANCHER, « A Pearl of Wisdom », *EStAL*, 2004, n° 3, p. 363

- L. HANCHER, « Towards an Economic Analysis of State Aid », *EStAL*, 2005, n° 3, p. 425

- M. HANSEN, A. VAN YSENDYCK, S. ZÜHLKE, « The Coming of Age of EC State Aid Law : A Review of the Principal Developments in 2002 and 2003 », *ECL Rev.*, 2004, 25(4), p. 202

- S. HARNAY, J.-S. BERGÉ, « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ? », *RIDE*, 2011, n° 2, p. 165

- P. HEIDHUES, R. NITSCHE, « Comments on State Aid Reform – some Implications of an Effects-based Approach », *EStAL*, 2006, n° 1, p. 23

- P. HERBEL, P. KROMAREK, « Un exemple d'instrument économique de protection de l'environnement : la réduction des émissions de gaz à effet de serre », *D.*, 2007. 963

- R. HERTZOG, « Le droit fiscal de l'environnement : en croissance sur des fondements incertains », *RFFP*, 2011, n° 114, p. 149

- N. HERVÉ-FOURNEREAU, « Le 'principe' d'intégration des exigences de la protection de l'environnement : essai de clarification juridique », *in* Liber amicorum *en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, éd. Apogée, 2006, p. 643

- N. HERVÉ-FOURNEREAU, « Droit à l'environnement et ordre juridique communautaire », *in Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, p. 529

- N. HERVÉ-FOURNEREAU, « Le principe d'intégration », *in* Y. PETIT (dir.), *Droit et politiques de l'environnement*, Paris, la Documentation française, 2009, notice 3.

- S. HOLMES, « Environmental Aid : a Case for Fundamental Reform (2) », *EStAL*, 2006, n° 4, p. 735

- Y. HOUYET, « Les exigences du droit primaire concernant l'abolition des droits exclusifs ou spéciaux accordés aux entreprises assumant des services publics », *RTD eur.*, 2007. 253

- L. IDOT, « Environnement et droit communautaire de la concurrence », *JCP G*, 1995. I 3852

- L. IDOT, « Présentation », *LPA*, 2006 n° 119, p. 4

- L. IDOT, « Protection de l'environnement, libre circulation, libre concurrence : bilan de la jurisprudence de la Cour de justice », *LPA*, 2006, n°119, p. 24

- L. IDOT, « Concurrence et services d'intérêt général – Bref bilan des évolutions postérieures au traité d'Amsterdam », *in* J.-V. LOUIS, S. RODRIGUES (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 40.

- L. IDOT, « L'intérêt général, limite ou pierre angulaire du droit de la concurrence ? », *JTDE*, 2007, n° 142, p. 225

- L. IDOT, « La contribution des autorités de concurrence à la politique de l'énergie de l'Union européenne », *Concurrences*, 2011, n° 2, p. 66

- L. IDOT, « Droit de la concurrence et protection de l'environnement – La relation doit-elle évoluer ? », *Concurrences*, 2012, n° 3, p. 1

- L. IDOT, C. LEMAIRE, « 'l'Union européenne' lue à la lumière du droit de la concurrence », *in Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 413

- A. ILIOPOULOU, « Le principe d'égalité et de non discrimination », *in* J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 435

- F. JACOBS, « La mise en œuvre du droit de l'environnement, défi européen », *LPA*, 2008, n° 222, p. 4

- J.-P. JACQUÉ, « Cours général de droit communautaire », *RCADE*, vol. I, book 1, 1991, p. 237

- J.-P. JACQUÉ, « Le traité de Lisbonne – Une vue cavalière », *RTD eur.*, 2008, n° 3, p. 439

- J.-P. JACQUÉ, « Les Verts v The European Parliament », *in* M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (dir.), *The Past and Future of EU Law*, Oxford, Portland Or., Hart Publishing, 2010, p. 316

- J. JANS, « State Aid and Articles 92 and 93 of the EC Treaty: Does the Polluter Really Pay ? », *EELR*, 1995, n° 4, p. 108

- Y. JÉGOUZO, « Les autorisations administratives vont-elles devenir des biens meubles ? », *AJDA*, 2004. 945

- Y. JÉGOUZO, « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, 2008/4, n° 127, p. 23

- Y. JÉGOUZO, « L'impact du droit communautaire sur le droit français de l'environnement », *in Mélanges en l'Honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 674

- C. JOERGES, « Que reste-t-il de la Constitution économique après la constitutionnalisation de l'Europe – Une rétrospective mélancolique », *Les Cahiers européens de Sciences Po*, 2005, n° 1, disponible sur http://www.cee.sciences-po.fr/erpa/docs/wp_2005_1.pdf

- A. JOHNSTON, « Free allocation of allowances under the EU emissions trading scheme : legal issues », *Climate Policy*, 2006, n° 6, p. 115

- G. KALFLÈCHE, J.-G. SORBARA, « Les compensations de service public du Paquet Almunia, une obscure clarté », *Europe*, n° 6, 2012, étude n° 7

- M. KAMMINGA, « Improving Integration of Environmental Requirements into Other EC Policies », *EELR*, 1994, n° 1, p. 23

- M. KARPENSCHIF, « La notion d'aide d'État, application au secteur de l'énergie », *RJEP*, 2003, n° 595, p. 51

- M. KARPENSCHIF, « Vers une définition communautaire du service public ? », *RFDA*, 2008, n° 1, p. 58

- M. KARPENSCHIF, « Le RGEC : nouveau départ pour le droit des aides d'État ? », *JCP Administration et Collectivités territoriales*, 2009, n° 5, p. 2023

- M. KARPENSCHIF, « L'investisseur privé en économie de marché », *Concurrences*, 2011, n° 3, p. 1

- G. KARYDIS, « Le principe de l' 'opérateur économique privé', critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'État, au sens de l'article 87 § 1 du Traité CE », *RTD eur.*, 2003. 389

- C. KAUPA, « The More Economic Approach – a Reform based on Ideology ? », *EStAL*, 2009, n° 3, p. 311

- S. KAUR, « Using State Aid to Correct the Market Failure of Climate Change », *RECIEL,* 2009, n° 3, p. 268

- C. KELBEL, « Droit européen de l'environnement et politique des transports : le principe du pollueur-payeur à la croisée des chemins », *RDUE*, 2001, n° 1, p. 59

- J.-P. KEPPENNE, « Les premières ébauches d'une réglementation du Conseil en matière de contrôle de aides d'État : le règlement sur les exemptions par catégories et le règlement de procédure », *in Les aides d'État en droit communautaire et en droit national*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 93

- J.-P. KEPPENNE, « Politique fiscales nationales et contrôle communautaire des aides d'État », *JTDE*, 2000, n° 66, p. 25

- J.-P. KEPPENNE, K. GROSS, « Quelques considérations sur le rôle du juge national dans le contrôle des aides d'État », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, Austin, Boston, Chicago, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 391

- W. KERBER, « Interjurisdictional Competition Within the European Union », *Fordham Int'l L.J.*, 1999 (6), p. S218

- C. KESSEDJIAN, « Entrave et disparités des législations », *in* L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 25

- S. KINGSTON, « Integrating Environmental Protection and EU Competition Law : Why Competition Isn't Special », *European Law Journal*, 2010 (6), p. 780

- E. R. KLATTE, « The principle of integration after 25 years of Community environmental Policy », *RAE*, 1999, n° 3, p. 370

- T. KLEINER, « Modernisation of State aid Policy », *in* E. M. SZYSZCZAK (dir.), *Research Handbook on European State Aid Law*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 1

- T. KLEINER, A. ALEXIS, « Politique des aides d'État : Une analyse économique plus fine au service de l'intérêt commun », *Concurrences*, 2005, n° 4, p. 45

- A. KLIEMANN, « Aid for Environmental Protection », *in* M. SÁNCHEZ RYDELSKI (dir.), *The EC State Aid Regime : Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, Londres, Cameron May, 2006, p. 315

- C. KOENIG, J. KÜHLING, « EC control of aid granted through State resources », *EStAL*, 2002, n° 1, p. 7

- C. KOHLER, J.-C. ENGEL, « Le choix approprié de la base juridique pour la législation communautaire : enjeux constitutionnels et principes directeurs », *Europe*, 2007, n° 1, étude 1

- M. KÖNINGS, « State Aid for Renewable Energy Sources : A Practical State Aid Manual for Going Green », *EStAL*, 2002, n° 1, p. 19

- M. KÖNINGS, « Emission trading – why State aid is involved ? – NOx trading scheme », *CPN*, 2003, n° 3, p. 17

- R. KOVAR, « Observations sur l'intensité normative des directives », *in* Liber Amicorum *Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987 pp. 359

- R. KOVAR, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *RCADE,* vol. IV, book 1, 1995

- R. KOVAR, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », *RTD eur.*, 1996. 215 et n° 3 p. 493

- R. KOVAR, « La fée électricité : plus de lumière sur les articles 37 et 90 du traité CE », *Europe*, 1997, chron. n° 12, p. 3

- R. KOVAR, « Monopoles publics », *Rép. communautaire Dalloz*

- R. KOVAR, « *Dassonville, Keck* et les autres : de la mesure avant toute chose », *RTD eur.*, 2006. 213

- L. KRÄMER, « Le principe du pollueur-payeur ("Verursacher") en droit communautaire, interprétation de l'article 130 R du Traité CEE », *Aménagement- Environnement*, 1991, n° 1, p. 3

- L. KRÄMER, « L'environnement et le Marché unique européen », *RMUE*, 1993, n° 1, p. 45

- L. KRÄMER, « The Genesis of EC Environmental Principles », *Research papers in Law*, 7/2003, Études Européennes juridiques, Collège d'Europe de Bruges, disponible sur http://aei.pitt.edu/39393/1/researchpaper_7_2003_kramer.pdf

- V. KREUSCHITZ, « Some Thoughts on the Jurisprudence of European Courts Concerning the Admissibility of Actions against State Aid Decisions », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, Austin, Boston, Chicago, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 369

- F. B. KRIEGLSTEIN, « Renewable Energy Schemes and EC State Aids Provisions », *EELR*, 2001, n° 2, p. 51

- N. KROES, « La libre concurrence n'est pas une fin en soi… », *Concurrences*, 2006, n° 3

- P. KROMAREK, « La jurisprudence communautaire relative à la directive 2003/87 », *D.*, 2009. 2357

- B. KURCZ, D. VALLINDAS, « Can General Measures be… Selective ? Some Thoughts on the Interpretation of a State Aid Definition », *CML Rev.*, 2008 (45), p. 159

- J. KRZEMINSKA, « Are support Schemes for Renewable Energies Compatible with Competition Objectives ? An Assessment of National and Community Rules », *YEEL*, vol. 7, OUP, 2007, p. 125

- C. LAJOYE, « Patrimoine des Collectivités territoriales », *JCl. Administratif*, fasc. 128

- J. LAMARQUE, « Fiscalité écologique et égalité devant l'impôt : faux principes et fausse application des principes », *in Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 183

- C. LAMBERT, « La Cour de justice se donnera-t-elle la compétence ou aura-t-elle l'envie de procéder à une véritable appréciation économique des aides d'État ? », *RLC*, 2006, n° 7, p. 167

- R. H. LAUWAARS, « The 'Model Directive' on Technical Harmonisation », *in* R. BIEBER ET AL. (dir.), *1992 : One European Market ?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, p. 151

- B. LE BAUT-FERRARESE, « La nature des droits négociables à pollueur ou à produire plus « vert » au regard du droit communautaire des aides d'État », *Env.*, 2009, n° 2, étude n° 3

- B. LE BAUT-FERRARESE, « La réception du Protocole de Kyoto en droit européen », *RTD eur.*, 2010. 55

- D. LE MORVAN, « Environnement et politique communautaire », *in* J.-C. MASCLET (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 11

- S. LECLERC, « Le principe pollueur-payeur », *in* Y. PETIT (dir.), *Droit et politiques de l'environnement*, 2009, la Documentation française

- J. LEFEVRE, « Emission Allowance Trading in the EU », *YEEL*, vol 3, OUP, 2003, p. 149

- H. LEGAL, « Quelle place pour l'analyse économique des aides d'État ? (2) », *in* La réforme de la politique des aides d'État, *Concurrences*, 2006, n° 1, p. 69

- C. LEMAIRE, M. WAELBROECK, M. PETITE, « Quel sera l'impact du nouveau traité sur le droit de la concurrence ? Regards juridiques », *Concurrences*, 2008, n° 1, p. 12.

- K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples », *CDE*, 1991, p. 3

- K. LENAERTS, « The Principle of Subsidiarity and the Environment in the European Union : Keeping the Balance of Federalism », *Fordham Int'l L.J.*, 1993 (4), p. 846

- K. LENAERTS, « Le développement de l'Union sociale européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice », *ERA Forum*, 2008, n° 1, p. 61

- K. LENAERTS, « La systémique des voies de recours dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *in Mélanges en hommage à Georges Vandersanden*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 257

- K. LENAERTS, « State Aid and Direct Taxation », *in Essays in Honour of Virpi Tiili*, 2009, Oxford, Portland Or., Hart Publishing, p. 305

- K. LENAERTS, « Federalism and the Rule of Law - Perspectives from the European Court of Justice », *Fordham Int'l L.J.*, 2010 (5), p. 1338

- K. LENAERTS, « L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences des États membres », *in Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 421

- K. LENAERTS, « The Basic Constitutional Charter of a Community Based on the Rule of Law », *in* M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (dir.), *The Past and Future of EU Law*, Oxford, Portland Or., Hart Publishing, 2010, p. 295

- K. LENAERTS et L. BERNARDEAU, « L'encadrement communautaire de la fiscalité directe », *CDE*, 2007, n° 1-2, p. 19

- K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, « Le rôle du juge de l'union dans l'interprétation des articles 14 et 106, paragraphe 2, TFUE », *Concurrences*, 2011, n° 4, p. 4

- K. LENAERTS, M. PITTIE, « Problématique générale de la procédure de contrôle des aides d'État », *in Les aides d'État en droit communautaire et en droit national*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 217

- K. LENAERTS, P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité CE », *CDE,* 1994, p. 3

- A. LIMPENS, « Harmonisation des législations dans le cadre du Marché commun », *Revue internationale de droit comparé*, 1967

- C. LONDON, « Les aides financière en faveur de la protection de l'environnement », *Droit et pratique du commerce international*, 1994, n° 2, p. 282

- C. LONDON, « Concurrence et environnement : une entente écologiquement rationnelle ? », *RTD eur.*, 2003, n° 2, p. 268

- C. LONDON, « L'intégration de l'environnement dans les politiques communautaires », *BDEI*, 2006, n° 6, p. 44

- H. LÓPEZ LÓPEZ, « General Thoughts on Selectivity and Consequences of a Broad Concept of State Aid in Tax Matters », *EStAL*, 2010, n° 4, p. 807

- M. LORENZ, « Emission trading : the State Aid dimension », *EStAL*, 2004, n° 3, p. 399

- J.-V. LOUIS, « Quelques réflexions sur la répartition des compétences entre la Communauté européenne et ses États membres », *Revue d'intégration européenne*, 1979, n° 3, p. 355

- T. LÜBBIG, « L'application de l'article 87 du Traité de Rome aux aides fiscales : un coup d'État communautaire ? », *RMCUE*, 2003, n° 465, p. 124

- A. MAITROT DE LA MOTTE, « Les aides d'État et la concurrence fiscale dommageable », *DF*, 2013, n° 25, étude 334

- S. MALJEAN-DUBOIS, « Le recours à l'outil économique, un habit neuf pour les politiques environnementales ? », *in* S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *L'outil économique en droit international et communautaire de l'environnement*, Paris, La Documentation Française, 2002, p. 10

- P. MARCHESSOU, « Accises », *Rép. communautaire Dalloz*

- G. MARTIN, « Environnement et concurrence : approche en droit de l'environnement », *LPA*, 2006, n° 119, p. 15

- G. J. MARTIN, « Les prémisses de la régulation en matière d'environnement : de la police administrative au Livre vert de la Commission européenne du 28 mars 2007 », *in* G. J. MARTIN, B. PARANCE (dir.), *La régulation environnementale*, Paris, LGDJ, 2012, p. 3

- S. MARTIN, C. STRASSE, « La politique des aides d'États est-elle une politique de concurrence ? », *Concurrences*, 2005, n° 3, p. 52

- A. MATTERA, « L'harmonisation des législations nationales : un instrument d'intégration et de reconnaissance mutuelle », *RDUE*, 2010, n° 4, p. 679

- R. MEHDI, « L'exécution du droit communautaire – Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes », *in Mélanges en hommage à Guy Isaac – t. 2,* Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 615

- R. MEHDI, « Les aspects institutionnels de la constitution économique européenne », *in* O. DEBARGE, T. GEORGOPOULOS, O. RABAEY (dir.), *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 31

- E. MEIER, T. PERROT, « Les aides d'État comme instrument de lutte contre la concurrence fiscale dommageable : la pierre philosophale ? », *DF*, 2002, n° 3, p. 2

- M. MELCHIOR, « Les communications de la Commission – Contribution à l'étude des actes communautaires non prévus par les traités », *in Mélanges Fernand Dehousse*, Paris/Bruxelles, Fernand Nathan/Libor, 1979, p. 243

- F. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel – Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cah. Cons. const.*, 2010, n° 29, p. 89

- M. MEROLA, « Introduction à l'étude des règles communautaires en matière d'aides d'État aux entreprises », *RIDE*, 1993, n° 3, p. 275

- M. MEROLA, « Le critère de l'utilisation des ressources publiques », *in* M. DONY, C. SMITS (dir.), *Aides d'État*, ÉUB, 2005, p. 15

- M. MEROLA, G. CRICHLOW, « An analysis of allowances granted under the CO2 emissions allowance trading scheme », *W.Comp.*, 2004 (1), p. 25

- M. MEROLA, C. MEDINA, « De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark : continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics ? », *CDE*, 2003, n° 5-6, p. 639

- J. - MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur l'ordre juridico-économique de la Communauté européenne », *in* J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J. VANDAMME (dir.), *Interventions publiques et droit communautaire*, Paris, Pedone, 1988, p. 15

- J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des États membres », *in Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 391

- C. MICHEAU, « State aid and taxation in EU law », *in* E. M. SZYSZCZAK (dir.), *Research Handbook on European State Aid Law*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 193

- C. MICHEAU, « Tax selectivity in State aid review : a debatable case practice », *EC Tax Rev.*, 2008, n° 6, .p 276

- V. MICHEL, « 2004 : le défi de la répartition des compétences », *CDE*, 2003, n° 1-2, p. 17

- V. MICHEL, « Les compétences : les mots et les choses », *Europe*, 2008, n° 7, dossier 6

- V. MICHEL, « Le législateur européen et l'entrave », *in* L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 283

- R. MILAS, « La concurrence entre les bases légales des actes communautaires », *RMC*, 1985, n° 289, p. 445

- J. MOLINIER, « Principes généraux », *Rép. communautaire Dalloz*, 2011

- P. MONNIER, H. RUIZ-FABRI, « Organisation mondiale du commerce – Règles : dumping, subventions, mesures de sauvegarde », *JCl. Droit international*, fasc. 130-25

- G. MONTAGNIER, « Harmonisation fiscale européenne – mars 1997-mars 1999 », *RTD eur.*, 1999. 741

- K. MORTELMANS, « The Relationship Between the Treaty Rules and Community Measures for the Establishment and Functioning of the Internal Market – Towards a Concordance Rule », *CML Rev.*, 2002(6), p. 1303

- Y. MOSSOUX, « La détermination du pollueur et la causalité dans le cadre du principe du pollueur-payeur (art. 191, §2, T.F.U.E.) », *Administration publique*, 2009, n° 4, p. 269

- M. MOUGEOT, F. NAEGELEN, « Les marchés de permis d'émission – Principes et évolution », *in* G. J. MARTIN, B. PARANCE (dir.), *La régulation environnementale*, Paris, LGDJ, 2012, p. 91

- J.-D. MOUTON, « Réflexions sur la nature de l'Union européenne à partir de l'arrêt Rottmann », *RGDIP*, 2010, n° 2, p. 257

- F. NANETTI, G. MAMELI, « The creeping normative role of the EC Commission in the two-track struggle against State aids and the harmful tax competition », *EC Tax Rev.*, 2000, n° 3, p. 185

- N. NASH, « Emissions trading and green certificates in the United Kingdom », *International Energy Law & Taxation Review*, 2003, n° 2, p. 45

- P. NEMITZ, « Economic Analysis and State Aid Law : the Questions Lawyers Need to Ask », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, Austin, Boston, Chicago, Wolters Kluwer Law & Business, 2008,

- P. NICOLAIDES, « Fiscal Aid in the EC – A Critical Review of the Current Practice », *W.Comp.*, 2001 (3), p. 319

- P. NICOLAIDES, « Puzzle of State Aid : Structural Funds, Cumulation and De Minimis », *EStAL*, 2005, n° 3, p. 433

- C. PANAYI, « State Aid and Tax : the Third Way ? », *Intertax*, 2007, n° 6-7, p. 283

- M. PÂQUES, « La directive 2003/87/CE et le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne », *RTD. eur.*, 2004. 249

- G. PARLÉANI, « Marché et environnement », *Dr. env.*, 2005, n° 126, p. 52

- O. PEIFFERT, « La contribution de la Cour de justice de l'Union européenne à la définition du principe du pollueur-payeur », *RTD eur.*, 2012. 53

- P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice », *in* Miscellanea *Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 327

- Y. PETIT, « À la recherche de la politique européenne de l'énergie », *RTD eur.*, 2006. 593

- Y. PETIT « Politique agricole commune et environnement », *RAE*, 2011/4, p. 693

- Y. PETIT, « Environnement », *Rép. communautaire Dalloz*

- Y. PETIT, « Environnement », *Répertoire Dalloz de droit international*,

- Y. PETIT, « Agriculture », *Rép. communautaire Dalloz*

- Y. PETIT, « Énergie et environnement », *in* C. Blumann (dir.), *Vers une politique européenne de l'énergie*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 109

- O. PFERSMANN, « Existe-t-il véritablement une concurrence des systèmes juridiques ? », *in* J. DU BOIS DE GAUDUSSON, F. FERRAND (dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, PUAM, 2008, p. 23

- F. PICOD, « Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises », *in* J.-C. MASCLET (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 405

- R. PLENDER, « Definition of Aid », *in* A. BIONDI, P. EECKHOUT, J. FLYNN (dir.), *The Law of State Aid in the European Union*, OUP, 2004, p. 3

- M. POHLMANN, « The European Union Emissions Trading Scheme », *in* D. FREESTONE, C. STRECK (dir.), *Legal Aspects of Carbon Trading*, OUP, 2009, p. 337

- A. C. PONCELA, « Environmental Taxes in OECD Countries : Recent Developments », *Intertax*, 2008, n° 12, p. 554

- M. PREK, S. LEFÈVRE, « The Requirement of Selectivity in the Recent Case-Law of the Court of Justice », *EStAL*, 2012, n° 2, p. 335

- J.-P. PUISSOCHET, H. LEGAL, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Cah. Cons. const.*, 2001, n° 11, p. 149

- M. PURDUE, « Les instruments économiques dans la réglementation de l'environnement au Royaume-Uni », *REDE*, 1999, n° 4, p. 391

