Table ronde

AVEC > **FRANÇOIS-HENRI BRIARD**, AVOCAT AU CONSEIL D'ÉTAT ET À LA COUR DE CASSATION, **BLAISE-PHILIPPE CHAUMONT**, AVOCAT AU BARREAU DE PARIS, **NELLY DEVOUEZE**, DOCTEUR EN DROIT, **JEAN-PAUL HORDIES**, AVOCAT AUX BARREAUX DE BRUXELLES ET DE PARIS, MAÎTRE DE CONFÉRENCES À SCIENCES PO PARIS

3 LA RÉFORME DU CONTRÔLE DES AIDES D'ÉTAT

L'objectif de cette table ronde est d'apprécier la perception de la réforme en matière d'aides d'État par les autorités françaises, l'Union européenne s'engageant depuis quelques mois dans la plus importante réforme consacrée à cette matière. Francois-Henri Briard, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Blaise-Philippe Chaumont, Avocat au Barreau de Paris et ancien Directeur de cabinet de Valérie Pécresse, Nelly Devoueze, Docteur en droit, Jean-Paul Hordies, Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris, Maître de conférences à Sciences Po Paris, reviendront sur les axes que cette réforme se propose de suivre et sur ce que les États membres, et la République française en particulier, vont devoir prendre en compte comme évolutions.

SciencesPo. | École de Droit

CDE : L'Union européenne est engagée dans une réforme du régime des aides d'État. Quelle est son origine ?

Jean-Paul Hordies : Nous allons discuter à quatre de la réforme des aides d'État. L'objectif est d'examiner comment la réforme en matière d'aides d'État va être perçue par les autorités françaises sachant que l'Union européenne s'engage depuis quelques mois dans la plus importante réforme consacrée à cette matière. Les axes que cette réforme se propose de suivre et en quoi les États membres, et l'État français en particulier, vont devoir prendre en compte un certain nombre d'évolutions sont les principales questions à aborder.

La première chose que l'on peut dire est que la Commission européenne a proposé une réforme qui s'est inscrite dans la logique de celle de 2004. En 2004 est publié un règlement dont le principal objectif était de renvoyer aux autorités nationales de concurrence les dossiers qui ne présentaient pas une dimension communautaire suffisante. Je dis « communautaire » parce nous étions en 2004 donc avant le Traité de Lisbonne.

Depuis 2004, il y a donc abandon de la notification obligatoire des accords potentiellement restrictifs de concurrence et le renvoi quasi-systématique des dossiers vers les autorités nationales de concurrence lorsque la dimension européenne, qui est fixée selon un certain nombre de critères, n'est pas rencontrée. À cela s'ajoutent une volonté de simplification et la responsabilisation des entreprises, qui doivent faire la police de leurs propres accords.

CDE : Quelle logique de réforme est proposée en 2014 ?

J.-P. H. : L'axe de la réforme des aides d'État en 2014 suit un peu la même logique. La Commission constate que la matière des aides d'État a supplanté en volume le travail de la Direction générale de la concurrence de la Commission. Il y avait avant plus de dossiers en matière d'anti-trust, d'abus de position dominante et de concentration qu'il n'y avait de dossiers ouverts en matière d'aides d'État. La tendance s'est complètement inversée. La crise est une explication mais ce n'est pas la seule. Il y a une chute du nombre de concentrations en Europe, pour les raisons que vous imaginez et une volonté des États d'intervenir davantage à la vie économique pour des raisons de politique économique qu'ils entendent conduire notamment en raison de la crise. Cela conduit à une augmentation significative des dossiers en matière d'aides d'État.

CDE : Quels éléments statistiques sont à retenir ?

J.-P. H. : Les statistiques 2012 montrent que 62 % des dossiers qui aboutissent entre les mains de Direction générale de la concurrence à Bruxelles relèvent de la matière des aides d'État, donc c'est considérable.

Un deuxième élément statistique est régulièrement rappelé. Nicolas Pesaresi, responsable politique du contrôle des aides d'État à Bruxelles, a précisé, dans un colloque récent à Bruxelles que la France est malheureusement l'un des « mauvais élèves » de l'Union. Il nous apprend que le règlement général d'exemptions collectives en matière de contrôle des aides d'État est utilisé de plus en plus par la plupart des États membres sauf la France. C'est assez préoccupant de constater que la France notifie globalement trop peu de dossiers qui doivent l'être,

^ **Jean-Paul Hordies**
avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris, maître de conférences à Sciences Po Paris.

pour des raisons de politique économique, de résistance – c'est ce que nous allons regarder ensemble tout à l'heure. En ne notifiant pas, on ne réfléchit pas à bénéficier des exemptions prévues par le règlement général sur les exemptions collectives, voir le règlement des *minimis* qui vient d'être modifié.