- C. QUIGLEY, « The Notion of State Aid in the EEC », *EL Rev.*, 1987, p. 242

- C. QUIGLEY, « General Taxation and State Aid », *in* A. BIONDI, P. EECKHOUT, J. FLYNN (dir.), *The Law of State Aid in the European Union*, OUP, 2004, p. 207

- O. RABAEY, « L''interventionnisme libéral', paradoxe de la constitution économique européenne », *in* O. DEBARGE, T. GEORGOPOULOS, O. RABAEY (dir.), *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 147

- A. RAYNOUARD, « La concurrence normative dans l'Union européenne », *in* S. ROBIN-OLIVIER, D. FASQUELLE, *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 88

- B. REMICHE, « Droit économique, marché et intérêt général », *in Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, éd. Frison-Roche, 1999, p. 253

- B. RENNER-LOQUENZ, « State Aid in Energy Taxation Measures : First Experiences from Applying the Environmental Guidelines 2001 », *EStAL*, 2003, n° 1, p. 21

- B. RENNER-LOQUENZ, « State aid in feed-in tariffs for green electricity », *CPN*, 2006, n° 3, p. 61

- B. RENNER-LOQUENZ, D. BOESHERTZ, « State aid : key elements for the agreement in the Council on energy taxation », *CPN*, 2003, n° 3, p. 14

- D. RIBES, contribution *in* « Le droit fiscal et l'environnement : continuités et ruptures », *Dr. env.*, 2010, n° 175, p. 36

- J. RIDEAU, « Ordre juridique de l'Union européenne », *JCl. Europe Traité*, fasc. 189

- J. RIDEAU, « Les compétence résiduaires et transitoires des États membres », *in Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, p. 441

- D. RITLENG, « Financement du service public et aides d'État », *AJDA*, 2004. 1101

- D. RITLENG, « L'identification de la fonction exécutive dans l'Union », *in* J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 27

- C. RIZZA, « The Financial Assistance Granted by Member States to Undertakings Entrusted with the Operation of a Service of General Economic Interest », *in* A. BIONDI, P. EECKHOUT, J. FLYNN (dir.), *The Law of State Aid in the European Union*, OUP, 2004, p. 68

- G. M. ROBERTI, « Le contrôle de la Commission des Communautés européennes sur les aides nationales », *AJDA*, 1993. 397

- S. RODRIGUES, « Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire », *AJDA*, 2006. 85

- S. RODRIGUES, « Introduction », *in* Vers un nouveau droit européen des services d'intérêt (économique) général ?, *Concurrences*, 2011, n° 4, p. 1

- S. RODRIGUES, « Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne – Acquis et perspectives », *in* J.-V. LOUIS, S. RODRIGUES (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 421

- W. ROGRIGUEZ CURIEL, « Chronique de jurisprudence : quelques réflexions sur la jurisprudence récente de la Cour en matière d'aides d'État », *RIDE*, 1993, n° 3, p. 433

- M. ROSS, « State Aid and National Courts : Definitions and Other Problems – A Case of Premature Emancipation ? », *CML Rev.*, 2000 (37), p. 401

- P. ROSSI-MACCANICO, « European Commission Competence in Reviewing Direct Buisness Tax Measures », *EC Tax Rev.*, 2009, n° 5, p. 221

- P. ROSSI-MACCANICO, « The Gibraltar Judgment and the Point on Selectivity in Fiscal Aids », *EC Tax Rev.*, 2009, n° 2, p. 67

- S. ROUSSEAUX, « La compatibilité des instruments économiques au regard des dispositions relatives aux aides d'État, l'exemple de la taxe CO_2/énergie et des échanges de droits d'émission dans le cadre de la lutte contre l'effet de serre », *REDE*, 2001 n° 1, p. 3

- S. ROUSSEAUX, « L'emprise de la logique marchande sur la promotion des énergies renouvelables au niveau communautaire », *RIDE*, 2005, n°3, p. 231

- S. ROUSSEAUX, « Pollution atmosphérique – Droit international et européen », *JCl. Environnement et Développement durable*, fasc. 1932

- G. ROZET, B. STROMSKY, « L'application de la discipline des aides d'État : la quête judiciaire d'un nouveau Graal », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, Austin, Boston, Chicago, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 425

- L. RUBINI, « The 'Elusive Frontier' : Regulation under EC State Aid Law », *EStAL*, 2009, n° 3, p. 277

- N. RUBIO, « Commerce, concurrence et protection de l'environnement en droit communautaire », *in* S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), *L'outil économique en droit international et communautaire de l'environnement*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 145

- T. M. RUSCHE, « Emissions Trading », *in* M. SÁNCHEZ RYDELSKI (dir.), *The EC State Aid Regime : Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, Londres, Cameron May, 2006, p. 350

- T. M. RUSCHE « The Production of Electricity from Renewable Energy Sources as a Public Service Obligation », *JEEPL*, 2006, n° 6, p. 476

- E. DE SABRAN-PONTÈVES, « Le principe pollueur-payeur en droit communautaire », *REDE*, 2008, n° 1, p. 21

- A. SACCHETTINI, « Les bases juridiques de la politique communautaire de l'environnement », *in* J.-C. MASCLET (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement*, Paris, La Documentation française, 1997, p. 47

- N. de SADELEER, « La question du choix de la base juridique des actes communautaires ayant trait à la protection de l'environnement », *RJE*, 1993, n° 4, p. 597

- N. DE SADELEER, « Le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre : entre ambition et prudence », *RDUE*, 2009, n° 4, p. 703

- N. de SADELEER, « Particularités de la subsidiarité dans le domaine de l'environnement », *Droit et société*, 2012, n° 80, p. 73

- G. SAINTENY, « La dimension fiscale des politiques environnementales en France », *RFFP*, 2011, n° 114, p. 83

- M. SÁNCHEZ RYDELSKI, « *Book Review* - Emission Trading and State Aid Law/Emissionshandel und Beihilfenrecht, by René A. Pfromm », *EStAL*, 2011, n° 1, p. 178

- A. SANDRIN, « Les certificats verts : une méthode d'incitation à la production d'énergies renouvelables », *BDEI*, 2006, n° 6

- W. SAUTER, « Services of General Economic Interest and Universal Service in EU law », *EL Rev.*, 2008, 33(2), p. 167

- G. LO SCHIAVO, « The Emission Trading Scheme in Phase III and the New Californian Cap-and-Trade System : a Comparative Assessment », *EEELR*, 2012, n° 6, p. 106

- C. U. SCHMID, « Diagonal Competence Conflicts between European Competition Law and National Regulation : A Conflict of Laws Reconstruction of the Dispute on Book Price-fixing », *European Review of Private Law*, 2000 n° 8, p. 155

- W. SCHÖN, « Taxation and State Aid Law in the European Union », *CML Rev.*, 1999, (36), p. 911

- R. SCHÜTZE, « Supremacy without Pre-emption ? The very slowly emergent Doctrine of Community Pre-emption », *CML Rev.*, 2006 (43), p. 1023

- R. SCHÜTZE, « Lisbon and the Federal Order of Competences : a Prospective Analysis », *EL Rev.*, 2008 (5), p. 709

- R. SCHÜTZE, « Reforming the "CAP" : from "Vertical" to "Horizontal" Harmonization », *YEL*, 2009, vol. 28, p. 337

- A. T. SEINEN, « Waste Treatment, Recycling and State Aid », *CPN*, 2002, n° 1, p. 87

- J. DE SÉPIBUS, « The European emission trading scheme put to the test of state aid rules », *NCCR Trade Regulation Working Paper n° 2007/34*, 2007, disponible sur www.nccr-trade.org-ip-1

- D. SIMON, « Les mutations des services publics du fait des contraintes du droit communautaire », *in* R. KOVAR, D. SIMON (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché – t. I*, Paris, La documentation française, 1998, p. 65

- N. SINGH GHALEIGH, « Emissions trading before the European Court of Justice: market making in Luxembourg » *in* D. FREESTONE, C. STRECK (dir.) *Legal Aspects of Carbon Trading*, OUP, 2009, p. 367

- A. SINNAEVE, « State Financing of Public Services : The Court's Dilemma in the Altmark Case », *EStAL,* 2003, n° 3, p. 351

- A. SINNAEVE, « What to Expect from National Courts to Fight against Unlawful State Aids » *EStAL*, 2005, n° 1, p. 1

- A. SINNAEVE, « Block Exemptions for State Aid : More Scope for State Aid Control by Member States and Competitors », *CML Rev.*, 2001, (38), p. 1479

- P. J. SLOT, « Harmonisation », *EL Rev.*, 1996(5), p. 378

- M. M. SLOTBOOM, « State Aid in Community Law : A Broad or Narrow Definition », *EL Rev.*, 1995, p. 289

- C. SMITS, « La notion d'avantage et le critère de 'l'opérateur en économie de marché' », *in* M. DONY, C. SMITS, *Aides d'État*, ÉUB, 2005, p. 53

- H- U. SOLTÉSZ, F. SCHATZ, « State Aid for environmental protection - the commission's news guidelines and the GBER », *JEEPL*, 2009, n° 2, p. 141

- K. E. SORENSEN, « Reconciling Secondary Legislation with the Treaty Rights of Free Movement », *EL Rev.*, 2011(3), p. 339

- F. P. SUTTER, « The *Adria Wien Pipeline* Case and the State Aid Provisions in Tax Matters », *Euro. Tax.*, juillet-août 2001, p. 239

- O. SUTTERLIN, « Principe du pollueur-payeur », *JCl. Environnement et Développement durable*, fasc. 2420

- E. SZYSZCZAK, « The general debate on SGIs since the Treaty of Lisbon », *Concurrences*, 2011, n° 4, p. 13

- D. TAYAR, A. GIRAUD, « L'interprétation du critère de l'emploi de ressources d'État par la Cour de justice : le révélateur d'une lecture formaliste de l'article 87 du Traité CE ? », *LPA*, 2005, n° 140

- A. TIZZANO, « Les compétences de la Communauté », *in Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, OPOCE, 1982, p. 45

- P. THIEFFRY, « Les nouveaux instruments juridiques de la politique communautaire de l'environnement, le Traité de l'Union européenne et le cinquième programme communautaire d'action pour l'environnement », *RTD eur.*, 1992, n° 4, p. 669.

- P. THIEFFRY, « Contrôle des compensations de services publics : les propositions de la Commission européenne », *AJDA*, 2004. 1021,

- P. THIEFFRY, « Les comportements visant à la protection de l'environnement en droit de la concurrence », *Env.*, 2006, n° 10, p. 17

- P. THIEFFRY, « Les aides d'État et la protection de l'environnement », *LPA*, 2006, n° 119, p. 32

- P. THIEFFRY, « Le nouvel encadrement des aides d'État à l'environnement (2008-2014) », *LPA*, 2008, n° 49, p. 4

- P. THIEFFRY, « Les politiques européennes de l'énergie et de l'environnement : rivales ou alliées? », *RAE*, 2009-2010, n° 4, p. 783

- P. THIEFFRY, « Renforcement du système d'échanges de quotas d'émission de gaz à effet de serre : l'Union européenne prête pour l'après Kyoto », *AJDA*, 2010. 259

- P. THIEFFRY, « Environnement – Protection de l'environnement et droit de la concurrence », *JCl. Europe Traité*, fasc. 1920

- P. THIEFFRY, « Politique européenne de l'environnement – bases juridiques – processus normatif – principes », *JCl. Europe Traité*, fasc. 1900

- P. THIEFFRY, V. DELORGE, « La politique communautaire de l'environnement et le commerce international : le dilemme de la compétitivité industrielle », *Droit et pratique du commerce international*, 1994, n°1, p. 68

- J.-M. THOUVENIN, « Droit international et droit de la concurrence », *Études et documents du Conseil d'État*, n° 53, 2002, p. 445

- J.-M. THOUVENIN, « Les subventions et les mesures compensatoires », *in* P. DAILLIER, G. DE LA PRADELLE, H. GUÉRARI, *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, p. 397

- J.-M. THOUVENIN, « Les techniques interprétatives du juge de l'Union européenne », *RGDIP*, 2011, n° 2, p. 490

- X. THUNIS, N. DE SADELEER, « Le principe pollueur-payeur : idéal régulateur ou règle de droit positif ? », *Aménagement-Environnement*, 1995, n° spécial, p. 3

- M. TORRE-SCHAUB, « La naissance d'un nouveau marché : le système britannique de commerce d'allocations d'émissions de gaz à effet de serre (UK trading allowances scheme) », *RIDE*, 2004, n° 2, p. 227

- M. TORRE-SCHAUB, « Marché unique et environnement, quelle intégration ? », *RIDE*, 2006, n°3, p. 317

- M. TORRE-SCHAUB, « Politiques environnementales et politiques publiques économiques : vers la construction de la notion d'intérêt général environnemental », *in* L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La libéralisation des services d'intérêt économique général en réseau en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 249

- E. TRAVERSA, « Intégration européenne et fédéralisme fiscal interne : deux processus incompatibles ? *Une analyse juridique* », *Annales de droit de Louvain*, vol. 70, 2007, p. 187

- E. TRAVERSA, « Is There Still Room Left in EU Law for Tax Autonomy of Member States' Regional and Local Authorities ? », *EC Tax Rev.*, 2011, n° 1, p. 4

- D. TRIANTAFYLLOU, « L'encadrement communautaire du financement du service public », *RTD eur.*, 1999. 21

- D. TRIANTAFYLLOU, « La fiscalité façonnée par la discipline des aides d'État », *in EC State Aid Law/Le droit des aides d'État dans la CE*, *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, Austin, Boston, Chicago, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 409

- C. URRACA CAVIEDES, « La sélectivité régionale », *in* Liber Amicorum *Francisco Santaolalla Gadea*, Austin, Boston, Chicago, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 125

- S. VAN RAEPENBUSCH, « L'avenir de la sécurité sociale face à la libre circulation des soins », *in Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, ÉUB, 2003, p. 579

- F. VANISTENDAEL, « Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible with the fundamental freedoms ? », *EC Tax Rev.*, 2008, n° 2, p. 52

- B. VESTERDORF, « A Further Comment on the New State Aid Concept as this Concept Continues to be Reshaped », *EStAL*, 2005, n° 3, p. 393

- D. VIGNES, « Le rapprochement des législations mérite-t-il encore son nom ? », *in Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 533

- H. VAN VLIET, « State Resources and *PreussenElektra* : When is a State Aid Not a State Aid ? », *in* Liber Amicorum *F. Santaolalla Gadea*, Austin, Boston, Chicago, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 65

- L. VOGEL, « Les nouveaux critères de définition des aides d'État en droit de la concurrence » *in* Le nouvel essor du droit des aides d'État en droit de la concurrence – Ateliers de la concurrence de la DGCCRF du 2 octobre 2002, disponible sur http://www2.economie.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/aides2.html

- A. WACHSMANN, « Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour », *Europe*, 1993, n° 1, chron. n° 1.

- D. WAELBROECK, « La condition de 'sélectivité' de la mesure », *in* M. DONY, C. SMITS, *Aides d'État*, ÉUB, 2005, p. 79

- D. WAELBROECK, « La notion d'aide d'État dans la jurisprudence récente de la Cour de justice », *in Mélanges en hommage à Georges Vandersanden*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 773

- M. WAELBROECK, « Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE », *in* Liber Amicorum *Pierre Pescatore*, 1987, p 781

- M. WAELBROECK, « Les propositions de mesures utiles : une nouvelle source de droit communautaire ? », *in Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, ÉUB, 2003, p. 217

- M. WAELBROECK, « La place de la concurrence dans le traité de Lisbonne », *in Mélanges en hommage à Georges Vandersanden*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 829

- M. WAELBROEK, « Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE » (1987), reprod. *in Droit international, intégration européenne et libres marché*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 583

- M. WAELBROECK, « Le traité CEE est-il neutre à l'égard des politiques économiques des États membres ? » (1993), reprod. *in Droit international, intégration européenne et libres marchés – Études de droit communautaire européen 1965-2008*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 606

- M. WATHELET, « Direct Taxation and EU Law : integration or disintegration ? », *EC Tax Rev.*, 2004, n° 1, p. 2

- M. WATHELET, P.-E. PARTSCH, « Délimitation des contours de la notion d'aide d'État en droit communautaire », *in Les aides d'État en droit communautaire et en droit national*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 3

- S. WEATHERILL, « Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market », *in* C. BARNARD, J. SCOTT (dir.), *The Law of the Single European Market*, Oxford, Portland Or., Hart Publishing, 2002, p. 41

- S. WEISHAAR, « The European emissions trading system and state aid : an assessment of the grandfathering allocation method and the performance standard rate system », *ECL Rev.*, 2007, 28(6), p. 371

- M. WEMAËRE, D. GRIMEAUD, « La promotion des énergies renouvelables à l'aune du droit communautaire des aides d'État », *Gaz. Pal.*, 2006, n° 19, p. 23

- P. WENNERÅS, « Towards an Ever Greener Union ? Competence in the Field of the Environment and Beyond », *CML Rev.*, 2008 (45), p. 1645

- J. A. WINTER « Re(de)fining the notion of state aid in article 87(1) of the EC treaty », *CML Rev.*, 2004 (41), p. 475

- E. WOERDMAN, « Developing a European Carbon Trading Market : Will Permit Allocation Distort Competition and Lead to State Aid ? », *Fondazione Eni Enrico Mattei, nota di lavoro 51.2001*, 2001, disponible sur www.feem.it/web/activ/_activ.html

- J. WOUTERS, B. VAN HEES, « Les règles communautaires en matière d'aides d'État et la fiscalité directe : quelques observations critiques », *CDE*, 2001, n° 5-6, p. 647

- J. A.W. VAN ZEBEN, « The European Emissions Trading Scheme Case Law », *RECIEL*, 2009, n° 2, p. 119

- J. ZILLER, « Mondialisation et intervention publique dans le marché », *RIDE*, 2002, n° 2-3, p. 313

- J. ZILLER, « Exécution centralisée et exécution partagée : le fédéralisme d'exécution en droit de l'Union européenne », *in* J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 111

- J. ZILLER, « Bases juridiques et compétences en droit de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 751

2.4. Notes et commentaires

- obs. A ALEXIS sur Décision 2005/170/CE de la Commission du 16 juin 2004 relative à des aides en faveur de la construction d'un pipeline de transport du propylène entre Rotterdam, Anvers et la région de la Ruhr, notifiées par la Belgique, l'Allemagne et les Pays-Bas, C 67/03 (ex N 355/03) — C 68/03 (ex N 400/03) — C 69/03 (ex N 473/03) (JO L 56 du 2 mars 2005, P. 15), *Concurrences*, 2004, n° 1, pp. 82-83

- obs. A. ALEXIS sur CJCE, 15 juillet 2004, *Pearle e.a.*, C-345/02, *Concurrences*, 2004, n° 1, p. 79

- obs. A. ALEXIS sur TPICE, 3 septembre 2006, *British Aggregates/Commission,* T-210/02, *Concurrences*, 2006, n° 4, p. 107

- obs. A. BARILARI sur Conseil constitutionnel, 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, N° 2009-599 DC, *JCP G*, 2010, n° 3, p. 39

- obs. C. BARNARD sur CJCE, 11 juin 1991, *Commission/Conseil*, C-300/89, *EL Rev.*, 1992 (2), p. 127

- obs. M. BAZEX sur CJUE, 15 novembre 2011, *Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni,* C-106/09 P et C-107/09 P, *DA*, 2012, n° 1, comm. 3

- obs. J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, C. LAMBERT sur CJCE, 16 mai 2002, *France/Commission*, dit « Stardust », C-482/99, *AJDA*, 2002 .1122

- obs. L. BERNARDEAU, O. PEIFFERT, sur CJUE, 5 juin 2012, *Commission/EDF*, C-124/10 P, « Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (janvier/juin 2012) », *DF*, 2012, n° 37, p. 431

- obs. A. BIONDI sur TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a./Commission*, T-289/03, *EStAL*, 2008, n° 2, p. 401, spéc. pp. 403-404

- obs. C. BLUMANN sur CJCE, 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, C-169/08, *JCP G*, 2010. 68

- obs. T. BONNEAU sur Règlement (UE) n° 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010, relatif au calendrier, à la gestion et aux autres aspects de la mise aux enchères des quotas d'émission de gaz à effet de serre conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté (JO L 302 du 18 novembre 2010, p. 1), *Revue de Droit bancaire et financier*, 2011, n° 2, comm. 76

- obs. B. BOUTEMY, E. MEIER sur CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO*, C-126/01, *DF*, 2004, n° 17, comm. N° 440

- obs. A. CARTIER-BRESSON sur CJUE, 5 juin 2012, *Commission/EDF*, C-124/10 P, *RFDA*, 2013, p. 1188

- obs. D. CHARLES-LE BIHAN sur CJCE, 10 juillet 2003, *Booker Aquaculture et Hydro Seafood*, C-20/00 et C-64/00, « Chronique de jurisprudence communautaire (année 2003) », *RDR*, 2005, n° 330, chron. n° 2, v. n° 13

- obs. J.-Y. CHÉROT sur TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a./Commission*, T-289/03, *Concurrences*, 2008, n° 2, p. 144

obs. J.-Y. CHÉROT sur TPICE, 10 avril 2008, *Pays-Bas/Commission*, T-233/04, *Concurrences*, 2008, n° 2, p. 148

- obs. J.-P. CHRISTIENNE sur CJCE, 5 juillet 2007, *Fendt Italiana*, C-145/06 et C-146/06, « Jurisprudence de la CJCE : fiscalité indirecte (juill./déc. 2007) », *DF*, 2008, n° 10, étude 193, v. n° 3

- obs. J.-P. CHRISTIENNE sur CJCE, 17 juillet 2008, *Flughafen Köln/Bonn*, C-226/07, « Jurisprudence de la CJCE : fiscalité indirecte (juill./sept. 2008) », *DF*, 2008, n° 44, étude 553

- obs. J. B. CRUZ, F. CASTILLO DE LA TORRE sur CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, préc., *EL Rev.*, 2001, p. 489, v. p. 493

- obs. J. DERENNE sur CJCE, 2 avril 2009, *Bouygues et Bouygues Télécom/Commission,* C-431/07 P, *Concurrences*, 2009, n° 2, p. 163

- obs. J. DERENNE sur CJCE, 11 mars 2010, *CELF et ministre de la Culture et de la Communication*, C-1/09, *Concurrences*, 2010, n° 3, p. 129

- obs. J. DERENNE sur CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, *Concurrences*, 2011, n° 4, p. 155

- obs. J. DERENNE sur Trib. UE, 13 septembre 2012, *Italie/Commission*, T-379/09, *Concurrences*, 2012, n° 4, p. 137

- obs. F. DONNAT sur CJCE, 18 juillet 2007, *Lucchini,* C-119/05*, «* Chronique annuelle 2007 de jurisprudence communautaire », RJEP, 2008, n° 655, v. n° 14

- obs. M. DONY sur CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, C-143/99, « Aides d'État (année 2001) », *JTDE*, 2002, n° 89, p. 117, v. p. 123

- obs. É. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE sur CJUE, 15 novembre 2011, *Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni,* C-106/09 P et C-107/09 P, *DF*, 2012, n° 5, comm. 126

- obs. D. GADBIN sur CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO*, C-126/01, « Chronique de jurisprudence communautaire (année 2003) », *RDR*, 2005, n° 330, chron. n° 2

- obs. D. GADBIN sur CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, *Env.*, 2012, n° 10, chron. 2

- obs. C. GIOLITO sur CJCE, 5 octobre 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, C-368/04, *Concurrences*, 2008, n° 2, p. 140

- obs. C. GIOLITO sur TPICE, 4 juillet 2007, *Bouygues et Bouygues Télécom/Commission*, T-475/04, *Concurrences*, 2007, n° 4, p. 106

- obs. G. GIOLITO sur TPICE, 11 février 2009, *Iride et Iride Energia/Commission,* T-25/07, *Concurrences*, 2009, n° 2, pp. 156-158

- obs. B. O. GRAM MORTENSEN sur CJCE, 17 juillet 2008, *Essent Netwerk Noord e.a.*, C-206/06, *EEELR*, 2008, n° 12, p. 389

- obs. L. GRARD sur CJCE, 23 octobre 2007, *Commission/Conseil*, C-440/05, *Rev. dr. transp.*, décembre 2007, n° 11, comm. n° 243

- obs. L. GRARD sur CJUE, 21 décembre 2011, *Commission/Autriche*, C-28/09, « Droit européen des transports – 15 novembre 2011/15 février 2012 », *Rev. dr. transp.*, 2012, n° 1, chron. 1, v. n° 1

- obs. C. HAGUENAU-MOIZARD sur CJCE, 13 septembre 2005, *Commission/Conseil*, C-176/03, *RTD eur.*, 2006, n° 2, p. 369

- obs. L. HANCHER sur CJCE, 16 mai 2000, *France/Ladbroke Racing et Commission*, C-83/98 P, *CML Rev.*, 2002 (39), p. 865, v. pp. 874-876

- obs. M. HONORÉ sur CJCE, 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, C-487/06 P, *EStAL*, 2009, n° 4, p. 527, spéc. pp. 536-537

- obs. C. HUMPE sur CJCE, 23 mai 2000, *Sydhavnens Sten & Grus*, C-209/98, *RDUE*, 2000, n° 2, p. 439

- obs. L. IDOT sur CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, *Europe*, 2001, n° 5, comm. 182

- obs. L. IDOT sur TPICE, 27 septembre 2000, *BP Chemicals/Commission*, T-184/97, *Europe*, 2000, n° 11, comm. 356

- obs. L. IDOT sur CJCE, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, C-143/99, *Europe*, 2002, n° 1, comm. 28

obs. L. IDOT sur CJCE, 29 avril 2004, *Pays-Bas/Commission*, C-159/01, *Europe*, 2004, n° 6, comm. 216

- obs. L. IDOT sur CJCE, 15 juillet 2004, *Pearle e.a.*, C-345/02, *Europe*, 2004, n° 10, comm. 328

- obs. L. IDOT sur TPICE, 5 avril 2006, *Deutsche Bahn/Commission*, T-351/02, *Europe*, 2006, n° 6, comm. 190

- obs. L. IDOT sur TPICE, 3 septembre 2006, *British Aggregates/Commission,* T-210/02, *Europe*, 2006, n° 11, comm. 325

- obs. L. IDOT sur CJCE, 6 septembre 2006, *Portugal/Commission*, 88/03, *Europe*, 2006 n° 11, comm. 325

- obs. L. IDOT sur TPICE, 12 décembre 2007, *Irlande e.a./Commission*, T-50/06, T-56/06, T-60/06, T-62/06 et T-69/06, *Europe*, 2008, n° 2, comm. 57

- obs. L. IDOT sur TPICE, 10 avril 2008, *Pays-Bas/Commission*, T-233/04, *Europe*, 2008, n° 6, comm. 198

- obs. L. IDOT sur CJCE, 17 juillet 2008, *Essent Netwerk Noord e.a.*, C-206/06, *Europe*, 2008, n° 10, comm. 329

- obs. L. IDOT sur CJCE, 11 septembre 2008, *Unión General de Trabajadores de la Rioja,* C-428/06 à C-434/06, *Europe*, 2008, n° 11, comm. 378

- obs. L. IDOT sur TPICE, 11 février 2009, *Iride et Iride Energia/Commission*, T-25/07, *Europe*, 2009, n° 4, comm. 165

- obs. L. IDOT sur CJCE, 2 avril 2009, *Bouygues et Bouygues Télécom/Commission*, C-431/07 P, *Europe*, 2009, n° 6, comm. 241

- obs. L. IDOT sur CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, *Europe*, 2011, n° 11, comm. 422

- obs. L. IDOT sur CJUE, 15 novembre 2011, *Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni,* C-106/09 P ET C-107/09 P, *Europe*, 2012, n° 1, comm. 39

- obs. L. IDOT sur Trib UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission,* T-210/02 RENV, *Europe*, 2012, n° 5, comm. 202

- obs. L. IDOT, M. PIETRI sur CJCE, 23 mai 2000, *Sydhavnens Sten & Grus*, C-209/98, *Europe*, 2000, n° 7, comm. n° 218 et comm. N° 207

- obs. B. KOTSCHY sur CJCE, 13 septembre 2005, *Commission/Conseil*, C-176/03, *RDUE*, 2005, n° 3, p. 641

- obs. T. KUHN sur CJCE, 13 mars 2001, PreussenElektra, C-379/98, *LIEI*, 2001, n° 3, p. 361

- obs. J. LOHRBERG sur TPICE, 3 septembre 2006, *British Aggregates/Commission,* T-210/02, *EStAL*, 2007, n° 3, p. 538

- obs. A. MAITROT DE LA MOTTE sur CJCE, 22 décembre 2008, *Regie Networks*, C-333/07, *DF*, 2009, n° 27, comm. 396

- obs. S. MARCIALI sur CJCE, 23 octobre 2007, *Commission/Conseil*, C-440/05, *RDP*, 2008, n° 4, p. 1231

- obs. F. MARIATTE sur CJCE, 5 octobre 2004, *Commission/Grèce*, dit « Ouzo », C-475/01, *Europe*, 2004, n° 12, comm. 398

- obs. F. MARIATTE sur CJCE, 15 novembre 2005, *Commission/Autriche*, C-320/03, *Europe*, 2006, n° 1, comm. 11

- obs. W. MASTOR sur Conseil constitutionnel, 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, n° 2009-599 DC, *AJDA*, 2010. 277

- obs. V. MICHEL sur CJUE, 29 mars 2012, *Commission/Pologne*, C-504/09 P, *Europe*, 2012, n° 6, comm. 258

- obs. V. MICHEL sur Trib. UE, 22 mars 2011, *Lettonie/Commission*, T-369/07, *Europe*, 2011, n° 5, comm. 199

- obs. P.-Y. MONJAL sur CJCE, 13 septembre 2005, *Commission/Conseil*, C-176/03, *D.*, 2005. 3064

- obs. A.-L. MOSBRUCKER sur CJCE, 23 avril 2009, *Puffer*, C-460/07, *Europe*, 2009, n° 6, comm. 246

- obs. A.-L. MOSBRUCKER sur CJUE, 26 octobre 2010, *Schmelz*, C-97/09, *Europe*, 2010, n° 12, comm. n° 416

- obs. N. NOTARO sur CJCE, 23 mai 2000, *Sydhavnens Sten & Grus*, C-209/98, *EELR*, 2000, n° 11, p. 304, spéc. p. 311

- obs. C. NOWAK sur TPICE, 5 avril 2006, *Deutsche Bahn/Commission*, T-351/02, *EStAL*, 2006, n° 3, p. 621

- obs. C. NOWAK sur TPICE, 12 décembre 2007, *Irlande e.a./Commission*, T-50/06, T-56/06, T-60/06, T-62/06 et T-69/06, *EStAL*, 2008, n° 4, p. 718

- obs. G. PARLÉANI sur CJCE, 20 novembre 2003, *GEMO, C-126/01, JCP E*, 2004, n° 44, p. 1599

- obs. F. PICOD sur CJUE, 26 février 2013, *Aklagaren/Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, *JCP G*, 2013. 312

- obs. S. POILLOT-PERUZZETTO sur CJCE, 16 mai 2002, *France/Commission*, dit « Stardust », C-482/99, *RTD Com*., 2003, p. 407

- obs. D. RIBES sur la décision du Conseil constitutionnel, 28 décembre 2000, *Loi de finances pour 2001*, N° 2000-442 DC, considérant 14, *D*., 2001. 1767

- obs. A. RIGAUX sur CJUE, 21 décembre 2011, *Commission/Autriche*, C-28/09, *Europe*, 2012, n° 2, comm. 75

- obs. S. RODRIGUES sur TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a./Commission*, T-289/03, *Concurrences*, 2008, n° 2, p. 178

- obs. M. ROSS sur TPICE, 12 février 2008, *BUPA e.a./Commission*, T-289/03, *EL Rev.*, 2009, 34(1), p. 127, spéc. p. 130 et s.

- obs. W. SAUTER, H. VEDDER sur CJUE, 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, *EL Rev*., 2012, 37 (3), p. 327

- obs. O. SEGNANA sur CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, *CDE*, 2002, n° 1-2, p. 131

- obs. T. SEINEN sur Décision 2006/237/CE de la Commission du 22 juin 2005 concernant les mesures d'aides mises à exécution par les Pays-Bas en faveur d'AVR pour le traitement de déchets dangereux (JO L 84 du 23 mars 2006, p. 37), pt. 73 , *CPN*, 2005, n° 3, p. 97

- obs. D. SIMON sur CJCE, 13 septembre 2005, *Commission/Conseil*, C-176/03, *Europe*, 2005, n° 11, comm. 359

- obs. D. SIMON sur CJCE, 18 juillet 2007, *Lucchini,* C-119/05, *Europe*, 2007, n° 10, comm. 235

- obs. D. SIMON sur TPICE, 7 novembre 2007, *Allemagne/Commission*, T-374/04, *Europe*, 2008, n° 1, comm. 26

- obs. P. J. SLOT sur CJCE, 17 mars 1993, *Sloman Neptun/Bodo Ziesemer*, C-72/91 ET C-73/91, *CML Rev.*, 1994, n° 31, p. 137

- obs. B. STROMSKY sur Trib. UE, 8 juillet 2010, *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt/Commission*, T-396/08, *Concurrences*, 2010, n° 4, p. 178

- obs. B. STROMSKY sur Trib. UE, 7 mars 2012, *British Aggregates/Commission,* T-210/02 RENV, *Concurrences*, 2012, n° 2, p. 5

- obs. D. V. TSIROS sur CJCE, 5 octobre 2004, *Commission/Grèce*, dit « Ouzo », C-475/01, *Columbia Journal of European Law*, 2006, p. 809

- obs. C. VIAL sur CJCE, 23 octobre 2007, *Commission/Conseil*, C-440/05, *Environnement et développement durable*, 2008, n° 2, comm. 39

- obs. C. VAUTROT-SCHWARZ sur CJCE, 11 septembre 2008, *Unión General de Trabajadores de la Rioja,* C-428/06 à C-434/06, *DF*, 2008, n° 48, comm. 599

- obs. F. ZAMPINI sur CJCE, 17 novembre 2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, C-169/08, *DF*, 2010, n° 4, comm. 97

3. DOCUMENTS OFFICIELS

3.1. Textes

3.1.1 RÈGLEMENTS

- Règlement (CEE) n° 2658/87 du Conseil du 23 juillet 1987, relatif à la nomenclature tarifaire et statistique et au tarif douanier commun (JO L 256 du 7 septembre 1987, p. 1)

- Règlement 2078/92/CEE du Conseil, du 30 juin 1992, concernant des méthodes de production agricole compatibles avec les exigences de la protection de l'environnement ainsi que l'entretien de l'espace naturel (JO L 215 du 30 juillet 1992, p. 85)

- Règlement (CE) nº 994/98 du Conseil du 7 mai 1998 sur l'application des articles 92 et 93 du traité instituant la Communauté européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales (JO L 142 du 14 mai 1998, p. 1)

- Règlement 1540/98/CE du Conseil du 29 juin 1998 concernant les aides à la construction navale (JO L 202 du 18 juillet 1998, p. 1)

- Règlement (CE) nº 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JO L 83 du 27 mars 1999, p. 1)

Règlement (CE) n° 254/2000 du Conseil du 31 janvier 2000, modifiant le règlement (CEE) n° 2658/87 relatif à la nomenclature tarifaire et statistique et au tarif douanier commun (JO L 28 du 3 février 2000, p. 16)

- Règlement (UE) n° 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010, relatif au calendrier, à la gestion et aux autres aspects de la mise aux enchères des quotas d'émission de gaz à effet de serre conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté (JO L 302 du 18 novembre 2010, p. 1)

- Règlement (UE) n° 733/2013 du Conseil du 22 juillet 2013 modifiant le règlement (CE) n° 994/98 sur l'application des articles 92 et 93 du traité instituant la Communauté européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales (JO L 204 du 31 juillet 2013, p. 3)

- Règlement (UE) n° 734/2013 du Conseil du 22 juillet 2013, modifiant le règlement (CE) n° 659/1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE (JO L 204 du 31 juillet 2013, p. 15), article 7, paragraphes 2-5

3.1.2. DIRECTIVES

- Directive 75/439/CEE du Conseil du 16 juin 1975, concernant l'élimination des huiles usagées (JO L 194 du 25 juillet 1975, p. 23)

- Directive 75/442/CEE du Conseil du 15 juillet 1975, relative aux déchets (JO L 194 du 25 juillet 1975, p. 39)

- Directive 77/388/CEE du Conseil du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme (JO L 145 du 13 juin 1977, p. 1)

- Directive 91/156/CEE du Conseil du 18 mars 1991 modifiant la directive 75/442/CEE relative aux déchets (JO L 78 du 26 mars 1991, p. 32)

- Directive 91/676/CEE du Conseil, du 12 décembre 1991, concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles (JO L 375 du 31 décembre 1991)

- Directive 92/81/CEE du Conseil du 19 octobre 1992, concernant l'harmonisation des structures des droits d'accises sur les huiles minérales (JO L 316 du 31 octobre 1992, p. 12)

- Directive 92/83/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant l'harmonisation des structures des droits d'accises sur l'alcool et les boissons alcooliques (JO L 316 du 31 octobre 1992, p. 21)

- Directive 92/84/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant le rapprochement des taux d'accises sur l'alcool et les boissons alcoolisées (JO L 316 du 31 octobre 1992, p. 29)

- Directive 94/62/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 décembre 1994, relative aux emballages et aux déchets d'emballages (JO L 365 du 31 décembre 1994, p. 10), modifiée en dernier lieu par la directive 2005/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2005, modifiant la directive 94/62/CE relative aux emballages et aux déchets d'emballages (JO L 70 du 16 mars 2005, p. 17)

- Directive 96/61/CEE du Conseil du 24 septembre 1996, relative à la prévention et la réduction intégrée de la pollution (JO L 257 du 10 octobre 1996, p. 26)

- Directive 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (JO L 27 du 30 janvier 1997, p. 20)

- Directive 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997, relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications (JO L 117 du 7 mai 1997, p. 15)

- Directive 1999/31/CE du Conseil du 26 avril 1999, concernant la mise en décharge des déchets (JO L 182 du 16 juillet 1999, p. 1)

- Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000, établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau (JO L 327 du 22 décembre 2000, p. 1)

- Directive 2000/52/CE de la Commission du 26 juillet 2000, modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques (JO L 193 du 29 juillet 2000, p. 75)

- Directive 2001/77/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001, relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité (JO L 283 du 27 octobre 2001, p. 33)

- Directive 2001/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2001, fixant des plafonds d'émission nationaux pour certains polluants atmosphériques (JO L 309 du 29 novembre 2001, p. 22)

- Directive 2003/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 mai 2003, visant à promouvoir l'utilisation de biocarburants ou autres carburants renouvelables dans les transports (JO L 123 du 17 mai 2003, p. 42)

- Directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (JO L 176 du 15 juillet 2003, p. 37)

- Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003, établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil (JO L 275 du 13 octobre 2003, p. 32)

- Directive 2003/96/CE du Conseil du 27 octobre 2003, restructurant le cadre communautaire de taxation des produits énergétiques et de l'électricité (JO L 283 du 31 octobre 2003, p. 51)

- Directive 2004/8/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004, concernant la promotion de la cogénération sur la base de la demande de chaleur utile dans le marché intérieur de l'énergie et modifiant la directive 92/42/CEE (JO L 52 du 21 février 2004, p. 50)

- Directive 2004/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004, modifiant la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, au titre des mécanismes de projet du protocole de Kyoto (JO L 338 du 13 novembre 2004, p. 18)

- Directive 2006/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 17 mai 2006, modifiant la directive 1999/62/CE relative à la taxation des poids lourds pour l'utilisation de certaines infrastructures (JO L 157 du 9 juin 2006, p. 8)

- Directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée (JO L 347 du 11 décembre 2006, p. 1)

- Directive 2008/1/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 janvier 2008, relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution (JO L 24 du 29 janvier 2008, p. 8)

- Directive 2008/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008, relative aux déchets et abrogeant certaines directives (JO L 312 du 22 nov. 2008, p. 3)

- Directive 2009/28/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et modifiant puis abrogeant les directives 2001/77/CE et 2003/30/CE (JO L 140 du 5.6.2009, p. 16)

- Directive 2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009, modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (JO L 140 du 5 juin 2009, p. 63)

- Directive 2009/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 octobre 2009, modifiant la directive 2005/35/CE relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions, (JO L 280 du 27 octobre 2009, p. 52)

- Directive 2010/75/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010, relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution) (JO L 334 du 17 décembre 2010, p. 17)

3.1.3. DÉCISIONS

- Décision 92/510/CEE du Conseil du 19 octobre 1992, autorisant les États membres à continuer à appliquer à certaines huiles minérales utilisées à des fins spécifiques les réductions de taux d'accise ou les exonérations d'accises existantes, conformément à la procédure prévue à l'article 8 paragraphe 4 de la directive 92/81/CEE (JO L 316 du 31 octobre 1992 p. 16)

- Décision 93/389/CEE du Conseil, du 24 juin 1993, relative à un mécanisme de surveillance des émissions de CO2 et des autres gaz à effet de serre dans la Communauté (JO L 167 du 9 juillet 1993, p. 31)

- Décision 93/697/CE du Conseil du 13 décembre 1993, autorisant certains États membres à appliquer ou à continuer à appliquer à certaines huiles minérales utilisées à des fins spécifiques des réductions ou des exonérations d'accise conformément à la procédure prévue à l'article 8 paragraphe 4 de la directive 92/81/CEE (JO L 321 du 23 décembre 1993, p. 29)

- Décision 96/273/CE du Conseil, du 22 avril 1996, autorisant certains États membres à appliquer ou à continuer à appliquer à certaines huiles minérales utilisées à des fins spécifiques des réductions ou des exonérations d'accise selon la procédure prévue à l'article 8 paragraphe 4 de la directive 92/81/CEE (JO L 102 du 25 avril 1996, p. 40)

- Décision n° 128/1999/CE du Parlement européen et du Conseil, du 14 décembre 1998, relative à l'introduction coordonnée dans la Communauté d'un système de communications mobiles et sans fil (UMTS) de troisième génération (JO L 17 du 22 janvier 1999, p. 1)

- Décision 1999/255/CE du Conseil du 30 mars 1999, autorisant certains États membres, conformément à la directive 92/81/CEE, à appliquer ou à continuer à appliquer à certaines huiles minérales des réductions de taux d'accise ou des exonérations d'accises, et portant modification de la décision 97/425/CE (JO L 99 du 14 avril 1999, p. 26)

- Décision 1999/880/CE du Conseil du 17 décembre 1999, autorisant les États membres à appliquer ou à continuer à appliquer à certaines huiles minérales utilisées à des fins spécifiques les réductions de taux d'accise ou les exonérations d'accises existantes, conformément à la procédure prévue à la directive 92/81/CEE (JO L 331 du 23 décembre 1999, p. 73)

- Décision 2001/224/CE du Conseil du 12 mars 2001, relative aux taux réduits et aux exonérations de droits d'accise sur certaines huiles minérales utilisées à des fins spécifiques (JO L 84 du 23 mars 2001, p. 23)

- Décision 2002/266/CE du Conseil du 25 mars 2002, autorisant la France à appliquer un taux différencié de droits d'accise sur des biocarburants, conformément à l'article 8, paragraphe 4, de la directive 92/81/CEE (JO L 92 du 9 avril 2002, p. 22)

- Décision 2001/463/CE de la Commission du 20 avril 2001, Duales System Deutschland (DSD) (JO L 166 du 21 juin 2001, p. 1)

- Décision n° 280/2004/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 relative à un mécanisme pour surveiller les émissions de gaz à effet de serre dans la Communauté et mettre en œuvre le protocole de Kyoto (JO L 049 du 19 février 2004, p. 1).