Pourtant, on constate, lorsque la France notifie, que 70 % des dossiers se passent bien, tous secteurs confondus, avec des pics spectaculaires. Par exemple dans un domaine qui est très sensible en France, à savoir les aides d'État dans le secteur de l'audiovisuel et du cinéma, le taux passe de 70 à 98 %. J'ai récemment analysé toutes les décisions en matière d'aides d'État qui concernent la France dans les deux secteurs que je viens de citer depuis 2005. Il y en a une quarantaine. J'ai trouvé une seule décision négative. Toutes les autres sont positives. Cela illustre parfaitement que tout se passe bien quand on notifie et que l'État membre concerné respecte les règles procédurales. Je ne le soulignerai jamais assez : il y a des gens remarquablement compétents au Secrétariat général aux affaires européennes (SGAE). Les choses se passent alors mieux, voire très bien, lorsque le travail et la préparation du dossier par le SGAE sont faits. Il n'y a absolument pas de raisons de craindre le contrôle des aides d'État contrairement à ce qu'on peut lire et ce qu'on entend dans la bouche de certains hommes politiques.

CDE : Quels sont les axes de la réforme ?

J.-P. H. : Quand on regarde l'approche de la Commission européenne, on constate que la Commission veut simplifier les règles en matière de notification pour alléger le travail des États.

Ensuite, la Commission propose de se concentrer sur les dossiers qui ont une véritable dimension européenne.

Création visuelle : Eliott-Markus.com

Pour ce faire elle a modifié le règlement des *minimis*, qui permet aux aides qui ne franchissent pas le seuil des 200 000 € de ne pas être notifiées. La Commission n'a pas touché au seuil, mais elle a étendu le type de situation et les secteurs qui peuvent bénéficier de cette règle. Par exemple, les entreprises en difficulté ne pouvaient pas bénéficier du précédent règlement *de minimis*.

Elles peuvent aujourd'hui et ce nouveau règlement est entré en vigueur depuis le 1er janvier 2014.

Ensuite, la Commission s'attaque au règlement général d'exemption par catégorie, un règlement fondamental dans cette matière. Elle propose également, au niveau de l'intensité de l'aide, de relever certains seuils. Par exemple en matière de recherche et de développement, le seuil en dessous duquel il ne fallait pas notifier était de 10 millions, il passe à 20. On peut prendre plusieurs exemples où les seuils sont modifiés à la hausse par exemple en matière d'innovation technique, en matière de financement du risque, etc. En matière de culture et de cinéma, on peut même aller jusqu'à 160 % du montant de l'aide, en ce qui concerne les obligations de territorialisation des dépenses, ce qui n'était pas possible avant.

Il y a donc une volonté d'élargissement des exemptions et de simplification. L'extension et le relèvement des seuils s'accompagnent d'une autre extension, que je qualifierais d'horizontale par rapport à l'extension verticale qui prend les seuils comme critères. Elle s'étend vers des secteurs qui n'étaient pas précédemment couverts par une exemption possible. Tout ceci est très bien parce que le choix de la Commission est de permettre à un plus grand nombre de mesures de ne pas subir l'obligation de notification, et en soi, cela montre une grande flexibilité et une approche positive de la Commission.

Évidemment, cela s'accompagne de mesures qui sont de trois ordres, et qui vont poser un certain nombre de problèmes pratiques à l'Administration française comme à chaque État membre. D'abord, la Commission souhaite plus de transparence et invite donc les États à publier le nom des bénéficiaires des aides, le montant de l'aide accordée et la mise en concurrence qu'il convient d'assurer, à travers un registre qui sera public et donc accessible ; ensuite, une procédure *ex-post* pour regarder en pratique ce qui a été fait ; et, enfin, un rapport de l'État pour procéder à une véritable évaluation de la pertinence de l'aide.

CDE : Quel premier bilan en tirez-vous ?

J.-P. H. : Je trouve que c'est une bonne réforme. On va donc d'un contrôle de type administratif préalable – notification, qualification de l'aide, compatibilité –, qui reste intact pour l'essentiel, à un assouplissement de toutes ces règles, pour les secteurs exemptés, et à une analyse *a posteriori*. Par exemple, le Gouvernement souhaite soutenir une entreprise, une compagnie maritime, tout en reconnaissant postérieurement que certaines aides n'étaient pas pertinentes. La Commission se demande alors pourquoi l'État qui subsidie l'entreprise ne viendrait pas lui expliquer un an après le résultat économique du subside, avec une évaluation positive – ce qu' a permis le développement de tel secteur, des investissements, etc. –, ou une évaluation négative – en montrant en quoi le subside s'est révélé non pertinent, et dans ce cas demander non pas le remboursement des aides, mais de stopper pour l'avenir les mesures d'aides.

Voilà les axes principaux de la réforme. Son volume est assez important car cette réforme s'accompagne de l'adoption d'un grand nombre de textes. Certains sont déjà adoptés à l'heure où nous parlons dont les aides au secteur du haut débit en matière de nouvelles technologies, l'élargissement de la possibilité de soutenir les régions, l'encadrement de façon plus souple des crédits à l'exportation, l'amélioration du règlement de procédure et l'adoption d'une nouvelle communication sur le cinéma assouplissant les règles de territorialisation des dépenses. En cours de révision, il y a le texte sur le sauvetage d'entreprises et leur restructuration, et surtout celui relatif à ce que l'on vient d'évoquer, à savoir l'évaluation. Les prochains textes concernent la recherche et le développement, l'environnement et l'énergie. Est déjà entré en vigueur le texte sur les règles *de minimis*. Arrivent aussi pratiquement en fin de parcours du processus législatif le règlement général d'exemption par catégorie, le financement du risque et le texte sur l'aviation. Joaquín Almunia, vice-président de la Commission européenne et commissaire chargé de la Concurrence, s'est prononcé notamment sur les dossiers concernant les aides aux aéroports régionaux, qui défrayent la chronique aujourd'hui en Belgique, et qui offriront une base de jurisprudence pour la France et tous les pays de l'Union européenne.

On peut saluer positivement cette réforme en cours puisqu'elle assouplie, simplifie et clarifie, et qu'on complète ce qui est préventif par une analyse *ex-post*. L'objectif de ce débat est de pouvoir vous interroger, sur la manière dont vous pouvez réceptionner cette tendance, notamment de l'intérieur de l'Administration française, où maître Chaumont a longtemps travaillé. Le professeur Devoueze, dans le chef des publicistes, des administrativistes ou internationalistes, nous donnera son sentiment sur la réception de ces concepts, puis maître Briard nous dira comment la réforme s'inscrit dans l'approche du Conseil d'État lorsqu'il est appelé à se prononcer sur des dossiers d'aides. Dans un dossier de transport, le Conseil d'État a été appelé à se prononcer sur des subsides au transport en commun, qui n'ont pas été notifiés. En première instance, en appel et devant le Conseil d'État, la sanction a été sévère : les subsides ont été déclarés illégaux parce que non notifiés. La Commission n'est pas intervenue à ce stade dans ce dossier malgré une plainte d'un autocariste. Pourtant, en première instance, en appel et devant le Conseil d'État, à chaque stade de la procédure, la juridiction nationale se prononce sur la notion d'aide, ce qu'elle peut faire, parce qu'elle doit pouvoir se demander s'il y a *a priori* aide, et donc obligation de notification pour se prononcer. Cela étant, elle ne peut pas se prononcer sur certains critères constitutifs de l'aide, car cela relève de la seule compétence de la Commission européenne, avec pour conséquence que la démarcation entre ce que peut faire une juridiction nationale et la Commission va toujours jouer en faveur de la Commission. Donc le Conseil d'État, et avant lui le tribunal administratif ou la cour d'appel, peuvent se prononcer sur une mesure qualifiée en droit national d'aide, pour se voir disqualifiés par la Commission, qui va dire ultérieurement

qu'il n'y avait pas d'aide. C'est une situation techniquement possible et elle est parfaitement décrite par l'avocat général Jacobs. La Commission européenne n'est en rien tenue de ce que le juge national décide à cet égard. Ce n'est pas encore tout à fait perçu comme tel en France. Avec ce paradoxe qui est que le juge national n'en fait souvent pas assez, et là, on a presque l'impression qu'il en fait trop puisqu'il va au-delà de ce qu'on lui demande de faire. Comment va-t-il alors percevoir une réforme qui assouplit les règles, avec donc peut-être la tentation pour le juge national de voir sa compétence accrue, parce que celle de la Commission par hypothèse se réduit, alors que la démarcation reste totale et entière, car ce processus que je viens de décrire appartient exclusivement à la Commission et à elle seule ?