- Décision de la Commission du 7 juillet 2004, relative au PNA notifié par le Danemark, (C(2004) 2515/6 final)

- Décision de la Commission du 7 juillet 2004, relative au PNA notifié par l'Allemagne (C(2004) 2515/2 final)

- Décision de la Commission du 20 octobre 2004, relative au PNA notifié par la Belgique (COM(2004) 3982 final) ; Décision de la Commission du 26 octobre, relative au PNA notifié par la Roumanie pour l'année 2007 [non référencée]

- Décision de la Commission du 20 octobre 2004, relative au PNA notifié par la France (COM(2004) 3982/7 final)

- Décision de la Commission du 8 mars 2005, relative au PNA notifié par la Pologne (COM(2005) 549 final)

- Décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par l'Allemagne (C(2006)5609/4)

- Décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par la Grèce (C(2006) 5610/4)

- Décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par l'Irlande (C(2006) 5611/4)

- Décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par la Lettonie (C(2006) 5612/4)

- Décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par la Lituanie (C(2006) 5613/4)

- Décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par le Luxembourg (C(2006) 5614/4)

- Décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par Malte (C(2006) 5615/4)

- Décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par la Slovaquie, (C(2006) 5616/4)

- Décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par la Suède (C(2006) 5617/4)

- Décision de la Commission du 29 novembre 2006, relative au PNA notifié par le Royaume-Uni (C(2006) 5618/4)

- Décision de la Commission du 16 janvier 2007, relative au PNA notifié par la Belgique [non référencée]

- Décision de la Commission du 16 janvier 2007, relative au PNA notifié par les Pays-Bas [non référencée]

- Décision de la Commission du 26 février 2007, relative au PNA notifié par l'Espagne [non référencée]

- Décision de la Commission du 26 mars 2007, relative au PNA notifié par la République Tchèque [non référencée]

- Décision de la Commission du 26 mars 2007, relative au PNA notifié par la France [non référencée]

- Décision de la Commission du 2 avril 2007, relative au PNA notifié par l'Autriche [non référencée]

- Décision de la Commission du 16 avril 2007, relative au PNA notifié par la Hongrie [non référencée]

- Décision de la Commission du 15 mai 2007, relative au PNA notifié par l'Italie [non référencée]

- Décision de la Commission du 4 juin 2007, relative au PNA notifié par la Finlande [non référencée]

- Décision de la Commission du 18 juillet 2007, relative au PNA notifié par Chypre [non référencée]

- Décision de la Commission du 31 août 2007, relative au PNA notifié par le Danemark [non référencée]

- Décision de la Commission du 18 octobre 2007, relative au PNA notifié par le Portugal [non référencée]

- Décision de la Commission du 26 octobre 2007, relative au PNA notifié par la Roumanie [non référencée]

- Décision de la Commission du 26 octobre 2007, relative au PNA notifié par la Bulgarie [non référencée]

- Décision de la Commission du 11 décembre 2009, relative au PNA notifié par l'Estonie [non référencée]

- Décision 2010/384/UE de la Commission du 9 juillet 2010, relative à la quantité de quotas à délivrer pour l'ensemble de la Communauté pour 2013 dans le cadre du système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne (JO L 175 du 10 juillet 2010, p. 36)

- Décision 2010/634/UE de la Commission du 22 octobre 2010, adaptant la quantité de quotas à délivrer pour l'ensemble de l'Union pour 2013 dans le cadre du système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne et abrogeant la décision 2010/384/UE (JO L 279 du 23 octobre 2010, p. 34)

- Décision 2010/670/UE de la Commission du 3 novembre 2010, établissant les critères et les mesures pour le financement de projets commerciaux de démonstration axés sur le captage et le stockage géologique du CO_2 sans danger pour l'environnement, ainsi que de projets de démonstration de technologies innovantes liées aux énergies renouvelables, dans le cadre du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté établi par la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 290 du 6 novembre 2010, p. 39)

- Décision 2011/278/UE de la Commission du 27 avril 2011, définissant des règles transitoires pour l'ensemble de l'Union concernant l'allocation harmonisée de quotas d'émission à titre gratuit conformément à l'article 10 *bis* de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 103 du 17 mai 2011, p. 1)

- Décision de la Commission du 23 mai 2012, concerning the application pursuant to Article 10c (5) of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council to give transitional free allocation for the modernisation of electricity generation notified by Cyprus (C(2012) 3260 final)

- Décision de la Commission du 23 mai 2012, concerning the application pursuant to Article 10c (5) of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council to give transitional free allocation for the modernisation of electricity generation notified by Estonia (C(2012) 3271 final)

- Décision de la Commission du 6 juillet 2012, concerning the application pursuant to Article 10c (5) of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council to give transitional free allocation for the modernisation of electricity generation notified by the Czech Republic (C(2012) 4576 final)

- Décision de la Commission du 6 juillet 2012, concerning the application pursuant to Article 10c (5) of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council to give transitional free allocation for the modernisation of electricity generation notified by Romania (C(2012) 4564 final)

- Décision de la Commission du 30 novembre 2012, concerning the application pursuant to Article 10c (5) of Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council to give transitional free allocation for the modernisation of electricity generation notified by Hungary (C(2012) 8675 final)

- Décision d'exécution de la Commission du 18 décembre 2012, décision d'attribution dans le cadre du premier appel à propositions du programme de financement NER300 (C(2012) 9432 final)

- Décision n° 377/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 avril 2013, dérogeant temporairement à la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté (JO L 113 du 24 avril 2013, p. 1)

3.1.4. ACTES DE LA COMMISSION EN MATIÈRE D'AIDES D'ÉTAT

3.1.4.1. Décisions portant codes des aides CECA

- Décision 3855/91/CECA de la Commission, du 27 novembre 1991, instituant des règles communautaires pour les aides à la sidérurgie (JO L 362 du 31 décembre 1991, p. 57)

- Décision 2496/96/CECA de la Commission du 18 décembre 1996 instituant des règles communautaires pour les aides à la sidérurgie (JO L 338 du 28 décembre 1996, p. 42)

3.1.4.2. Règlements d'exemption par catégories

- Règlement 68/2001/CE de la Commission du 12 janvier 2001, concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides à la formation (JO L 10 du 13 janvier 2001, p. 20)

- Règlement 70/2001/CE de la Commission du 12 janvier 2001, concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État en faveur des petites et moyennes entreprises (JO L 10 du 13 janvier 2001, p. 33)

- Règlement 2204/2002/CE de la Commission du 12 décembre, 2002, concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État à l'emploi (JO L 337 du 13 décembre 2002, p. 3)

- Règlement 1857/2006/CE de la Commission du 15 décembre 2006, concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides d'État accordées aux petites et moyennes entreprises actives dans la production de produits agricoles et modifiant le règlement 70/2001/CE (JO L 358 du 16 décembre 2006, p. 3)

- Règlement 1998/2006/CE de la Commission du 15 décembre 2006, concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides de minimis, (JO L 379 du 28 décembre 2006, p. 5)

- Règlement 800/2008 CE de la Commission du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du traité (Règlement général d'exemption par catégories) (JO L 214 du 9 août 2008, p. 3)

3.1.4.3. Lignes directrices et encadrements

- Lettre aux États membres (SEC(74) 4264) du 6 novembre 1974, reproduite *in* Commission européenne, *IVème Rapport sur la politique de concurrence (1974)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1975

- Lettre aux États membres (SG(80) D/8287) du 7 juillet 1980, partiellement reproduite *in Xème Rapport sur la politique de concurrence (1980)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1981

- Lettre aux États membres (SG(87) D/3795) du 23 mars 1987, partiellement reproduite *in XVIème Rapport sur la politique de concurrence (1986)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1987

- Lettre aux États membres (SG(93) D/701) du 18 janvier 1993, reproduite *in XXIIème Rapport sur la politique de concurrence (1992)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1993, p. 435

- Encadrement communautaire des aides d'État à l'environnement (94/C 72/03) (JO C 072 du 10 mars 1994, p. 3)

- Communication 98/C 384/03 de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises (JO C 384 du 10 décembre 1998, p. 3)

- Encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement (2001/C 37/03) (JO C 37 du 3 février 2001, p. 3)

- Encadrement des aides d'État à la construction navale (2003/C 317/06) (JO C 317 du 30 décembre 2003, p. 11)

- Lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale pour la période 2007-2013 (2006/C 54/08) (JO C 54 du 4 mars 2006, p. 13)

- Lignes directrices de la communauté concernant les aides d'État dans le secteur agricole et forestier 2007-2013 (2006/C 319/01) (JO C 319 du 27 décembre 2006, p. 1)

- Encadrement communautaire des aides d'État à la recherche, au développement et à l'innovation (2006/C 323/01) (JO C 323 du 30 décembre 2006, p. 1)

- Lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement (2008/C 82/01) (JO C 82 du 1er avril 2008, p. 1)

- Encadrement des aides d'État à la construction navale (2011/C 364/06) (JO C 364 du 14 décembre 2011, p. 9)

- Lignes directrices concernant certaines aides d'État dans le contexte du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre après 2012 (2012/C 158/04) (JO C 158 du 5 juin 2012, p. 4)

3.1.4.4. Communications adressées aux États membres et aux parties intéressées

- Communication 97/C 323/03 de la Commission conformément à l'article 6 paragraphe 5 de la décision 24/9696 CECA de la Commission du 18 décembre 1996, adressée aux autres États membres et parties intéressées concernant l'exemption des obligations en matière de protection de l'environnement accordée par le *Land* de Basse-Saxe à la société Georgsmarienhütte GmbH (JO C 323 du 24 octobre 1997, p. 4)

- Communication 98/C 49/02 de la Commission, Aide d'État C 68/97 (NN 118/97) – Espagne – adressée, en application de l'article 93, paragraphe 2, du traité, aux autres États membres et autres intéressés, concernant certaines mesures prises ou proposées en faveur de SNIACE SA, dont le siège est situé en Cantabrie (JO C 49 du 14 février 1998, p. 2)

- Communication 2002/C 222/02 de la Commission, aides d'État — Belgique, Aide C 31/2002 (ex N 149/2000) — Régime transitoire du marché de l'électricité. Invitation à présenter des observations en application de l'article 88, paragraphe 2, du traité CE, (JO C 222 du 19 septembre 2002, p. 2)

- Communication 2005/C 228/06 de la Commission, aide d'État C 23/2005 (ex NN 8/2004, ex N 515/2003) — Aides dans le secteur de l'équarrissage en 2003. Invitation à présenter des observations en application de l'article 88, paragraphe 2, du traité CE () (JO C 228 du 17 août 2005, p. 13)

- Communication 2011/C 52/03 de la Commission, aide d'État C 32/10 (ex N 520/09) Projet environnemental concernant la centrale électrique de Delimara, Invitation à présenter des observations en application de l'article 108, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JO C 52 du 18 février 2011, p. 3)

3.1.4.5. Décisions prises sur la base de l'article 108, paragraphe 2, alinéa premier, TFUE

Décisions publiées au JO

- Décision 73/293/CE de la Commission du 11 septembre 1973, concernant les aides que le gouvernement belge projette d'accorder en faveur de l'extension d'une raffinerie de pétrole à Anvers (province d'Anvers) et de l'implantation d'une nouvelle raffinerie à Kallo (province de Flandre orientale) (JO L 270 du 27 septembre 1973, p. 22)

- Décision 77/260/CEE de la Commission du 22 mars 1977, concernant une aide que le gouvernement belge projette d'accorder en faveur de l'extension des capacités d'une raffinerie de pétrole à Anvers (JO L 80 du 29 mars 1977, p. 23)

- Décision 82/371/CEE de la Commission du 17 décembre 1981, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/29.995 – Navewa – Anseau) (JO L 167 du 15 juin 1982, p. 39)

- Décision 86/60/CEE de la Commission du 14 décembre 1985, relative à l'aide accordée par le Land de Rheinland-Pfalz (République fédérale d'Allemagne) à un producteur d'aluminium de première fusion établi à Ludwigshafen (JO L 72 du 15 mars 1986, p. 30)

- Décision 87/16/CEE de la Commission du 23 avril 1986, relative à un projet d'aide du gouvernement italien en faveur d'une entreprise opérant dans le secteur de la chimie (JO L 12 du 14 janvier 1987, p. 27)

- Décision 86/593/CEE de la Commission du 29 juillet 1986, relative à un projet d'aide à accorder par le gouvernement belge en faveur des investissements réalisés par un fabricant de verre plat établi à Auvelais (JO L 342 du 5 décembre 1986, p. 32)

- Décision 87/303/CEE de la Commission du 14 janvier 1987, relative à un prêt du Fonds industriel de modernisation (FIM) en faveur d'une entreprise du secteur fabrication de bières (JO L 152 du 12 juin 1987, p. 27)

- Décision 92/316/CEE de la Commission du 11 mars 1992, relative aux aides envisagées par le gouvernement néerlandais pour encourager une élimination du lisier écologiquement acceptable (JO L 170 du 25 juin 1992, p. 34)

- Décision 93/564 de la Commission du 22 avril 1993, relative à l'aide que le gouvernement italien envisage de verser à Cartiere del garda (JO L 273 du 5 novembre 1993, p. 51)

- Décision 95/422/CECA de la Commission du 4 avril 1995 relative à un projet d'octroi d'aides d'État par le Land de Bavière aux entreprises CECA Neue Maxhuette Stahlwerke GmbH, Sulzbach-Rosenberg, et Lech-Stahlwerke GmbH, Meitingen-Herbertshofen (JO L 253 du 21 octobre 1995, p. 22)

- Décision 96/369/CE de la Commission du 13 mars 1996, concernant une aide fiscale en matière d'amortissement au profit des compagnies aériennes allemandes (JO L 146 du 20 juin 1996, p. 42)

- Décision 96/545/CE de la Commission du 29 mai 1996, concernant l'aide que l'Allemagne propose d'accorder aux entreprises Buna GmbH, Sächsische Olefinwerke GmbH, Leuna-Werke GmbH, Leuna-Polyolefine GmbH et BSL Polyolefinverbund GmbH (JO L 239 du 19 septembre 1996, p. 1)

- Décision 97/13/CE de la Commission du 26 juin 1996, concernant des aides d'État accordées par l'Allemagne pour soutenir les projets d'investissement de Mercedes Benz à Ludwigsfelde (Brandebourg) (JO L 5 du 9 janvier 1997, p. 30)

- Décision 97/542/CE de la Commission du 18 décembre 1996, relative aux exonérations fiscales pour les biocarburants en France (JO L 222, du 12 août 1997, p. 26)

- Décision 97/765/CE de la Commission du 26 juin 1997, relative à des aides d'État en faveur de SKET Schwermaschinenbau Magdeburg GmbH (SKET SMM), Saxe-Anhalt (JO L 314 du 18 novembre 1997, p. 20)

- Décision 1999/227/CECA de la Commission du 29 juillet 1998, concernant des aides d'État du Land de Basse-Saxe (Allemagne) à Georgsmarienhütte GmbH (JO L 83 du 27 mars 1999, p. 72)

- Décision 1999/395/CE de la Commission du 8 octobre 1998, concernant l'aide d'État accordée par l'Espagne à SNIACE SA, située à Torrelavega, Cantabrique (JO L 149 du 16 juin 1999, p. 40)

- Décision 1999/646/CE de la Commission du 25 novembre 1998, relative à des mesures d'aide accordées par l'Allemagne à la société InfraLeuna Infrastruktur und Service GmbH (JO L 260 du 6 octobre 1999, p.1)

- Décision 1999/272/CE de la Commission du 9 décembre 1998, concernant le projet d'aide de l'Autriche visant à assainir la décharge Kiener Deponie Bachmanning (JO L 109 du 27 avril 1999, p. 51)

- Décision 1999/658/CECA de la Commission du 8 juillet 1999, relative au projet envisagé par l'Allemagne en faveur de Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH i. K. (JO L 253 du 21 octobre 1995, p. 22)

- Décision 2000/733/CE de la Commission du 12 juillet 2000, concernant le régime d'aides intitulé « Mesures destinées à améliorer la qualité de l'environnement intérieur » que la Suède envisage de mettre à exécution (JO L 295 du 23 novembre 2000, p. 30)

- Décision 2001/806/CE de la Commission du 29 novembre 2000, concernant le régime d'aides « Subsidieregeling weegapparatuur en geautomatiseerde bemonsteringsapparatuur » que les Pays-Bas envisagent de mettre à exécution en faveur des petites et moyennes entreprises spécialisées dans le transport du lisier (JO L 305 du 22 novembre 2001, p. 22)

- Décision 2001/371/CE de la Commission du 21 décembre 2000, concernant l'exonération prévue par les Pays-Bas de la taxe sur les matières minérales applicable au titre de la loi sur les engrais (JO L 130 du 12 mai 2001, p. 42)

- Décision 2001/466/CECA de la Commission du 21 décembre 2000, concernant l'aide d'État que l'Italie envisage de mettre à exécution en faveur des entreprises sidérurgiques Lucchini SpA et Siderpotenza SpA (JO L 163 du 20 juin 2001, p. 24)

- Décision 2001/224/CE du Conseil du 12 mars 2001, relative aux taux réduits et aux exonérations de droits d'accise sur certaines huiles minérales utilisées à des fins spécifiques (JO L 84 du 23 mars 2001, p. 23)

- Décision 2001/829/CE CECA de la Commission du 28 mars 2001, relative à l'aide d'Etat que l'Italie envisage de mettre à exécution en faveur de Ferriere Nord SPA, (JO L 310 du 28 novembre 2001, p. 22)

- Décision 2002/81/CECA de la Commission du 28 mars 2001, concernant l'aide que l'Allemagne envisage de mettre à exécution en faveur de l'entreprise sidérurgique BRE.M.A Warmwalzwerk GmbH & Co. KG (JO L 35 du 6 février 2002, p. 15)

- Décision 2001/669/CECA de la Commission du 25 avril 2001, concernant l'aide d'État que l'Autriche envisage d'accorder à Voest Alpine Stahl Linz GmbH (JO L 235 du 4 septembre 2001, p. 13)

- Décision 2002/204/CE de la Commission du 30 octobre 2001, relative au système d'élimination des épaves automobiles mis en œuvre aux Pays-Bas (JO L 68 du 12 mars 2002, p. 18)

- Décision 2002/285/CECA de la Commission du 20 décembre 2001, concernant l'aide d'État que la Belgique envisage de mettre à exécution en faveur de Sidmar NV (JO L 105 du 20 avril 2002, p. 29)

- Décision 2002/676/CE, CECA de la Commission du 3 avril 2002, concernant l'exonération pour double usage que le Royaume-Uni envisage d'appliquer dans le cadre de la taxe sur le changement climatique et l'exonération étendue à certains procédés concurrents (JO L 229 du 27 août 2002, p. 15)

- Décision 2003/107/CECA de la Commission du 17 juillet 2002, relative à l'aide d'État que l'Italie prévoit d'accorder à ILVA SpA (JO L 45 du 19 février 2003, p. 15)

- Décision 2004/260/CE de la Commission du 30 avril 2003, relative à l'aide d'État que l'Italie — Région de Toscane — envisage d'exécuter en vue de la réduction des émissions de gaz à effet de serre (JO L 81 du 19 mars 2004, p. 72)

- Décision 2003/814/CE de la Commission du 23 juillet 2003, relative à l'aide d'État C 61/2002 que le Royaume-Uni envisage de verser à une installation de papier journal dans le cadre du programme WRAP (JO L 314 du 23 novembre 2003, p. 26)

- Décision 2004/50/CE de la Commission du 17 septembre 2003 concernant l'exonération de la taxe de changement climatique que le Royaume-Uni envisage d'appliquer pour le méthane des mines de charbon (JO L 10 du 16 janvier 2004, p. 54)

- Décision 2004/317/CE de la Commission du 11 novembre 2003, concernant l'aide d'État que le Royaume-Uni projette d'accorder au titre du WRAP Environmental Grant Funding et du WRAP Lease Guarantee Fund (JO L 102 du 7 avril 2004, p. 59)

- Décision 2007/51/CE de la Commission du 18 février 2004 concernant l'aide d'État C 27/2001 (ex NN 2/2001) concernant l'exécution du Programme de maîtrise des pollutions d'origine agricole (PMPOA) pendant la période 1994-2000 par la France (JO L 32 du 6 février 2007, p. 1)

- Décision 2005/565/CE de la Commission du 9 mars 2004, concernant un régime mis à exécution en Autriche prévoyant le remboursement des taxes sur l'énergie frappant le gaz naturel et l'électricité en 2002 et en 2003 (JO L 190 du 22 juillet 2005, p. 13)

- Décision 2005/170/CE de la Commission du 16 juin 2004, relative à des aides en faveur de la construction d'un pipeline de transport du propylène entre Rotterdam, Anvers et la région de la Ruhr, notifiées par la Belgique, l'Allemagne et les Pays-Bas, C 67/03 (ex N 355/03) — C 68/03 (ex N 400/03) — C 69/03 (ex N 473/03) (JO L 56 du 2 mars 2005, p. 15)

- Décision 2005/468/CE de la Commission du 30 juin 2004, relative au régime d'aides mis en œuvre par la Suède pour l'exonération de la taxe sur l'énergie du 1er janvier 2002 au 30 juin 2004 (JO L 165 du 25 juin 2005, p. 21)

- Décision 2005/164/CE de la Commission du 8 septembre 2004, concernant l'aide d'État que la Belgique envisage de mettre à exécution en faveur de Stora Enso Langerbrugge (JO L 53 du 26 février 2005, p. 66)

- Décision 2005/474/CE de la Commission du 14 décembre 2004, concernant la taxe sur les achats de viande (taxe d'équarrissage) mise à exécution par la France (JO L 176 du 8 juillet 2005, p. 1)

- Décision 2006/598/CE de la Commission du 16 mars 2005, concernant l'aide d'État que l'Italie — région du Latium — entend mettre en œuvre en faveur de la réduction des émissions de gaz à effet de serre (JO L 244 du 7 septembre 2006, p. 8)

- Décision 2006/237/CE de la Commission du 22 juin 2005, concernant les mesures d'aides mises à exécution par les Pays-Bas en faveur d'AVR pour le traitement de déchets dangereux (JO L 84 du 23 mars 2006, p. 37)

- Décision 2006/238/CE de la Commission du 9 novembre 2005, concernant la mesure mise à exécution par la France en faveur de Mines de potasse d'Alsace (JO L 86 du 24 mars 2006, p. 20)

- Décision 2006/640/CE de la Commission du 23 novembre 2005, concernant les aides d'État mises à exécution par la Slovénie dans le cadre de ses dispositions relatives à un impôt environnemental sur les émissions de dioxyde de carbone dans l'air (JO L 269 du 27 septembre 2006, p. 19)

- Décision 2006/323/CE de la Commission du 7 décembre 2005, concernant l'exonération du droit d'accise sur les huiles minérales utilisées comme combustible pour la production d'alumine dans la région de Gardanne, dans la région du Shannon et en Sardaigne, mise en œuvre respectivement par la France, l'Irlande et l'Italie (JO L 119 du 4 mai 2006, p. 12)

- Décision 2006/949/CE de la Commission du 19 juillet 2006, relative à la mesure mise en œuvre par les Pays-Bas en faveur de VAOP (JO L 383 du 28 décembre 2006, p. 61)

- Décision 2007/375/CE de la Commission du 7 février 2007, concernant l'exonération du droit d'accise sur les huiles minérales utilisées comme combustible pour la production d'alumine dans la région de Gardanne, dans la région du Shannon et en Sardaigne, appliquée respectivement par la France, l'Irlande et l'Italie [C 78/2001 (ex NN 22/01), C 79/200 (ex NN 23/01), C 80/2001 (ex NN 26/01)] (JO L 147 du 8 juin 2007, p. 29)

- Décision 2007/580/CE de la Commission du 24 avril 2007, concernant le régime d'aides d'État mis en œuvre par la Slovénie dans le cadre de sa législation relative aux producteurs d'énergie qualifiés — Aide d'État C 7/2005 (JO L 219 du 24 août 2007, p. 9)

- Décision 2009/287/CE de la Commission du 25 septembre 2007, concernant l'aide d'État accordée par la Pologne dans le cadre d'accords d'achat d'électricité à long terme et l'aide d'État que la Pologne prévoit d'accorder dans le cadre de compensations versées en cas de résiliation volontaire d'un accord d'achat d'électricité à long terme (JO L 83 du 28 mars 2009, p. 1)

- Décision 2008/208/CE de la Commission du 23 octobre 2007, relative à l'aide d'État C 30/2006 (ex N 367/05 et N 623/05) que l'Italie entend mettre en œuvre en modifiant un régime existant de réduction des droits d'accises sur les biocarburants (JO L 65 du 8 mars 2008, p. 11)

- Décision 2008/440/CE de la Commission du 28 novembre 2007, concernant l'aide d'État intitulée « WRAP Printing and Writing Paper Scheme » [aide en faveur du papier d'impression et d'écriture consentie dans le cadre du programme d'action « déchets et ressources » (WRAP)], notifiée par le Royaume-Uni — (enregistrée sous le numéro C 45/05) (JO L 155 du 13 juin 2008, p. 20)

- Décision 2008/715/CE de la Commission du 11 mars 2008, relative à une aide d'État allemande sous la forme d'une exonération de la taxe sur les huiles minérales pour les entreprises pratiquant la serriculture (JO L 238 du 5 septembre 2008, p. 10), pt. 35

- Décision 2009/609/CE de la Commission du 4 juin 2008, concernant les aides d'État C 41/05 accordées par la Hongrie dans le cadre d'accords d'achat d'électricité (JO L 225 du 27 août 2009, p. 53)

- Décision n° 768/2008/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008, relative à un cadre commun pour la commercialisation des produits et abrogeant la décision 93/465/CEE du Conseil (JO L 218 du 13 août 2008, p. 82), article 2

- Décision 2009/389/CE de la Commission du 16 juillet 2008, concernant l'aide d'État C 25/2000 (ex N 149/99) que l'Italie envisage de mettre à exécution en faveur de l'entreprise sidérurgique Lucchini Siderurgica SpA (JO L 123 du 19 mai 2009, p. 87)

- Décision 2009/476/CE de la Commission du 28 janvier 2009, concernant l'aide sous la forme de la création d'un fonds de compensation dans le cadre de l'organisation du marché de l'électricité mise à exécution par le Luxembourg [C 43/02 (ex NN 75/01)] (JO L 159 du 20 juin 2009, p. 11)

- Décision 2009/972/CE de la Commission du 17 juin 2009, concernant l'aide d'État C 41/06 (ex N 318/A/04) que le Danemark entend mettre à exécution en vue du remboursement de la taxe sur les émissions de CO2 applicable à la consommation de combustibles soumise à des quotas dans l'industrie (JO L 345 du 23 décembre 2009, p. 18)

- Décision 2009/944/CE de la Commission du 13 juillet 2009, concernant les régimes d'aides d'État C 6/04 (ex NN 70/01) et C 5/05 (ex NN 71/04) mis à exécution par l'Italie en faveur des serriculteurs (JO L 327 du 12 décembre 2009, p. 6)

- Décision 2010/402/UE de la Commission du 15 décembre 2009, concernant le régime d'aide « exonération des taxes environnementales accordée aux fabricants de céramique » que les Pays-Bas envisagent de mettre à exécution C 5/09 (ex N 210/08) (JO L 186 du 20 juillet 2010, p. 32)

- Décision 2011/528/UE de la Commission du 8 mars 2011, concernant l'aide d'État dans l'affaire C 24/09 (ex N 446/08) — Aide d'État en faveur des entreprises à forte intensité énergétique, loi autrichienne sur l'électricité verte (JO L 235 du 10 septembre 2011, p. 42)

- Décision 2011/278/UE de la Commission du 27 avril 2011, définissant des règles transitoires pour l'ensemble de l'Union concernant l'allocation harmonisée de quotas d'émission à titre gratuit conformément à l'article 10 bis de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 103 du 17 mai 2011, p. 1)

- Décision 2011/677/UE de la Commission du 13 juillet 2011, relative au régime d'aides d'État C 3/09 (ex NN 41 A-B/03) appliqué par le Portugal en faveur de la collecte, du transport, du traitement et de la destruction des déchets d'abattoir (JO L 274 du 19 octobre 2011, p. 15)

Décisions non publiées au JO

- Décision de la Commission du 12 avril 2000, State aid N 653/99 – CO_2 quotas (SG(2000) 508)

- Décision de la Commission du 13 mars 2001, State aid N 797/2000 – United Kingdom Enhanced Capital Allowances for energy efficient investments (SG (2001) 286845)

- Décision de la Commission du 25 juillet 2001, Aide d'État N 550/2000 – Belgique – Certificats verts dans le secteur de l'électricité (SG(2001) D/290545)

- Décision de la Commission du 17 octobre 2001, Aide d'État N 842/2000 – Luxembourg Prime d'encouragement écologique pour l'électricité produite à partir de l'énergie éolienne, hydraulique, solaire et de la biomasse, (C(2001) 3128)

- Décision de la Commission du 30 octobre 2001, State aid N 6/A/2001 – Ireland – Public Service Obligations imposed on the Electricity Supply Board with respect to the generation of electricity out of peat (C(2001) 3265 final)

- Décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid NN 30/B/2000 and N 678/2001 – Zero rate for green electricity (C(2001) 3752 final)

- Décision de la Commission du 28 novembre 2001, Modifications Energy Tax 2001 – State aid N 168/A/2001 (C(2001) 3742 fin)

- Décision de la Commission du 28 novembre 2001, Aide d'État N 415/A/01– Belgique – Projet d'arrêté du Gouvernement wallon relatif à la promotion de l'électricité verte – Aspect concernant le dispositif de certificats verts (C(2001) 3738 final)

- Décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 416/2001 – United Kingdom – Emission Trading Scheme (C(2001) 3739 final)

- Décision de la Commission du 28 novembre 2001, State aid N 504/2000 – United Kingdom – Renewables – Obligation and Capital Grants for Renewable Technologies (C(2001) 3267 final)

- Décision de la Commission du 15 janvier 2002, State aid N 553/01 – Ireland – Aid to promote renewable energy sources in Ireland (C (2002) 3 fin)

- Décision de la Commission du 24 avril 2002, State aid N 863/01 – United Kingdom Aggregates Levy (C(2002) 1478 fin)

- Décision de la Commission du 22 mai 2002, State Aid NN 68/2000 – Germany – Law on the Protection of Electricity generated from Combined Heat and Power (C(2002) 1889 final)

- Décision de la Commission du 3 juillet 2002, Aide d'État N 117/A/2001 – France Modification du régime d'aides à la gestion des énergies renouvelables de l'ADEME (C(2002)1733)

- Décision de la Commission du 2 août 2002, Aide d'État N 14/2002 – Belgique – Régime fédéral belge de soutien aux énergies renouvelables (C(2002) 2904 final)

- Décision de la Commission du 18 septembre 2002, Aide d'État N 415/B/01– Belgique – Projet d'arrêté du Gouvernement wallon relatif à la promotion de l'électricité verte – Aspect concernant l'aide à la production (C(2002) 3344 final)

- Décision de la Commission du 11 décembre 2002, Steunmaatregel – N 638/2002 – Nederland Tijdelijke inzamelingsregeling CFK en halonen (C(2002) 4819 final)

- Décision de la Commission du 4 février 2003, Aide d'État N 493/02 – France – Aides à la gestion de l'eau (C(2003) 93)

- Décision de la Commission du 24 juin 2003, State Aid N 35/2003 – NL – NO_x emission trading scheme (C(2003) 1761 final)

- Décision de la Commission du 22 avril 2004, Aide d'État N 494/B/02 – France – Aides à la résorption des sites pollués dans le cas où le pollueur n'est pas identifié ou ne peut pas être appelé à la cause (C(2003) 1396)

- Décision de la Commission du 2 juin 2004, Aide d'État N 443/2003 – Belgique – Eaux de deuxième circuit (C(2004) 1356 final)

- Décision de la Commission du 20 juin 2004, Aide d'État NN 42/2004 – France – Modification rétroactive des redevances dues par Orange et SFR au titre des licences UMTS (C(2004) 2647 final)

- Décision de la Commission du 16 février 2005, Aide d'État N 515/B/2003 – France – Aides en faveur des bouchers artisans – Taxe d'abattage (C(2005) 306 fin)

- Décision de la Commission du 3 mai 2005, Aide d'État N 608/2004 – Belgique – Certificats de production combinée d'énergie électrique et thermique, (C(2005) 1318 final)

- Décision de la Commission du 5 mai 2005, NN 43/04 – Tax exemption for biofuels – Austria (C(2005) 3668 final)

- Décision de la Commission du 1er juin 2005, N 75/2005 – Sweden – Environmental Aid to Volvo Truck Corporation (C(2005) 1469 final)

- Décision de la Commission du 23 juillet 2005, State aid N 362/2004 – United Kingdom Renewables Obligation Order (C(2005) 480)

- Décision de la Commission du 27 juillet 2005, N 44/2005 – Lithuania – Excise tax reduction on biofuels (C(2005) 2957)

- Décision de la Commission du 14 août 2005, State aid N 188/2005 – Spain "Modification of aid schemes for renewable energy and energy efficiency" (C(2005) 3558)

- Décision de la Commission du 6 septembre 2005, state aid N318/B/2004 and N 604/A/2004 – 'Taxation of individual herring quotas' and 'Fiscal treatment of quotas' – Denmark (C(2005) 3296 final)

- Décision de la Commission du 13 septembre 2005, Aide d'État N 64/2005 – France – Modification du régime d'aides à la gestion des énergies renouvelables de l'ADEME (N 117/A/2001) (C (2005) 3543)

- Décision de la Commission du 28 décembre 2005, State aid N 588/2005 – Sweden – Prolongation of the Manufacturing Industry's Tax Reliefs - CO2 and Energy Taxes on Fossil Fuels (C(2005) 6054)

- Décision de la Commission du 22 février 2006, NN 59/2005 – Denmark – Tax exemption for biofuels used as motor fuel (C(2006) 612)

- Décision de la Commission du 4 avril 2006, State Aid/United Kingdom – Aid N 56/2006 – Climate change levy rebate extension – Annex I-products (Northern Ireland) (C(2006) 1536)

- Décision de la Commission du 26 avril 2006, State Aid N 142/2005 – United Kingdom Low Carbon Car Grant Programme (C(2006)1519 final)

- Décision de la Commission du 6 juin 2006, NN 61/04 – Excise duty exemption for biofuels – Spain (C(2006) 2293)

- Décision de la Commission du 4 juillet 2006, State aid NN 162/A/2003 and State aid N 317/A/2006 – Austria Support of electricity production from renewable sources under the Austrian Green Electricity Act (feed-in tariffs) (C(2006) 2955)

- Décision de la Commission du 4 juillet 2006, State aid NN 162/B/2003 and State aid N 317/B/2006 – Austria – Support of CHP under the Austrian Green Electricity Act (support tariff) (C (2006) 2964)

- Décision de la Commission du 25 août 2006, NN 41/05 – Green Funds – The Netherlands, (C(2006) 3886)

- Décision de la Commission du 24 octobre 2006, Aide d'État N 254/2006 – Belgique – « Panneaux photovoltaïques » (C(2006) 4954 final)

- Décision de la Commission du 8 novembre 2006, Aide d'État N 216/2006 – France – Indemnisation des ramasseurs agréés d'huiles usagées (C(2006) 5290 final)

- Décision de la Commission du 20 décembre 2006, State aid NN 76/2006 – Czech Republic Award of the third UMTS licence (C(2006) 6680)

- Décision de la Commission du 22 décembre 2006, N 432/2006 – Cyprus – Support scheme for electricity production from biomass and landfill gas (C (2006) 7237)

- Décision de la Commission du 4 janvier 2007, State aid N 418/2006 – United Kingdom Renewable Transport Fuel Obligation (RTFO) (C(2007)8 final)

- Décision de la Commission du 7 février 2007, State aid N 820/2006 – Germany Tax exemptions for certain energy intensive processes (C(2007) 298 fin)

- Décision de la Commission du 7 juillet 2007, Aide d'État N 217/2006 – France – Soutien à la régénération d'huiles usagées noires (C(2007) 297 final)

- Décision de la Commission du 9 novembre 2007, State aid N 391/2006 – Denmark – Tax Rate Reductions : Heat Produced in CHP's, Heat Produced by Electricity, and Process Heat (C(2007) 5520)

- Décision de la Commission du 13 mai 2008, State aid case N 22/2008 – Sweden CO_2 tax reduction for fuel used in installations covered by EU ETS (C(2008)1917)

- Décision de la Commission du 19 mai 2008, State aid N 35/2008 – United Kingdom – Landlord's Energy Saving Allowance (LESA) (C(2008) 2006)

- Décision de la Commission du 5 juin 2008, N 670/2007 – Czech Republic – Investment aid for the reduction of industrial emissions into water (C(2008)2599)

- Décision de la Commission du 10 juin 2008, State aid N 47/2008 – Austria– Modification of feed-in tariffs for electricity from renewable sources under the Austrian Green Electricity Act (C(2008) 2749)

- Décision de la Commission du 17 décembre 2008, relative à l'aide d'État 387/2008 par laquelle la France envisage de mettre à exécution un régime d'aides de l'ADEME dans le domaine du transport (C(2008) 8452 final)

- Décision de la Commission du 11 février 2009, State aid N 414/2008 – UK – Renewables Obligation – Introduction of a banding mechanism (C(2009) 1028)

- Décision de la Commission [non datée], State aid N 351/2008 – Energy production from agricultural and forestry biomass – Latvia [non référencée]

- Décision de la Commission du 10 mars 2009, State aid N 354/2008 – Denmark Modification of the scheme "support to environmentally friendly electricity production" (N 602/2004), (C(2009) 1731)

- Décision de la Commission du 1er avril 2009, State aid N 356/2008 – Denmark – Modification of the scheme "support of environmentally friendly electricity production" (N 602/2004), supplements for electricity generated with bio gas, (C(2009) 2596)

- Décision de la Commission du 2 juin 2009, State aid NN 8/2009 – Germany – Nature conservation areas (C(2009) 5080 final)

- Décision de la Commission du 13 juillet 2009, State aid N 629/2008 – United Kingdom CRC (Carbon Reduction Commitment) (C(2009) 5523 final)

- Décision de la Commission du 22 juillet 2009, State aid C 24/2009 (ex-N 446/2008) – Austria – The Austrian Green Electricity Act – Aid to the Producers of Green Electricity and Aid to Large Electricity Consumers (C(2009) 3548 final)

- Décision de la Commission du 14 août 2009, State aid N 553/2008 – Germany – Amendment to Aid Scheme for Tax Rebates for Biofuels (DE) (C(2009) 6457)

- Décision de la Commission du 18 septembre 2009, State aid N 57/2008 – "Operating aid for biofuels" (C(2009) 7140), pts. 35 et 39

- Décision de la Commission du 28 octobre 2009, State aid C 30/2009 (ex N 328/2008) – Denmark Tax exemption for waste from cement production (C(2009) 8099 final)

- Décision de la Commission du 22 mars 2010, Aide d'État N 316/2009 – France – Régime cadre des aides en faveur de la protection de l'environnement mises en œuvre par les Agences de l'eau (C(2010) 1945)

- Décision de la Commission du 14 avril 2010, State aid N 94/2010 – United Kingdom – Feed in Tariffs to support the generation of renewable electricity from low carbon sources (C(2010) 2445)

- Décision de la Commission du 19 avril 2010, State aid N 81/2010 Germany – Amendment to Aid Scheme for Tax Rebates for Biofuels (DE) (C(2010) 2557)

- Décision de la Commission du 27 juin 2010, State aid SA.33449 (2012/N) – Estonia – Transitional free allocation of greenhouse gas emission allowances for the modernisation of electricity generation installations (C(2012) 4226 final)

- Décision de la Commission du 17 décembre 2010, State aid N 539/2010 (SA.31782) – Sweden Amendments to a tax exemption for biofuels (C(2010) 9472 final)

- Décision de la Commission [non datée], State aid SA.31243 (N 308/2010) – Subsidy scheme for acquisition of land for nature conservation (C(2011) [non référencée])

- Décision de la Commission [non datée], Aide d'État SA.29568 (N 545/2009) – Gestion de la nature et du paysage (aspects agricoles et forestiers) (C(2011) [non référencée])

- Décision de la Commission du [non datée], State aid – Denmark – Aid SA.33508 (2011/N), Relief from waste water tax/Sugar production (Godtgørelse for spildevandsafgift/sukkerproduktion), (C[non référencée])

- Décision de la Commission du 12 janvier 2011, State aid SA.31236 (2011/N) – Ireland – Renewable Feed In Tariff (C(2012) 8 final)

- Décision de la Commission du 15 juin 2011, State aid SA.31296 (N 322/2010) – Germany Individual Aid to Water Supply Company (C(2011) 3899)

- Décision de la Commission du 20 avril 2011, State aid SA.31494 (N 376/2010) - Subsidies for nature management (C(2011) 2631 final)

- Décision de la Commission du 13 juillet 2011, State aid SA. 33134 2011/N – RO – Green certificates for promoting electricity from renewable sources (C(2011) 4938)

- Décision de la Commission du 13 juillet 2011, State aid SA.25254 (NN 18/2009) – the Netherlands – Air Transport – Exemption from air passenger tax (C(2011) 4933)

- Décision de la Commission du 23 novembre 2011, State aid SA. 31349 (2011/N) – United Kingdom Reduction of the Climate Change Levy for metal recycling activities, (C(2011) 7288 final)

- Décision de la Commission du 8 février 2012, State aid SA.33384 (2011/N) – Austria Ökostromgesetz 2012, (Green Electricity Act 2012) (C(2012) 565 final)

- Décision de la Commission du 27 juin 2012, State aid SA.34250 (2012/N) – Cyprus – Allocation of free allowances in the electricity sector under the trading scheme for greenhouse gas emissions after 2012 (C(2012) 4243 final)

- Décision de la Commission du 25 juillet 2012, SA.33412 (2011/N) – Italy – Prolongation of the aid scheme for the development of logistics chains and the upgrading of intermodality (Ecobonus) (C(2012) 5020 final)

- Décision de la Commission du 5 décembre 2012, State aid SA.34753 (2012/N) – Romania – Transitional free allocation of greenhouse gas certificates for electricity producers under Article 10c of the ETS Directive (C(2012) 8776 final)

- Décision de la Commission du 19 décembre 2012, State aid SA.33537 (2012/N) – The Czech Republic – Transitional free allocation of greenhouse gas emission allowances for the modernisation of electricity generation installations (C(2012) 8777 final)

- Décision de la Commission du 19 décembre 2012, State aid SA.34086 (2012/N) – Hungary – Investments aiming at the modernisation of the Hungarian energy sector under Article 10 c) EU ETS Directive (C(2012) 9463 final)

- Décision de la Commission du 2 avril 2013, State aid SA.35565 (2013/N) – United Kingdom Amendments to the Renewables Obligation (RO) scheme (C(2013) 1892 final)

- Décision de la Commission du 2 mai 2013, State aid SA.35543 (2013/N) – United Kingdom – Compensation for indirect EU ETS costs in the UK (C(2013) 2380 final)

3.1.5. DÉCISIONS DE JUSTICE

3.1.5.1. Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, 23 fév. 1961, De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Haute Autorité, 30/59, Rec. p. 3

CJCE, 17 juillet 1963, Italie/Commission, 13/63, Rec. 1963 p. 337

CJCE, 15 juillet 1964, Costa/E.N.E.L., 6-64, Rec. p. 1141, p. 1161

CJCE, 10 décembre 1969, Commission/France, 6/69 et 11/69, Rec. p. 523

CJCE, 25 juin 1970, France/Commission, 47/69, Rec. p. 487

CJCE, 25 mai 1971, Defrenne/État belge, 80/70, Rec. p. 445
CJCE, 27 octobre 1971, Rheinmühlen Düsseldorf, 6/71, Rec. p. 823

CJCE, 19 juin 1973, Capolongo/Azienda Agricola Maya, 77/72, Rec. p. 611

CJCE, 12 février 1974, Sotgiu/Deutsche Bundespost, 152/73, Rec. 1974 p. 153
CJCE, 21 mars 1974, BRT, 127/73, Rec. p. 313
CJCE, 2 juillet 1974, Italie/Commission, 173/73, Rec. p. 709

CJCE, 8 avril 1976, Defrenne/SABENA, 43/75, Rec. p. 455

CJCE, 5 juillet 1977, Bela-Mühle Bergmann, 114/76, Rec. p. 1211
CJCE, 22 mars 1977, Ianelli/Meroni, 74/76, Rec. p. 557
CJCE, 22 mars 1977, Steinike & Weinlig, 78/76, Rec. p. 595

CJCE, 5 octobre 1977, Tedeschi/Denkavit, 5/77, Rec. 1555
CJCE, 19 octobre 1977, Ruckdeschel e. a./Hauptzollamt Hamburg-St. Annen, 117-76 et 16-77, Rec. 1753

CJCE, 24 janvier 1978, Van Tiggele, 82/77, Rec. p. 25
CJCE, 15 juin 1978, Defrenne/Sabena, 149/77, Rec. p. 1365

CJCE, 20 février 1979, Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, 120/78, Rec. p. 649
CJCE, 13 mars 1979, Hansen, 91/78, Rec. p. 935
CJCE, 5 avril 1979, Ratti, 148/78, Rec. p. 1629
CJCE, 26 juin 1979, Pigs and Bacon Commission, 177/78, Rec. p. 2161
CJCE, 8 novembre 1979, Denkavit Futtermittel, 251/78, Rec. p. 3369

CJCE, 27 février 1980, Commission/Irlande, 55/79, Rec. p. 481
CJCE, 27 février 1980, Commission/Danemark, 171/78, Rec. p. 447
CJCE, 18 mars 1980, Commission/Italie, 91/79, Rec. p. 1099
CJCE, 27 mars 1980, Amministrazione delle finanze dello Stato/Denkavit italiana, 61/79, Rec. 1980 p. 1205
CJCE, 17 septembre 1980, Philip Morris/Commission, 730/79, Rec. p. 2671

CJCE, 31 mars 1981, Jenkins, 96/80, Rec. 911
CJCE, 21 mai 1980, Commission/Italie, 73/79, Rec. p. 1533

CJCE, 15 juillet 1982, Edeka Zentrale, 245/81, Rec. p. 2745

CJCE, 17 mai 1984, Denkavit Nederland, 15/83, Rec. p. 2171
CJCE, 10 juillet 1984, Dansk Denkavit, 42/83, Rec. p. 2649
CJCE, 13 décembre 1984, Sermide, 106/83, Rec. p. 4209

CJCE, 30 janvier 1985, Commission/France, 290/83, Rec. p. 439
CJCE, 7 février 1985, Procureur de la République/ADBHU, 240/83, Rec. 531
CJCE, 10 décembre 1985, Motte, 247/84, Rec. p. 3887

CJCE, 23 avril 1986, Les Verts/Parlement, 294/83, Rec. p. 1339
CJCE, 30 avril 1986, Asjes, 209/84 et 213/84, Rec., p. 1425
CJCE, 6 mai 1986, Ministère public/Muller, 304/84, Rec. p. 1511

CJCE, 27 janvier 1987, Verband der Sachversicherer/Commission, 45/85, Rec. p. 405
CJCE, 24 février 1987, Deufil/Commission, 310/85, Rec. p. 901
CJCE, 26 mars 1987, Commission/Conseil, 45/86, Rec. p. 1493
CJCE, 16 juin 1987, Commission/Italie, 118/85, Rec. p. 2599
CJCE, 14 octobre 1987, Allemagne/Commission, 248/84, Rec. p. 4013
CJCE, 22 octobre 1987, Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost, 314/85, Rec. p. 4199
CJCE, 11 novembre 1987, France/Commission, 259/85, Rec. p. 4393

CJCE, 2 février 1988, Van der Kooy/Commission, 67, 68 et 70/85, Rec. p. 219
CJCE, 23 février 1988, Royaume-Uni/Conseil, 131/86, Rec. p. 905
CJCE, 8 mars 1988, Exécutif régional wallon/Commission, 62/87 et 72/87, Rec. p. 1573
CJCE, 7 juin 1988, Grèce/Commission, 57/86, Rec. p. 2855
CJCE, 20 septembre 1988, Espagne/Conseil, 203/86, Rec. p. 4563

CJCE, 20 septembre 1988, Commission/Danemark, dit « bouteilles danoises », 302/86, Rec., p. 4607

CJCE, 11 avril 1989, Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro, 66/86, Rec. p. 803
CJCE, 13 juillet 1989, Wachauf/Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft, 5/88, Rec. p. 2609
CJCE, 7 novembre 1989, Nijman, 125/88, Rec. p. 3533
CJCE, 23 novembre 1989, Parfümerie-Fabrik 4711/Provide, 150/88, Rec. p. 3891
CJCE, 5 décembre 1989, ORO Amsterdam Beheer et Concerto, C-165/88, Rec. p. 4081

CJCE, 29 mars 1990, Grèce/Conseil, C-62/88, Rec. p. I-1527

CJCE, 26 février 1991, Commission/Espagne, C-119/89, Rec. p. I-641
CJCE, 21 mars 1991, Italie/Commission, 303/88, Rec. p. I-1433
CJCE, 21 mars 1991, Italie/Commission, C-305/89, Rec. p. I-1603
CJCE, 23 avril 1991, Hoefner et Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979
CJCE, 11 juin 1991, Commission/Conseil, C-300/89, Rec. p. I-2867
CJCE, 21 novembre 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e.a./France, C-354/90, Rec. p. I-5505
CJCE, 10 décembre 1991, Merci Convenzionali Porto di Genova Spa/Siderurgica Gabrielli, C-179/90, Rec. p. I-5889

CJCE 28 janvier 1992, Bachmann/État belge, C-204/90, Rec. p. I-249
CJCE, 19 mars 1992, Hierl, C-311/90, Rec. p. I-2061
CJCE, 19 mai 1992, Mulder e.a./Conseil et Commission, C-104/89 et C-37/90, Rec. p. I-3061
CJCE, 7 juillet 1992, Parlement/Conseil, C-295/90, Rec. p. 1-4193
CJCE, 7 juillet 1992, Micheletti e.a., C-369/90, Rec. p. I-4239
CJCE, 9 juillet 1992, Commission/Belgique, C-2/90, Rec. I-4431
CJCE, 12 novembre 1992, Kerafina-Keramische/Grèce, C-134/91 et C-135/91, Rec. p. I-5699
CJCE, 16 décembre 1992, Lornoy e.a./État belge, C-17/91, Rec. p. I-6523

CJCE, 17 février 1993, Poucet et Pistre/AGF et Cancava, C-159/91 et C-160/91, Rec. p. I-637
CJCE, 17 mars 1993, Sloman Neptun/Bodo Ziesemer, C-72/91 et C-73/91, Rec. p. I-887
CJCE, 17 mars 1993, Commission/Conseil, C-155/91, Rec. p. I-939
CJCE, 15 juin 1993, Matra/Commission, C-225/91, Rec. p. I-3203
CJCE, 2 août 1993, CELBI/Fazenda Pública, C-266/91, Rec. p. I-4337
CJCE, 12 octobre 1993, Vanacker et Lesage, C-7/92, Rec. p. I-4947
CJCE, 27 octobre 1993, Scharbatke/Allemagne, C-72/92, Rec. p. I-5509
CJCE, 24 novembre 1993, Mondiet/Armement Islais, C-405/92, Rec. p. I-6133
CJCE, 30 novembre 1993, Kirsammer-Hack/Sidal, C-189/91, Rec. p. I-6185

CJCE, 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol, C-364/92, Rec. p. I-43
CJCE, 15 mars 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, Rec. p. I-877
CJCE, 27 avril 1994, Gemeente Almelo e.a./Energiebedrijf IJsselmij, C-393/92, Rec. I-1477
CJCE, 14 juillet 1994, Peralta, C-379/92, Rec. p. I-3453
CJCE, 9 août 1994, Meyhui, C-51/93, Rec. p. I-3879
CJCE, 5 octobre 1994, Allemagne/Conseil, C-280/93, Rec. p. I-4973

CJCE, 14 février 1995, Schumacker, C-279/93, Rec. p. I-225

CJCE, 29 février 1996, Belgique/Commission, C-56/93, Rec. p. I-723
CJCE, 26 mars 1996, Parlement/Conseil, C-271/94, Rec. p. I-1689
CJCE, 23 mai 1996, Hedley Lomas, C-5/94, Rec. p. I-2553
CJCE, 28 juin 1994, Parlement/Conseil, C-187/93, Rec. p. I-2857
CJCE, 11 juillet 1996, SFEI e.a., C-39/94, Rec. p. I-3547
CJCE, 6 septembre 1996, France/Commission, C-241/94, Rec. p. I-4551
CJCE, 10 septembre 1996, Commission/Royaume-Uni, C-222/94, Rec. p. I-4025
CJCE, 26 septembre 1996, France/Commission, C-241/94, Rec. p. I-4551
CJCE, 15 octobre 1996, IJssel-Vliet, C-311/94, Rec. p. I-5023

CJCE, 14 janvier 1997, Espagne/Commission, C-169/95, Rec. p. I-135
CJCE, 18 mars 1997, Diego Cali et Figli, C-343/95, Rec. I-1547
CJCE, 15 mai 1997, Siemens/Commission, C-278/95 P, Rec. p. I-2507
CJCE, 15 mai 1997, TWD/Commission, C-355/95 P, Rec. p. I-2549
CJCE, 29 mai 1997, Kremzow, C-299/95, Rec. p. I-2629
CJCE, 25 juin 1997, Kieffer et Thill, C-114/96, Rec. p. I-3629
CJCE, 23 octobre 1997, Commission/France, C-159/94, Rec. p. I-5815

CJCE, 10 mars 1998, Allemagne/Conseil, C-122/95, Rec. p. I-973
CJCE, 10 mars 1998, T. Port, C-364/95 et C-365/95, Rec. p. I-1023
CJCE, 2 avril 1998, Commission/Sytraval et Brink's France, C-367/95 P, Rec. p. I-1719
CJCE, 28 avril 1998, Decker, C-120/95, Rec. p. I-1831
CJCE, 7 mai 1998, Viscido e.a., C-52/97 à C-54/97, Rec. p. I-2629
CJCE, 18 juin 1998, Commission/Italie, C-35/96, Rec. p. I-3851
CJCE, 18 juin 1998, Corsica Ferries France, C-266/96, Rec. p. I-3949
CJCE, 25 juin 1998, Chemische Afvalstoffen Dusseldorp e.a./Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, C-203/96, Rec. p. I-4075
CJCE, 14 juillet 1998, Safety Hi-Tech/S.&T., C-284/95, Rec. p. I-4301
CJCE, 14 juillet 1998, Bettati/Safety Hi-Tech, C-341/95, Rec. p. I-4355
CJCE, 12 novembre 1998, Commission/Allemagne, C-102/96, Rec. p. I-6871
CJCE, 1er décembre 1998, Ecotrade, C-200/97, Rec. p. I-7907

CJCE, 29 avril 1999, The Queen/Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Standley e.a., C-293/97, Rec. I-2603
CJCE, 29 avril 1999, Espagne/Commission, C-342/96, Rec. p. I-2459
CJCE, 19 mai 1999, Italie/Commission, C-6/97, Rec. p. I-2981
CJCE, 10 juin 1999, Braathens, C-346/97, Rec. p. I-3419
CJCE, 17 juin 1999, Belgique/Commission, C-75/97, Rec. p. I-3671
CJCE, 17 juin 1999, Socridis, C-166/98, Rec. p. I-3791
CJCE, 17 juin 1999, Piaggio, C-295/97, Rec. p. I-3735
CJCE, 21 septembre 1999, Albany, C-67/96, Rec. p. I-5751
CJCE, 5 octobre 1999, France/Commission, C-251/97, Rec. p. I-6639

CJCE, 16 mai 2000, France/Ladbroke Racing et Commission, C-83/98 P, Rec. p. I-3271
CJCE, 23 mai 2000, Sydhavnens Sten & Grus, aff. C-209/98, Rec. I-3743
CJCE, 22 juin 2000, Fornasar e.a., C-318/98, Rec. p. I-4785
CJCE, 4 juillet 2000, Commission/Grèce, C-387/97, Rec. p. I-5047
CJCE, 12 septembre 2000, Pavlov e.a., C-180/98 à C-184/98, Rec. p. I-6451
CJCE, 19 septembre 2000, Allemagne/Commission, C-156/98, Rec. p. I-6857
CJCE, 5 octobre 2000, Allemagne/Commission, C-288/96, Rec. p. I-8237

CJCE, 12 octobre 2000, Espagne/Commission, C-480/98, Rec. p. I-8717

CJCE, 13 mars 2001, PreussenElektra, C-379/98, Rec. I-2099
CJCE, 3 mai 2001, Portugal/Commission, C-204/97, Rec. p. I-3175
CJCE, 20 septembre 2001, Banks, C-390/98, Rec. p. I-6117
CJCE, 8 novembre 2001, Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, C-143/99, Rec. I-8365
CJCE, 22 novembre 2001, Ferring. C-53/00, Rec. I-9067
CJCE, 13 décembre 2001, DaimlerChrysler, C-324/99, Rec. p. I-9897

CJCE, 7 mars 2002, Italie/Commission, C-310/99, Rec. p. I-2289
CJCE, 23 avril 2002, Nygård, C-234/99, Rec. p. I-3657
CJCE, 16 mai 2002, France/Commission, dit « Stardust », C-482/99, Rec. p. I-4397
CJCE, 13 juin 2002, Pays-Bas/Commission, C-382/99, Rec. p. I-5163
CJCE, 18 juin 2002, Allemagne/Commission, C-242/00, Rec. p. I-5603
CJCE, 17 septembre 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I-7213
CJCE, 19 septembre 2002, Espagne/Commission, C-113/00, Rec. p. I-7601
CJCE, 19 septembre 2002, Huber, C-336/00, Rec. p. I-7699
CJCE, 26 septembre 2002, Espagne/Commission, C-351/98, Rec. p. I-8031
CJCE, 22 octobre 2002, National Farmers' Union, C-241/01, Rec. p. I-9079
CJCE, 24 octobre 2002, Aéroports de Paris/Commission, C-82/01 P, Rec. p. I-9297
CJCE, 24 octobre 2002, Linhart et Biffl, C-99/01, Rec. p. I-9375
CJCE, 12 décembre 2002, France/Commission, C-456/00, Rec. p. I-11949
CJCE, 12 décembre 2002, Belgique/Commission, C-5/01, Rec. p. I-11991
CJCE, 12 décembre 2002, Commission/Conseil, C-281/01, Rec. p. I-12049

CJCE, 16 janvier 2003, Commission/Espagne, C-12/00, Rec. I. 459
CJCE, 13 février 2003, Espagne/Commission, C-409/00, Rec. p. I-1487
CJCE, 8 mai 2003, Italie et SIM 2 Multimedia/Commission, C-328/99 et C-399/00, Rec. p. I-4035
CJCE, 22 mai 2003, Connect Austria, C-462/99, Rec. p. I-5197
CJCE, 10 juillet 2003, Booker Aquaculture et Hydro Seafood, C-20/00 et C-64/00, Rec. p. I-7411
CJCE, 24 juillet 2003, Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, Rec. I-7747
CJCE, 25 septembre 2003, Commission/Italie, C-437/01, Rec. p. I-9861
CJCE, 1er octobre 2003, van Calster et Cleeren, C-261/01 et C-262/01, Rec. p. I-12249
CJCE, 2 octobre 2003, Garcia Avello, C-148/02, Rec. p. I-11613
CJCE, 21 octobre 2003, van Calster e.a., C-261/01 et C-262/01, Rec. p. I-12249
CJCE, 20 novembre 2003, GEMO, C-126/01, Rec. p. I-13769

CJCE, 5 février 2004, Commission/Italie, C-270/02, Rec. p. I-1559
CJCE, 16 mars 2004, AOK Bundesverband e. a., C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, Rec. p. I-2493
CJCE, 29 avril 2004, Pays-Bas/Commission, C-159/01, Rec. p. I-4461
CJCE, 29 avril 2004, Commission/Allemagne, C-240/01, Rec. p. I-4733
CJCE, 29 avril 2004, Grèce/Commission, C-278/00, Rec. p. I-3997
CJCE, 29 avril 2004, Italie/Commission, C-298/00 P, Rec. p. I-4087
CJCE, 29 avril 2004, GIL Insurance e.a., C-308/01, Rec. 2004 p. I-4777
CJCE, 29 avril 2004, Commission/Conseil, C-338/01, Rec. p. I-4829

CJCE, 29 avril 2004, Italie/Commission, C-372/97, Rec. p. I-3679
CJCE, 29 juin 2004, Commission/Conseil, C-110/02, Rec. p. I-6333
CJCE, 15 juillet 2004, Espagne/Commission, C-501/00, Rec. p. I-6717
CJCE, 15 juillet 2004, Pearle e.a., C-345/02, Rec. p. I-7139
CJCE, ordonnance du 24 juillet 2003, Sicilcassa e.a., C-297/01, Rec. p. I-7849
CJCE, 7 sept. 2004, Van de Walle e.a ., C-1/03, Rec. I-7613
CJCE, 9 septembre 2004, Espagne/Commission, C-304/01, Rec. p. I-7655
CJCE, 5 octobre 2004, Commission/Grèce, dit « Ouzo », C-475/01, Rec. p. I-8923
CJCE, 11 novembre 2004, Espagne/Commission, C-73/03, non publié au Recueil
CJCE, 14 décembre 2004, Swedish Match, C-210/03, Rec. p. I-11893
CJCE, 14 décembre 2004, Radlberger Getränkegesellschaft et S. Spitz, C-309/02, Rec. p. I-11763

CJCE, 13 janvier 2005, Streekgewest, C-174/02, Rec. p. I-85
CJCE, 3 mars 2005, Heiser, C-172/03, Rec. p. I-1627
CJCE, 14 avril 2005, Deponiezweckverband Eiterköpfe, C-6/03, Rec. p. I-2753
CJCE 14 avril 2005, AEM, C-128/03 et C-129/03, Rec. p. I-2861
CJCE, 9 juin 2005, HLH Warenvertrieb et Orthica, C-211/03, C-299/03 et C-316/03 à C-318/03, Rec. p. I-5141
CJCE, 21 juillet 2005, Xunta de Galicia, C-71/04, Rec. p. I-7419
CJCE, 13 septembre 2005, Commission/Conseil, C-176/03, Rec. I-7879
CJCE, 15 novembre 2005, Commission/Autriche, C-320/03, Rec. I-9871
CJCE, 15 décembre 2005, Italie/Commission, C-66/02, Rec. p. I-10901
CJCE 15 décembre 2005, Grèce/Commission, C-86/03, Rec. p. I-10979
CJCE, 15 décembre 2005, Unicredito Italiano, C-148/04, Rec. p. I-11137

CJCE, 10 janvier 2006, Commission/Parlement et Conseil, C-178/03, Rec. p. I-107
CJCE, 10 janvier 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e.a., C-222/04, Rec. p. I-289
CJCE, 26 janvier 2006, Commission/Espagne, C-514/03, Rec. p. I-963
CJCE, 9 mars 2006, Matratzen Concord, C-421/04, Rec. p. I-2303
CJCE, 23 mars 2006, Enirisorse, C-237/04, Rec. p. I-2843
CJCE, 23 mars 2006, Unitymark et North Sea Fishermen's Organisation, C-535/03, Rec. p. I-2689
CJCE, 30 mars 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, Rec. p. I-2941
CJCE, 30 mai 2006, Commission/Irlande, C-459/03, Rec. p. I-4635
CJCE, 7 juin 2006, Parlement/Conseil, C-540/03, Rec. p. I-5769
CJCE, 15 juin 2006, Air Liquide Industries Belgium, C-393/04 et C-41/05, Rec. p. I-5293
CJCE, 22 juin 2006, Belgique/Commission, C-182/03 et C-217/03, Rec. p. I-5479
CJCE, 11 juillet 2006, FENIN/Commission, C-205/03 P, Rec. p. I-6295
CJCE, 6 septembre 2006, Portugal/Commission, C-88/03, Rec. p. I-7115
CJCE, 12 septembre 2006, Espagne/Royaume-Uni, C-145/04, Rec. p. I-7917
CJCE, 5 octobre 2006, Transalpine Ölleitung in Österreich, C-368/04, Rec. p. I-9957
CJCE, 30 novembre 2006, Commission/Luxembourg, C-32/05, Rec. p. I-11323
CJCE, 7 décembre 2006, Eurodental, C-240/05, Rec. p. I-11479
CJCE, 14 décembre 2006, Commission/Autriche, C-257/05, Rec. p. I-134*

CJCE, 18 janvier 2007, Brzeziński, C-313/05, Rec. p. I-513
CJCE, 7 juin 2007, Carp, C-80/06, Rec. p. I-4473
CJCE, 5 juillet 2007, Fendt Italiana, C-145/06 et C-146/06, Rec. p. I-5869
CJCE, 18 juillet 2007, Lucchini, C-119/05, Rec. p. I-6199

CJCE, 23 octobre 2007, Commission/Conseil, C-440/05, Rec. p. I-9097
CJCE, 29 novembre 2007, Commission/Autriche, C-393/05, Rec. p. I-10195

CJCE, 24 janvier 2008, Roby Profumi, C-257/06, Rec. p. I-189
CJCE, 12 février 2008, CELF et ministre de la Culture et de la Communication, C-199/06, Rec. p. I-469
CJCE, 15 avril 2008, Nuova Agricast, C-390/06, Rec. p. I-2577
CJCE, 22 avril 2008, Commission/Salzgitter, C-408/04 P, Rec. p. I-2767
CJCE, 8 mai 2008, Ferriere Nord/Commission, C-49/05 P, Rec. p. I-68*
CJCE, 12 juin 2008, Commission/Portugal, C-462/05, Rec. p. I-4183
CJCE, ordonnance, 19 juin 2008, US Steel Košice/Commission, C-6/08 P, Rec. 2008 p. I-96*, Pub.somm.
CJCE, 24 juin 2008, Commune de Mesquer, C-188/07, Rec. I-4501
CJCE, 1er juillet 2008, Chronopost et La Poste/UFEX e.a., C-341/06 P et C-342/06 P, Rec. p. I-4777
CJCE, 17 juillet 2008, Essent Netwerk Noord e.a., C-206/06, Rec. p. I-5497
CJCE, 17 juillet 2008, Flughafen Köln/Bonn, C-226/07, Rec. p. I-5999
CJCE, 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission, C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. p. I-6351
CJCE, 11 septembre 2008, Allemagne e.a./Kronofrance, C-75/05 P et C-80/05 P, Rec. p. I-6619
CJCE, 11 septembre 2008, Unión General de Trabajadores de la Rioja, C-428/06 à C-434/06, Rec. p. I-6747
CJCE, 16 décembre 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e.a., C-127/07, Rec. p. I-9895
CJCE, 16 décembre 2008, Gysbrechts et Santurel Inter, C-205/07, Rec. p. I-9947
CJCE, 18 décembre 2008, Sopropé, C-349/07, Rec. p. I-10369
CJCE, 22 décembre 2008, Regie Networks, C-333/07, Rec. p. I-10807
CJCE, 22 décembre 2008, British Aggregates Association/Commission, C-487/06 P, Rec. I-10505

CJCE, 2 avril 2009, Bouygues et Bouygues Télécom/Commission, C-431/07 P, Rec. p. I-2665
CJCE, 5 mars 2009, UTECA, C-222/07, Rec. p. I-1407
CJCE, 26 mars 2009, SELEX Sistemi Integrati/Commission, C-113/07 P, Rec. p. I-2207
CJCE, 23 avril 2009, Puffer, C-460/07, Rec. p. I-3251
CJCE, 30 avril 2009, Lidl Magyarország, C-132/08, Rec. p. I-3841
CJCE, 7 juillet 2009, S.P.C.M. SA, C-558/07, Rec. I-5783
CJCE, 16 juillet 2009, Futura Immobiliare, C-254/08, Rec. I-6995
CJCE, 16 juillet 2009, Horvath, C-428/07, Rec. p. I-6355
CJCE, 8 septembre 2009, Commission/Parlement et Conseil, C-411/06, Rec. p. I-7585
CJCE, 10 septembre 2009, Plantanol, C-201/08, Rec. p. I-8343
CJCE, 1er octobre 2009, Commission/Conseil, C-370/07, Rec. p. I-8917
CJCE, 1er octobre 2009, HSBC Holdings et Vidacos Nominees, C-569/07, Rec. p. I-9047
CJCE, 17 novembre 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri, C-169/08, Rec. p. I-10821
CJUE, 2 décembre 2009, Commission/Irlande e.a., C-89/08 P, Rec. p. I-11245

CJUE, 2 mars 2010, Rottmann, C-135/08, Rec. p. I-1449
CJUE, 9 mars 2010, ERG. e. a., C-378/08, non encore publié au Recueil
CJCE, 11 mars 2010, CELF et ministre de la Culture et de la Communication, C-1/09, Rec. p. I-2099

CJCE, 22 avril 2010, Dimos Agiou Nikolaou, C-82/09, Rec. p. I-3649
CJUE, 10 juin 2010, Fallimento Traghetti del Mediterraneo, C-140/09, Rec. p. I-5243
CJUE, 29 juin 2010, E et F, C-550/09, Rec. p. I-6213
CJUE, 1er juillet 2010, Knauf Gips/Commission, C-407/08 P, Rec. p. I-6375
CJUE, 2 septembre 2010, Commission/Deutsche Post, C-399/08 P, Rec. p. I-7831
CJUE, 26 octobre 2010, Schmelz, C-97/09, Rec. p. I-10465
CJUE, 25 novembre 2010, Commission/Italie, C-47/09, Rec. p. I-12083
CJUE, 2 décembre 2010, Holland Malt/Commission, C-464/09 P, Rec. p. I-12443
CJUE, 16 décembre 2010, Kahla Thüringen Porzellan/Commission, C-537/08 P, Rec. p. I-12917

CJUE, 3 mars 2011, AG2R Prévoyance, C-437/09, Rec. 2011 p. I-973
CJUE, 6 mai 2011, Stark, C-293/10, Rec. p. I-4711
CJUE, 9 juin 2011, Comitato "Venezia vuole vivere" e.a./Commission, C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P
CJCE, 21 juillet 2011, Azienda Agro-Zootecnica Franchini et Eolica di Altamura, C-2/10, Rec. p. I-6561
CJUE, 28 juillet 2011, Mediaset/Commission, C-403/10 P, non encore publié au Recueil
CJUE, 8 septembre 2011, Paint Graphos e.a., C-78/08 à C-80/08, Rec. p. I-7611
CJUE, 8 septembre 2011, Commission/Pays-Bas, C-279/08 P, Rec. p. I-7671
CJUE, 15 septembre 2011, Allemagne/Commission, C-544/09 P, Rec. p. I-128*, Pub.somm
CJUE , 22 septembre 2011, Mesopotamia Broadcast et Roj TV, C-244/10 et C-245/10, Rec. p. I-8777
CJUE, 6 octobre 2011, Bonnarde, C-443/10, Rec. p. I-9327
CJUE, 15 novembre 2011, Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni, C-106/09 P et C-107/09 P, non encore publié au Recueil
CJUE, 24 novembre 2011, Italie/Commission, C-458/09 P, non encore publié au Recueil
CJUE, 8 décembre 2011, France Télécom/Commission, C-81/10 P, non encore publié au Recueil
CJCE, 21 décembre 2011, Commission/Autriche, C-28/09, non encore publié au Recueil

CJUE, 13 mars 2012, Tay Za/Conseil, C-376/10 P, non encore publié au Recueil
CJUE, 29 mars 2012, 3M Italia, C-417/10, non encore publié au Recueil
CJUE, 29 mars 2012, Commission/Pologne, C-504/09 P, non encore publié au Recueil
CJUE, 29 mars 2012, Commission/Estonie, C-505/09 P, non encore publié au Recueil
CJUE, 5 juin 2012, Commission/EDF, C-124/10 P, non encore publié au Recueil
CJUE, 21 juin 2012, BNP Paribas et BNL/Commission, C-452/10 P, non encore publié au Recueil
CJUE, 12 juillet 2012, Compass-Datenbank, C-138/11, non encore publié au Recueil
CJUE, 12 juillet 2012, SC Volksbank România, C-602/10, non encore publié au Recueil
CJUE, 6 septembre 2012, Commission/Belgique, C-150/11, non encore publié au Recueil
CJUE, 18 octobre 2012, Valenza e.a., C-302/11 à C-305/11, non encore publié au Recueil

CJUE, 26 février 2013, Aklagaren/Hans Åkerberg Fransson, C-617/10, non encore publié au Recueil
CJUE, 28 février 2013, Ellinika Nafpigeia/Commission, C-246/12 P, non encore publié au Recueil
CJUE, 7 mars 2013, DKV Belgium, C-577/11, non encore publié au Recueil
CJUE, 14 mars 2013, Commission/France, C-216/11, non encore publié au Recueil
CJUE, 25 avril 2013, Jyske Bank Gibraltar, C-212/11, non encore publié au Recueil

CJUE, 30 mai 2013, Doux Élevages et Coopérative agricole UKL-AREE, C-677/11, non encore publié au Recueil
CJUE, 6 juin 2013, Commission/Belgique, C-383/10, non encore publié au Recueil
CJUE, 18 juillet 2013, Citroën Belux, C-265/12, non encore publié au Recueil
CJUE, 18 juillet 2013, Sky Italia, C-234/12, non encore publié au Recueil

3.1.5.2. Tribunal de l'Union européenne

TPICE, 8 juin 1995, Siemens/Commission, T-459/93, Rec. p. II-1675
TPICE, 13 septembre 1995, TWD/Commission, T-244/93 et T-486/93, Rec. p. II-2265

TPICE, 22 octobre 1996, Salt Union/Commission, T-330/94, Rec. p. II-1475
TPICE, 12 décembre 1996, Air France/Commission, T-358/94, Rec. p. II-2109

TPICE, 25 septembre 1997, UK Steel Association/Commission, T-150/95, Rec. p. II-1433

TPICE, 27 janvier 1998, Ladbroke Racing/Commission, T-67/94, Rec. p. II-1
TPICE, 25 juin 1998, British Airways e.a. et British Midland Airways/Commission, T-371/94 et T-394/94, Rec. p. II-2405

TPICE, 13 juin 2000, EPAC/Commission, T-204/97 et T-270/97, Rec. p. II-2267
TPICE, 27 septembre 2000, BP Chemicals/Commission, T-184/97, Rec. p. II-3145
TPICE, 29 septembre 2000, CETM/Commission, T-55/99, Rec. p. II-3207

TPICE, 31 janvier 2001, Weyl Beef Products e.a./Commission, T-197/97 et T-198/97, Rec. p. II-303

TPICE, 11 janvier 2002, Biret International/Conseil, T-174/00, Rec. p. II-17
TPICE, 20 novembre 2002, Lagardère et Canal+/Commission, T-251/00, Rec. p. II-4825

TPICE, 4 mars 2003, FENIN/Commission, T-319/99, Rec. p. II-357

TPICE, 14 janvier 2004, Fleuren Compost/Commission, T-109/01, Rec. p. II-127
TPICE, 16 mars 2004, Danske Busvognmænd/Commission, T-157/01, Rec. p. II-917
TPICE, 1er juillet 2004, Salzgitter/Commission, T-308/00, Rec. p. II-1933
TPICE, 21 octobre 2004, Lenzing/Commission, T-36/99, Rec. p. II-3597
TPICE, 18 novembre 2004, Ferriere Nord SPA/Commission, T-176/01, Rec. II-3937

TPICE 15 juin 2005, Olsen/Commission, T-17/02, Rec. p. II-2031
TPICE, 23 novembre 2005, Royaume-Uni/Commission, T-178/05, Rec. p. II-4807

TPICE, 5 avril 2006, Deutsche Bahn/Commission, T-351/02, Rec. p. II-1047
TPICE, 3 septembre 2006, British Aggregates/Commission, T-210/02, Rec. II-2789
TPICE, 19 septembre 2006, Lucchini/Commission, T-166/01, Rec. p. II-2875

TPICE, ordonnance du 30 avril 2007, EnBW Energie Baden-Württemberg/Commission, T-387/04, Rec. p. II-1195
TPICE, 4 juillet 2007, Bouygues et Bouygues Télécom/Commission, T-475/04, Rec. p. II-2097

TPICE, 20 septembre 2007, Salvat père & fils e.a./Commission, T-136/05, Rec. p. II-4063
TPICE, 20 septembre 2007, Fachvereinigung Mineralfaserindustrie/Commission, T-375/03, Rec. p. II-121*, Pub.somm.
TPICE, ordonnance, 1er octobre 2007, US Steel Košice/Commission, T-27/07, Rec. p. II-128*, Pub.somm.
TPICE, 7 novembre 2007, Allemagne/Commission, T-374/04, Rec. p. II-4431
TPICE, 12 décembre 2007, Irlande e.a./Commission, T-50/06, T-56/06, T-60/06, T-62/06 et T-69/06, Rec. p. II-172*, Pub.somm.

TPICE, 12 février 2008, BUPA e.a./Commission, T-289/03, Rec. p. II-81
TPICE, 10 avril 2008, Pays-Bas/Commission, T-233/04, Rec. II-591
TPICE, 26 juin 2008, SIC/Commission, T-442/03, Rec. p. II-161
TPICE, 24 septembre 2008, Kahla Thüringen Porzellan/Commission, T-20/03, Rec. p. II-2305
TPICE, 18 décembre 2008, Government of Gibraltar/Commission, T-211/04 et T-215/04, Rec. 2008 p. II-3745

TPICE, 11 février 2009, Iride et Iride Energia/Commission, T-25/07, Rec. p. II-245
TPICE, 4 mars 2009, Tirrenia di Navigazione/Commission, T-265/04, T-292/04 et T-504/04, Rec. p. II-21*, Pub.somm.
TPICE, 4 mars 2009, Italie/Commission, T-424/05, Rec. p. II-23*, Pub.somm.
TPICE, 11 mars 2009, TF1/Commission, T-354/05, Rec. p. II-471
TPICE, 9 septembre 2009, Diputación Foral de Álava et Gobierno Vasco/Commission, T-227/01 à T-229/01, T-265/01, T-266/01 et T-270/01, Rec. p. II-3029
TPICE, 23 septembre 2009, Pologne/Commission, T-183/07, Rec. p. II-3395
TPICE, 23 septembre 2009, Estonie/Commission, T-263/07, Rec. p. II-3463
TPICE, ordonnance, 25 novembre 2009, Andersen/Commission, T-87/09, Rec. p. II-225*, Pub.somm.

Trib. UE, 1er juillet 2010, M6 et TF1/Commission, T-568/08 et T-573/08, Rec. p. II-3397
Trib. UE, 8 juillet 2010, Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt/Commission, T-396/08, Rec. p. II-141*, Pub.somm.
Trib. UE, 9 septembre 2010, British Aggregates e.a./Commission, T-359/04, Rec. p. II-4227

Trib. UE, 22 mars 2011, Lettonie/Commission, T-369/07, Rec. p. II-1039
Trib. UE, 24 mars 2011, Freistaat Sachsen e.a./Commission, T-443/08 et T-455/08, Rec. p. II-1311
Trib. UE, 12 mai 2011, Région Nord-Pas-de-Calais/Commission, T-267/08 et T-279/08, Rec. p. II-1999
Trib. UE, 10 novembre 2011, Elliniki Nafpigokataskevastiki e.a./Commission, T-384/08, Rec. p. II-380*, Pub.somm.

Trib. UE, 7 mars 2012, British Aggregates/Commission, T-210/02 RENV, non encore publié au Recueil
Trib. UE, 21 mars 2012, Irlande/Commission, T-50/06 RENV, T-56/06 RENV, T-60/06 RENV, T-62/06 RENV et T-69/06 RENV, non encore publié au Recueil
Trib. UE, 11 septembre 2012, Corsica Ferries France/Commission, T-565/08, non encore publié au Recueil
Trib. UE, 13 septembre 2012, Italie/Commission, T-379/09, non encore publié au Recueil
Trib. UE, 27 septembre 2012, France/Commission, T-139/09, non encore publié au Recueil

Trib. UE, 27 septembre 2012, Fedecom/Commission, T-243/09, non encore publié au Recueil

Trib. UE, 7 mars 2013, Pologne/Commission, T-370/11, non encore publié au Recueil
Trib. UE, 12 septembre 2013, Allemagne/Commission, T-347/09, non encore publié au Recueil

3.1.5.3. Conseil constitutionnel français

Conseil constitutionnel, 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, n° 74-54 DC
Conseil constitutionnel, 26 juin 1986, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, n° 86-207 DC
Conseil constitutionnel, 28 décembre 2000, Loi de finances rectificative pour 2000, n° 2000-441 DC
Conseil constitutionnel, 29 décembre 2003, Loi de finances rectificative pour 2003, n° 2003-488 DC
Conseil constitutionnel, 29 décembre 2009, Loi de finances pour 2010, n° 2009-599 DC

3.1.6. CONCLUSIONS

Concl. P. V. VAN THEMAAT sous CJCE, 13 octobre 1982, Norddeutsches Vieh und Fleischkontor, 213 à 215/81
Concl. S. ROZES sous CJCE, 10 mars 1983, Fabricants raffineurs d'huile de graissage/Inter-Huiles, 172/82
Concl. M. DARMON sous CJCE, 17 mars 1993, Sloman Neptun/Bodo Ziesemer, C-72/91 et C-73/91
Concl. M. DARMON sous CJCE, 27 avril 1994, Gemeente Almelo e. a./Energiebedrijf IJsselmij, C-393/92
Concl. P. LÉGER sous CJCE, 2 mai 1996, Commission/Belgique, C-133/94
Concl. G. COSMAS sous CJCE, 18 mars 1997, Diego Cali et Figli, C-343/95
Concl. G. COSMAS sous CJCE, 9 décembre 1997, Tiercé Ladbroke/Commission, C-353/95 P
Concl. M. F. G. JACOBS sous CJCE, 25 juin 1998, Chemische Afvalstoffen Dusseldorp e.a./Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, C-203/96
Concl. R. J. COLOMER sous CJCE, 19 mai 1999, Italie/Commission, C-6/97
Concl. M. F. G. JACOBS sous CJCE, 21 septembre 1999, Albany, C-67/96
Concl. P. LÉGER sous CJCE, 7 novembre 2000, First Corporate Shipping, C-371/98
Concl. M. F. JACOBS sous CJCE, 13 mars 2001, PreussenElektra,
Concl. S. ALBER sous CJCE, 3 mai 2001, Portugal/Commission, C-204/97
Concl. J. MISCHO sous CJCE, 8 novembre 2001, Adria-Wien Pipeline, C-143/99
Concl. A. TIZZANO sous CJCE, 22 novembre 2001, Ferring, C-53/00
Concl. P. LÉGER sous CJCE, 24 juillet 2003, Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00
Concl. F. G. JACOBS sous CJCE, 20 novembre 2003, GEMO, C-126/01
Concl. D. RUIZ-JARABO COLOMER sous CJCE, 15 juillet 2004, Pearle e.a., C-345/02
Concl. A. TIZZANO sous CJCE, 5 octobre 2004, Commission/Grèce, dit « Ouzo », C-475/01
Concl. L. A. GEELHOED sous CJCE, 15 novembre 2005, Commission/Autriche, C-320/03
Concl. M. POIARES MADURO sous CJCE, 23 mars 2006, Enirisorse, C-237/04

Concl. J. KOKOTT sous CJCE, 7 juin 2006, Parlement/Conseil, C-540/03
Concl. A. TIZZANO sous CJCE, 15 juin 2006, Air Liquide Industries Belgium, C-393/04 et C-41/05
Concl. L. A. GEELHOED sous CJCE, 6 septembre 2006, Portugal/Commission, 88/03
Concl. C. STIX-HACKL sous CJCE, 3 octobre 2006, Banca popolare di Cremona, C-475/03, pts. 52 et s.
Concl. M. F. JACOBS sous CJCE, 5 octobre 2006, Transalpine Ölleitung in Österreich, C-368/04
Concl. E. SHARPSTON sous CJCE, 5 juillet 2007, Fendt Italiana, C-145/06 et C-146/06
Concl. P. MENGOZZI sous CJCE, 17 juillet 2008, Essent Netwerk Noord e.a., C-206/06
Concl. J. KOKOTT sous CJCE, 11 septembre 2008, Unión General de Trabajadores de la Rioja, C-428/06 à C-434/06
Concl. P. MENGOZZI sous CJCE, 22 décembre 2008, British Aggregates/Commission, C-487/06 P
Concl. M. P. MADURO sous CJCE, 16 décembre 2008, ARcelor Atlantique et Lorraine e.a., C-127/07
Concl. J. KOKOTT sous CJUE, 26 octobre 2010, Schmelz, C-97/09
Concl. P. MENGOZZI sous CJUE, 8 septembre 2011, Commission/Pays-Bas, C-279/08 P
Concl. V. TRSTENJAK sous CJCE, 21 décembre 2011, Commission/Autriche, C-28/09
Concl. P. CRUZ VILLALÓN sous CJUE, 26 février 2013, AKlagaren/Hans Åkerberg Fransson, C-617/10
Concl. P. MENGOZZI sous CJUE, Commission/Conseil, C-117/10, affaire en cours, présentées le 17 janvier 2013.
Concl. Y. Bot, sous CJUE, *Essent Belgium*, C-204/12, affaire en cours, présentées le 8 mai 2013,
Concl. N. JÄÄSKINEN sous CJUE, Vent De Colère e.a., C-262/12, affaire en cours, présentées le 11 juillet 2013.
Concl. Y. BOT sous C-272/12 P, Commission/Irlande e.a., affaire en cours, présentées le 18 juillet 2013

3.2. Documents officiels

3.2.1. DOCUMENTS DES ÉTATS MEMBRES

- Comité intergouvernemental créé par la conférence de Messine, *Rapport des chefs de délégation aux ministres des Affaires étrangères*, Bruxelles, Secrétariat, 21 avril 1956

- Rapport d'information n° 543 du Sénat du 8 juill. 2009 sur l'instauration d'une contribution « climat-énergie », le fonctionnement et la régulation des marchés de quotas de CO_2, fait au nom de la commission des finances par le groupe de travail sur la fiscalité environnementale et présenté par le sénateur F. KELLER

- Réponse des autorités françaises au document de consultation sur les aides d'État à la protection de l'environnement pour la réforme des lignes directrices en cours, disponible sur http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_state_aid_environment/french_authorities_fr.pdf, p. 23

- Ministère des Finances de la Suède, mémorandum du 22 octobre 2012, « Review of the 2008 Community Guidelines on State Aid for Environmental Protection and environmental

support measures in the 2008 General Block Exemption Regulation (GBER) », disponible sur http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_state_aid_environment/index_en.html

3.2.2. DOCUMENTS DE L'ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

- OCDE, GD(95)124, Principes et concepts environnementaux, 1995

- Recommandation du Conseil de l'OCDE sur les principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international, OCDE C(72)128

- Recommandation du Conseil de l'OCDE sur la mise en œuvre du principe du pollueur-payeur, OCDE C(74)223

- Recommandation du Conseil de l'OCDE sur la mise en œuvre du principe du pollueur-payeur, OCDE C(74)223, reproduits in OCDE, Le principe pollueur-payeur, définition, analyse, mise en œuvre, Paris, éd. de l'OCDE, 1975, respectivement p. 9 et p. 16

- Recommandation du Conseil de l'OCDE 31 janvier 1991 sur l'utilisation des instruments économiques dans les politiques de l'environnement, C(90)177(Final)

- Recommandation du Conseil de l'OCDE sur l'application du principe pollueur-payeur aux pollutions accidentelles, 7 juillet 1989, OCDE C(89)88 Final

3.2.3. DOCUMENTS DE L'UNION EUROPÉENNE

3.2.3.1. Rapports de la Commission sur la politique de concurrence et éléments statistiques

- *Ier Rapport sur la politique de concurrence (1971)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1972

- *IVème Rapport sur la politique de concurrence (1974)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1975

- *Xème Rapport sur la politique de concurrence (1980)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1981

- *XIVème Rapport sur la politique de concurrence (1984)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1985

- *XVIème Rapport sur la politique de concurrence (1986)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1987

- *XXème Rapport sur la politique de concurrence (1990)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1991

- *XXIIème Rapport sur la politique de concurrence (1992)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1993

- *XXIIIème Rapport sur la politique de concurrence (1993)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1994

- *XXIVème Rapport sur la politique de concurrence (1994)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1995

- *XXVIIème Rapport sur la politique de concurrence (1997)*, Bruxelles/Luxembourg, OPOCE, 1998

- *XXXIème Rapport sur la politique de concurrence (2001)*, (SEC/2002/0462 final)

- *Rapport sur la politique de concurrence – 2004*, vol. 1, Luxembourg, OPOCE, 2005

- Rapport de la Commission du 21 mai 2008 – Tableau de bord des aides d'État – Mise à jour du printemps 2008 (COM(2008) 304 final), p. 15.

- Number of GBER objectives by the different categories of aid according to Chapter II of the General Block Exemption Regulation ; EU-27, period 2008 - 2012 (30/6)

3.2.3.2. Documents publics du Conseil

- Commission Staff Working Paper du 24 octobre 2002, State-aid aspects in the proposal for a Council directive on energy taxation (SEC(2002) 1142), reproduite dans le document du Conseil du 28 octobre 2001, 13545/02 Fisc 271, reproduit en Annexe II

- Document du Conseil du 5 mars 1999, 7738/99 Fisc 101, p. 5

- Document du Conseil du 12 décembre 2001, 14640/1/01 Fisc 255, v. pp. 6-8

- Document du Conseil du 30 novembre 2001, 13778/1/01 Fisc 234, p. 2

- Document du Conseil du 3 avril 2003, 8084/03, Fisc 59, p. 2

- Conseil européen de Bruxelles, 8-9 mars 2007, conclusions de la Présidence, 7224/1/07 REV 1

3.2.3.3. Communications, déclarations, recommandations et résolutions

- Déclaration du Conseil des Communautés européennes et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil du 22 novembre 1973, concernant un programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement (JO C 112 du 20 décembre 1973, p. 1)

- Recommandation du Conseil du 3 mars 1975 relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement, 75/436/Euratom, CECA, CEE (JO L 194 du 25 juillet 1975, p. 1)

- Communication de la Commission au Conseil relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement – Principes et modalités d'application, annexée à la recommandation du Conseil du 3 mars 1975 relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement, 75/436/Euratom, CECA, CEE, (JO L 194 du 25 juillet 1975, p. 1)

- Résolution du Conseil du 7 mai 1985, concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation (JO C 136 du 4 juin 1985, p. 1)

- Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, du 1er février 1993, concernant un programme communautaire de politique et d'action en matière d'environnement et de développement durable - Programme communautaire de politique et d'action pour l'environnement et le développement durable et respectueux de l'environnement (JO C 138 du 17 mai 1993, p. 1)

- Communication de la Commission du 26 mars 1997, sur les impôts, taxes et redevances environnementaux dans le marché unique (COM(97) 9 final)

- Communication de la Commission au Conseil européen, du 27 mai 1998, partenariat d'intégration : une stratégie pour intégrer l'environnement dans les politiques de l'UE (COM(1998) 333 final)

- Livre vert sur l'établissement dans l'Union européenne d'un système d'échange de droits d'émission des gaz à effet de serre, du 8 mars 2000 (COM(2000) 87 final)

- Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la promotion de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables sur le marché intérieur de l'électricité, 10 mai 2000 (COM(2000) 279 final)

- Communication de la Commission du 24 janvier 2001, sur le sixième programme d'action pour l'environnement, Environnement 2010 : notre avenir, notre choix (COM(2001) 31 final)

- Livre vert sur les services d'intérêt général, 21 mai 2003, (COM(2003) 270 final)

- Communication de la Commission du 7 janvier 2004, sur les orientations visant à aider les États membres à mettre en œuvre les critères qui figurent à l'annexe III de la directive 2003/87/CE établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, et les conditions dans lesquelles il y a force majeure (COM(2003) 830 final)

- Livre blanc sur les services d'intérêt général, 12 mai 2004 (COM(2004) 374 final)

- Commission européenne, DG environnement et concurrence, 17 mars 2004, ENV C2/PV/amh/D(2004)420149, State Aid and National Allocation Plans, reproduit en Annexe I

- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 12 mai 2004, Livre blanc sur les services d'intérêt général, (COM(2004) 374 final), Annexe 1

- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 7 juillet 2004, concernant les décisions de la Commission du 7 juillet 2004, concernant les plans nationaux d'allocation de quotas d'émission de gaz à effet de serre notifiés par l'Autriche, le Danemark, l'Allemagne, l'Irlande, les Pays-Bas, la Slovénie, la Suède et le Royaume-Uni conformément à la directive 2003/87/CE (COM(2004) 500 final)

- Communication de la Commission du 7 juin 2005, Plan d'action dans le domaine des aides d'État (COM(2005) 107 final), pts. 19-23

- Livre vert du 28 mars 2007 sur les instruments fondés sur le marché en faveur de l'environnement et des objectifs politiques connexes (COM(2007) 140 final)

- Communication de la Commission du 7 décembre 2007, Aide en faveur de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables (COM(2005) 627 final)

- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions 23 janvier 2008, Deux fois 20 pour 2020, saisir la chance qu'offre le changement climatique (COM(2008) 30 final)

- Communication de la Commission relative à l'application des règles en matière d'aides d'État par les juridictions nationales (2009/C 85/01) (JO C 85 du 9 avril 2009, p. 1)

- Proposition de directive modifiant la directive 2003/96/CE, avril 2011 (COM(2011)169/3)

- Communication de la Commission – Document d'orientation concernant l'application facultative de l'article 10 *quater* de la directive 2003/87/CE (JO C 99 du 31 mars 2011, p. 9)

- Communication de la commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 8 mai 2012, Modernisation de la politique de l'UE en matière d'aides d'État (COM(2012) 209 final)

INDEX

Les indications renvoient aux numéros des paragraphes

A

Acte atypique (voir doctrine administrative)
Aide d'État
- aide existante 773 et s.
- aide nouvelle 789 et s.
- critères de définition (voir avantage, utilisation de ressources d'État, sélectivité)
- définition « économique » 247, 525
- et champ d'application du droit des aides d'État 44, 50, 486, 530, 573, 775
- facteurs d'indétermination de la catégorie d'- 53-57, 144 et s., 169 et s., 355 et s.
- régime juridique de l'- 297, 350, 486-487, 596, 684, 743 et s., 903 et s.

Avantage
- et service d'intérêt économique général environnemental (voir Service d'intérêt économique général environnemental)
- normalité de l'- 392 et s.

C

Certificats verts
- définition 73
- et libertés de circulation 720
- mesure d'exécution du droit dérivé 583, 620
- qualification d'aide d'État 73, 85-86, 93 et s., 150 et s., 214, 230
- régime juridique en droit des aides d'État 810

Compétence
- et explication des rapports juridiques entre l'Union et les États membres 497 et s., 564 et s.
- exclusive de la Commission dans le domaine des aides d'État 489 et s., 503, 625, 664, 758
- partagée dans le domaine environnemental 39, 548 et s., 940 et s.
- préemption de la- 552, 498, 780

Compétitivité 108, 132, 135, 272, 286, 420, 475, 511, 620, 630, 650, 868, 911, 914 et s., 926 et s.
Concurrence réglementaire environnementale 927 et s.
Conservation des zones naturelles 166, 170, 181, 386 et s.

D

Déchets 133, 164, 170, 173, 178 et s., 380-381, 397-398, 405, 415, 577, 618, 756, 898, 911
Décision individuelle 490, 751, 766, 768, 866,
Degré de précision du droit dérivé 612, 618, 622, 628, 779 et s.

Directive
- diversité des normes 592
- obligations liées à l'exécution de la- 553, 786
Dispositifs d'aides 753, 762, 764-765, 782, 786-787, 811, 876
Doctrine administrative de la Commission
- bases juridiques 754 et s.
- confusion avec les directives 807 et s., 820 et s.
- cumul avec le règlement d'exemption par catégories 762 et s.
- effet contraignant 778 et s.
- proposée à titre de mesures utiles 793 et s.
- régime juridique de la- 766 et s.
- support de la politique de la Commission 856 et s.
Doctrine jurisprudentielle des effets 279 et s.
Double guichet 832 et s.
Droit des aides d'État
- actes du droit des aides d'État (voir décision individuelle, doctrine administrative, règlement général d'exemption par catégories)
- de la Communauté européenne du charbon et de l'acier 23, 424 et s., 458, 564
- définition 20 et s.
- rapport avec l'harmonisation environnementale (voir pouvoir d'encadrement)
- réforme (voir modernisation du droit des aides d'État)
- source d'un pouvoir d'encadrement (voir pouvoir d'encadrement)
- structure du- 44, 263, 282, 284, 486-487, 489
Droits d'accises
- sur l'alcool et les boissons alcooliques 727 et s.,
-sur les produits énergétiques et l'électricité 320, 546, 555, 579-580, 598 et s., 607, 655 et s., 816 et s., 842 et s.

E

Encadrement (pouvoir d'-)
- confusion avec le pouvoir d'harmonisation 801 et s.
- concurrencé par le pouvoir d'harmonisation 654 et s.
- déclenché par le pouvoir d'harmonisation 575 et s.
- exercé au-delà de l'harmonisation 561 et s.
- exercé dans le cadre du pouvoir d'harmonisation 616 et s.
- exercice extensif 743 et s.
- obstrué par le pouvoir d'harmonisation 602 et s.
- fondements 485 et s.
- outil de direction des politiques environnementales 853 et s.
- source d'une réglementation générale de la politique environnementale 747 et s.
Encadrement (acte de la Commission) (voir doctrine administrative de la Commission)
Énergies produites à partir de sources d'énergie renouvelables 68 et s., 84 et s., 93 et s., 583-584, 134, 165, 177, 230, 583, 620-621, 803 et s.
Entreprise 373 et s., 382 et s.
Environnement (notion) 28 et s.
Exécution du droit dérivé 553, 557 et s., 575 et s., 591, 595 et s., 718 et s., 809 et s., 818 et s., 839 et s.

F

Fiscalité environnementale
- qualification d'aide d'État 108, et s., 227, 272 et s., 286, 309 et s., 226 et s., 408 et s., 429 et s., 626
- régime juridique en droit des aides d'État 816 et s., 898, 946 et s.

G

Guichet unique 835 et s.

H

Harmonisation environnementale (pouvoir d'-)
- autonomie du champ 529-530
- bases juridiques 542 et s., 548 et s., 804
- définition 538 et s.
- effets sur le bon fonctionnement du marché intérieur 475, 523 et s.
- et pouvoir d'encadrement (voir pouvoir d'encadrement)
- incidences sur la compatibilité des aides 921 et s., 944

I

Impositions intérieures discriminatoires 720, 727 et s.
Imputation d'une mesure au législateur de l'Union
- critères jurisprudentiels 608 et s.
- effets en droit des aides d'État 602 et s.
- effets hors du droit des aides d'État 719 et s.
- intéprétation par la Commission 617 et s.
Instruments économiques de la protection de l'environnement
- adoptés par l'Union 576 et s.
- définition 190 et s.
- et champ d'application du droit des aides d'État 223 et s.

L

Lignes directrices (voir doctrine administrative de la Commission)
Libertés de circulation 14, 297, 487-488, 496, 498, 571-572, 613, 719 et s.

M

Marge de manœuvre de l'État membre
- comme condition d'application du droit des aides d'État 562, 577 et s., 612, 619 et s.
- relativisée par le droit des aides d'État 806 et s., 828-829

Mesure générale (notion de) (voir sélectivité)
Mesures utiles 792 et s.
Modernisation du droit des aides d'État 761, 881 et s.

N

Nivellement vers le bas de la protection de l'environnement 934, 936 et s.
Nivellement vers le haut de la protection de l'environnement 934, 939 et s.

O

Opérateur privé en économie de marché 291

P

Plan national d'allocation des quotas de gaz à effet de serre 629 et s., 671 et s., 685 et s.
Présupposés 366 et s.
Principe d'intégration de la protection de l'environnement (article 11 TFUE) 287, 290, 544, 857 et s.
Principe du pollueur-payeur 399-400, 432, 507-508, 577, 870 et s., 897, 901-902
Procédure d'autorisation instituée par le droit dérivé 683 et s.
Protocole de Kyoto 579, 633

Q

Qualification
- double dimension subjective de la qualification 302, 308
- et champ d'application du droit des aides d'État (voir Aide d'État)
- éléments objectifs 58 et s.
- éléments subjectifs 266 et s.
- méthode réaliste et méthode spéculative de- 366 et s.

R

Recours en manquement 488, 719, 722, 727 et s., 831 et s.
Règlement général d'exemption par catégories 762 et s., 807, 843, 848 et s., 866, 885, 898
Règle prescriptive 484 et s., 497, 503-504
Remise en état des sites pollués 423

S

Science économique
- et commerce international 507 et s., 928 et s.
- et droit de la concurrence 6
- et droit des aides d'État 9, 358, 881 et s.
- et instruments de la protection de l'environnement 201 et s.

Sélectivité
- comparaisons entre les États membres 510 et s.
- et principe d'égalité 115 et s., 337, 347 et s.
- justification par la nature et l'économie 123, 129 et s., 275, 308, 329
- notion de mesure générale 111, 125, 226, 305 et s., 355
- vecteur de présupposés 266 et s.
- vecteur de subjectivité 266 et s.

Service d'intérêt économique général environnemental
- définition 158 et s.
- et présupposés 370 et s.

Subsidiarité
- et harmonisation limitée dans le domaine environnemental 554 et s.
- et nivellement vers le haut de la protection de l'environnement (voir nivellement vers le haut de la protection de l'environnement)

Système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre
- aides contenues dans les - des États membres 93 et s., 125 et s., 138, 145 et s., 208, 229, 244, 258, 283, 286 et s., 345-346, 398 et s., 410 et s., 446 et s.
- aides engendrées par le - de l'Union européenne 343, 439, 579, 581-582, 598-599, 628 et s., 671, 709, 796, 756, 846 et s.

T

Taxe parafiscale
- définition 77,
- qualification d'aide d'État 77, 79 et s., 85 et s., 191-192, 228, 406

U

Utilisation de ressources d'État
- critère de la charge pour le budget de l'État 65 et s.
- critère de la nature de l'acte administratif 92 et s., 145 et s.
- critère du contrôle étatique des ressources 75 et s., 186 et s.
- critère du régime de délivrance des actes administratifs 149 et s., 447 et s., 632 et s.
- cumul des critères de l'imputation et de l'origine étatique des ressources 63 et s., 233 et s.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction 13

Partie I) Le champ de l'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement 37

Titre I) Les éléments objectifs de la qualification des aides dans le domaine environnemental 41

Chapitre I) L'adaptabilité des éléments objectifs 43
Section I) L'adaptabilité du critère de l'utilisation de ressources d'État 43
I) Le critère de la charge pour l'État assoupli par le critère du contrôle étatique des ressources 44
A) La nécessité d'une charge pour le budget de l'État et ses effets 45
B) Les limites de la nécessité d'une charge pour le budget de l'État : le critère du contrôle étatique des ressources 50
1) La faiblesse des fondements jurisprudentiels du critère du contrôle 51
2) La portée du critère du contrôle révélée par la pratique de la Commission 55
II) Le critère de la nature de l'acte administratif impliqué par les mesures environnementales 60
A) L'énonciation du critère par la Commission 60
B) L'application constante du critère par la Commission 63
Section II) L'adaptabilité du critère de la sélectivité 66
I) Les facteurs de l'adaptabilité du critère de la sélectivité 67
A) L'énonciation d'une définition extensive de la sélectivité à l'occasion du contrôle de mesures environnementales 67
B) Le principe d'égalité, source d'inspiration du juge 72
II) L'adaptabilité de la sélectivité dans les affaires environnementales 76
A) Les mesures environnementales réputées sélectives 76
B) La justification de la sélectivité des mesures environnementales par la nature ou l'économie du système 79
Conclusion du Chapitre I 85

Chapitre II) Les limites de la notion d'aide au regard des éléments objectifs 87
Section I) Les limites indéterminées 88
I) Les critères en cours de formalisation 88
A) L'abandon du critère de la nature des actes administratifs 88
B) Les zones d'ombre de la notion de SIEG 94
II) Les limites des critères formalisés 100
A) Les limites des critères formalisés relatifs à la compensation des charges d'intérêt général 100
B) Les limites de la signification du critère du contrôle étatique des ressources 107
Section II) Les limites déterminables 111
I) La définition de la notion d'instrument économique de la protection de l'environnement 112
A) Une catégorie issue de la science économique 112
B) Proposition d'une définition de la catégorie d'instrument économique pertinente en droit des aides d'État 116
II) L'utilité de la notion d'instrument économique en droit des aides d'État 121
A) La définition positive du champ du droit des aides d'État : l'inclusion partielle des instruments économiques 121
B) La définition négative du champ du droit des aides d'État : l'exclusion des instruments non économiques 126
1) Le « cadre réglementaire » des activités économiques exclu du champ de l'article 107 TFUE 126
2) La justification de l'exclusion du « cadre réglementaire » du champ du droit des aides d'État 131
Conclusion du Chapitre II 137
Conclusion du Titre I 139

Titre II) Les éléments subjectifs de la qualification des aides dans le domaine environnemental 141

Chapitre I) Les éléments subjectifs dans l'appréciation de la sélectivité 143
Section I) Les facteurs de la subjectivité 143
I) Les ambiguïtés de la jurisprudence 144
A) Les possibles glissements dans l'appréciation de la sélectivité 144
B) La contradiction entre la doctrine jurisprudentielle des effets et les éléments de la définition jurisprudentielle de la sélectivité 148
1) La doctrine jurisprudentielle des effets, facteur apparent d'exclusion des éléments intentionnels au stade de la qualification 148
2) La doctrine jurisprudentielle des effets, source réelle de contradictions dans la jurisprudence 150
II) Les apports de la doctrine 155
A) La divergence des auteurs quant à la portée de la doctrine des effets 155
B) Les problèmes conceptuels affectant les éléments ordonnançant le critère de sélectivité 159
Section II) La réalité de la subjectivité 162
I) Les étapes du raisonnement permettant la subjectivité 163
A) La subjectivité permise en amont de la justification par la nature ou l'économie 163
B) La subjectivité permise à l'occasion de la justification par la nature ou l'économie 169
II) La portée de l'intégration d'éléments subjectifs 173
A) L'introduction d'une dose de flexibilité dans la qualification de la mesure 173
B) Le renoncement à l'objectivité de la notion d'aide ? 181
Conclusion du Chapitre I 185

Chapitre II) Les éléments subjectifs sous la forme de présupposés 187
Section I) Les présupposés élaborés lors de l'appréciation de la condition de l'avantage 188
I) Le présupposé relatif à la nature de l'activité environnementale aidée 188
A) Le contexte de l'apparition du présupposé sur la nature de l'activité environnementale 188
B) La teneur du présupposé relatif à la nature de l'activité environnementale 192
II) Le présupposé relatif à l'imputation des coûts environnementaux 197
A) La normalité de l'imputation des coûts environnementaux, critère de définition de l'avantage 198
B) L'avantage apprécié de façon modulable grâce au présupposé 203
1) L'avantage réalisé par la substitution du présupposé à la réglementation nationale 203
2) L'avantage écarté de façon exceptionnelle par l'acceptation de la thèse de la compensation 209
Section II) Les présupposés relatifs à certains instruments économiques 214
I) Les présupposés relatifs aux taxes environnementales 215
A) Les définitions de la taxe environnementale au stade de la qualification 215
B) Les présupposés relatifs à la justification de la sélectivité des taxes environnementales 218
II) Les présupposés relatifs aux mécanismes d'échange de quotas d'émission 221
A) Le régime de délivrance du quota apprécié au moyen d'un présupposé 221
B) Un présupposé absent dans la jurisprudence antérieure 225
Conclusion du Chapitre II 231
Conclusion du Titre II 233

Partie II) La portée de l'application du droit des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement 235

Titre I) La coexistence d'un pouvoir d'encadrement et d'un pouvoir d'harmonisation dans le domaine environnemental 239

Chapitre I) La distinction du pouvoir d'encadrement et du pouvoir d'harmonisation 241
Section I) L'encadrement, un pouvoir d'autoriser certaines mesures environnementales 242
I) Les déterminants du pouvoir d'encadrement au regard des articles 107 et 108 TFUE 242
A) La base du pouvoir d'encadrement : le contrôle de l'application des exceptions à une règle prescriptive 242
B) L'effet du pouvoir d'encadrement : la soumission des États à des obligations de ne pas faire 247
II) L'impossibilité d'imposer des mesures environnementales communes par le pouvoir d'encadrement 253
A) L'exclusion des comparaisons entre les États membres 253

B) L'articulation entre le pouvoir d'encadrement et l'harmonisation pour la réalisation du marché intérieur 259
Section II) L'harmonisation, un pouvoir de définir des mesures environnementales communes 265
I) Les déterminants du pouvoir d'harmonisation 265
A) L'étendue du pouvoir d'harmonisation : la possibilité de régir toute la matière environnementale 266
B) Les effets de l'harmonisation : l'éviction relative des mesures nationales dans le domaine harmonisé 274
II) La subsistance des aides d'État malgré l'harmonisation 280
A) Les aides d'État dans le domaine environnemental non harmonisé 280
B) L'harmonisation, facteur de déclenchement du pouvoir d'encadrement 287
Conclusion du Chapitre I 295

Chapitre II) L'exercice du pouvoir d'encadrement dans le domaine harmonisé 297
Section I) L'exercice du pouvoir d'encadrement déterminé en fonction de l'opération d'imputation 298
I) L'imputation d'une mesure au législateur de l'Union, obstacle au pouvoir d'encadrement 298
A) Les effets de l'imputation suggérés par la Commission dans le contexte de l'élaboration de l'harmonisation environnementale 299
B) Les effets de l'imputation confirmés par le juge dans le contexte du droit des aides d'État 304
II) L'imputation d'une mesure au législateur de l'Union entendue strictement dans la pratique de la Commission 309
A) L'imputation admise en présence d'un choix de l'État membre 310
B) L'imputation admise pour les mesures partiellement indéterminées 315
1) Les aides d'État contenues dans les plans nationaux d'allocation des quotas d'émission de gaz à effet de serre 316
2) Les aides d'État engendrées par le système européen d'échange de quotas d'émission réformé 324
Section II) L'exercice du pouvoir d'encadrement complexifié par la présence de procédures d'autorisation dans le droit dérivé 331
I) Les procédures d'autorisation, source de concurrence entre le pouvoir d'harmonisation et le pouvoir d'encadrement 331
A) La procédure d'autorisation *ad hoc* d'exonérations de droits d'accises : le conflit entre les pouvoirs 331
B) La procédure d'autorisation des plans nationaux d'allocation des quotas d'émission de gaz à effet de serre : la confusion entre les pouvoirs 337
II) Les procédures d'autorisation devant le juge : l'approfondissement des relations entre le pouvoir d'encadrement et le pouvoir d'harmonisation 343
A) La question de la valeur juridique des prises de position nées dans le pouvoir d'harmonisation 343
1) La reconnaissance jurisprudentielle du caractère informel du contrôle des aides sur la base de la directive 2003/87 344
2) La position contraire du Tribunal dans l'affaire Alumine 350
B) La question de l'évolution des critères de l'imputation à la lumière de la jurisprudence hors du droit des aides d'État 356
1) L'opération d'imputation en matière de libertés de circulation et d'impositions intérieures... 356
2) La solution de la Cour dans l'arrêt Ouzo et la possible reconsidération des critères de l'imputation 361
Conclusion du Chapitre II 367
Conclusion du Titre I 369

Titre II) L'exercice extensif du pouvoir d'encadrement, source d'une quasi-harmonisation du domaine environnemental 371

Chapitre I) L'exercice extensif à l'origine d'une réglementation générale des politiques nationales de la protection de l'environnement 373
Section I) Les actes généraux issus de l'exercice du pouvoir d'encadrement dans le domaine environnemental 374
I) Les actes généraux issus d'une politique réglementaire ambivalente 374
A) L'ambivalence du recours aux actes atypiques 374

B) L'ambivalence du cumul des actes atypiques et du règlement d'exemption par catégories 380
1) L'évolution de la fonction des actes du droit des aides d'État 380
2) La fonction actuelle des actes du droit des aides d'État éclairée par leur régime juridique.....383
II) Les actes généraux, source d'une contrainte proche de l'harmonisation environnementale 387
A) La contrainte pesant sur les États membres souhaitant adopter des mesures environnementales nouvelles 387
B) La contrainte pesant sur les mesures environnementales existantes des États 394
Section II) La confusion des actes de l'encadrement et des actes de l'harmonisation dans le domaine environnemental 400
I) Le pouvoir d'encadrement, moyen de compléter le contenu de l'harmonisation environnementale .400
A) L'exemple des directives relatives à la promotion de l'énergie produite à partir de sources d'énergie renouvelables 400
B) L'exemple des directives relatives à l'harmonisation des droits d'accises sur les produits énergétiques et l'électricité 407
II) Le pouvoir d'encadrement, moyen de sanctionner l'harmonisation environnementale 414
A) L'obligation de tenir compte des directives environnementales dans l'exercice du pouvoir d'encadrement 414
B) La confusion pratique du manquement et du pouvoir d'encadrement 420
Conclusion du Chapitre I 427

Chapitre II) L'exercice extensif, outil de direction des politiques environnementales nationales . 429
Section I) Le discours politique sur les fins et les moyens des politiques environnementales nationales élaboré en droit des aides d'État 430
I) Le caractère rhétorique des références aux règles de la protection de l'environnement 431
A) Le caractère rhétorique de la référence à la clause de l'article 11 TFUE 431
B) Le caractère rhétorique de la référence au principe du pollueur-payeur 437
II) La dimension politique du recours à l'analyse économique 442
A) Les limites de la fonction technique de l'analyse économique en droit des aides d'État 442
B) L'analyse économique, outil de justification des choix politiques de la Commission.....448
Section II) Le contenu du régime juridique des politiques environnementales en droit des aides d'État 453
I) La traduction en termes juridiques de l'opportunité de la compatibilité des aides à l'environnement 454
A) L'opportunité de la compatibilité exprimée sous la forme d'un critère de nécessité.....454
B) L'opportunité, fonction de l'harmonisation environnementale 459
II) L'opportunité des exceptions considérée sous l'angle de la concurrence réglementaire environnementale dans l'Union.....465
A) La concurrence réglementaire environnementale, élément implicite de justification des dérogations prévues par la Commission 465
B) L'encadrement à la lumière de la concurrence environnementale : protection de l'environnement ou de la compétitivité des entreprises ? 471
Conclusion du Chapitre II 477
Conclusion du Titre II 479

Conclusion générale.....481

Annexe 487

Bibliographie générale.....491

Index 561

Table des matières 567

L'application du droit européen des aides d'État aux mesures de protection de l'environnement

Résumé

Les politiques de la protection de l'environnement des États membres de l'Union européenne donnent lieu généralement à des aides publiques. Elles tombent de ce fait sous le coup des règles des traités constitutifs de l'Union interdisant par principe les aides d'État et organisant leur contrôle. De l'application de ces règles émerge un cadre juridique autonome qui soumet les politiques de la protection de l'environnement au respect de la libre concurrence.

Le champ de ce cadre juridique dépend de la qualification des mesures de la protection de l'environnement au regard de la catégorie juridique d'aide d'État. Cette opération se réalise principalement au moyen d'éléments objectifs, certes imparfaits, mais révélant que seuls les instruments dits « économiques » de la protection de l'environnement sont soumis au contrôle des aides. La détermination précise du champ de la catégorie d'aide est toutefois hypothéquée par l'intervention périodique d'éléments subjectifs permettant aux institutions d'opérer des choix au stade de la qualification.

La portée de ce cadre juridique doit être appréciée en rapport avec la législation environnementale de l'Union. En théorie, cette dernière pourrait être la source d'une harmonisation des conditions de concurrence dans le marché intérieur. Néanmoins, en pratique, son contenu concret déclenche l'application du droit des aides d'État, engendrant des relations complexes et parfois conflictuelles entre ces deux strates de règles, tandis que l'exercice extensif par la Commission de son pouvoir de définition du régime juridique des aides d'État produit une quasi-harmonisation du domaine environnemental.

The application of European State aid law to environmental protection measures

Abstract

Environmental protection policies for European Union members usually create a need for public subsidies. They therefore fall within the scope of the rules of the founding treaties of the EU which prohibits state aid and organizes their control. In applying these rules an independent legal framework arises that subject the policies of the environmental protection to the open and free competition.

The scope of this legal framework depends on the qualification of the measures of environmental protection with regards to the legal concept of state aid. This qualification is based on objective criteria, which, though not perfect, concludes that only market-based instruments for environmental protection are relevant for the control of the subsidies. The precise determination of the scope of the category of aid is, however, superseeded by the regular intervention of subjective factors allowing the institutions to choose when it comes to qualification.

The impact of the legal framework needs to be considered against the environmental legislation of the EU. In theory this later could lead to harmonisation of competition in the internal market. In practice, however, its content triggers the law of state aid leading to a complex and sometimes conflicting relationship between those two sets of rules, while the discretionary exercise of the EU Commission's power for the definition of the legal regime leads to a quasi-harmonisation of the environmental sector.

Droit des aides d'État – Protection de l'environnement – Notion d'aide d'État – Instruments économiques – Qualification subjective – Théorie de l'encadrement – Marché intérieur – Harmonisation – Régime juridique de l'aide d'État – Rapports entre droit primaire et droit dérivé