Je vais maintenant demander à maître Chaumont comment il a vécu, en tant que directeur de cabinet du ministre du Budget, les dossiers appelés à être notifiés.

CDE : Comment ces questions relatives aux aides d'État sont-elles traitées par l'Administration ?

Blaise-Philippe Chaumont : Merci pour cette présentation. Avant de commenter la réforme *stricto sensu* je voudrais, pour commencer, dresser un panorama de la manière dont ces questions sont traitées par l'Administration. Mon expérience est pour l'essentiel une expérience des matières fiscales, et un peu au-delà celle du point de vue du ministère de l'Économie et des Finances. Elle ne reflète donc pas forcément le point de vue de l'ensemble des administrations d'État.

Je crois que l'on a, dans les services de l'Administration, des équipes compétentes et une mécanique assez bien rodée sur ces sujets d'aides d'État. Tout cela fonctionne globalement de manière assez efficace, mais laisse place parfois à certains ratés.

Dans l'Administration, les personnes qui ont des compétences en matière d'aides d'État se trouvent d'abord dans les directions des ministères chargées de l'élaboration de mesures législatives ou réglementaires, et particulièrement ceux qui en font souvent. À titre d'exemple, la Direction de la législation fiscale élabore les dispositions fiscales qui peuvent régulièrement poser des questions relatives au régime des aides d'État. Il y a, au sein du bureau de coordination de cette direction, des équipes qui maîtrisent parfaitement ces sujets, qui ont un vrai savoir-faire, une expérience et un suivi extrêmement précis de ces questions. *A contrario*, les directions qui sont amenées de façon plus ponctuelle à intervenir sur des domaines pouvant relever des aides d'État s'appuient en général sur les compétences de la direction juridique de leur ministère.

À l'échelon interministériel, il y a également des compétences en matière d'aides d'État au secrétariat général du Gouvernement et au Conseil d'État, agissant en tant que Conseil du Gouvernement, ces institutions intervenant sur l'ensemble des textes législatifs qui sont présentés par le Gouvernement. En plus d'un premier filtre dans les ministères, il y a donc un deuxième filtre qui intervient de façon systématique dans le processus d'élaboration des projets de lois présentés par le Gouvernement. On y trouve des experts qui maîtrisent parfaitement ces sujets et peuvent jouer un rôle d'alerte et/ou de conseil.

Blaise-Philippe Chaumont

Avocat, spécialisé dans les fusions & acquisitions et la fiscalité. Il a exercé plus de 10 ans au ministère de l'Économie et des Finances, notamment en tant que responsable de la négociation des conventions fiscales internationales et dans diverses fonctions au cabinet des ministres : conseiller pour la politique fiscale de M^me^ Christine Lagarde et de M. Eric Woerth, directeur-adjoint de cabinet de M. François Baroin et directeur de cabinet de M^me^ Valérie Pécresse. Blaise Philippe Chaumont a également travaillé comme banquier à Londres à la BERD (Banque européenne de reconstruction et de développement). Blaise Philippe Chaumont est diplômé de l'Institut d'Etudes politiques de Paris, ancien élève de l'École Nationale d'Administration et diplômé du DESS Droit des Affaires - DJCE de l'université de Cergy.

Un dernier pôle de compétence est celui du SGAE, le service interministériel en charge des questions communautaires, qui gère la relation avec la Commission européenne dans tous les dossiers de notification. Il y a aussi ici de fortes compétences mais l'intervention du SGAE dans le processus d'élaboration des textes législatifs et réglementaires n'est pas systématique : c'est sur demande de Matignon que le SGAE peut être amené à intervenir sur un dossier ou à donner son expertise, mais il n'est pas toujours saisi.

L'ensemble des services que je viens de décrire a aujourd'hui une conscience extrêmement vive des enjeux qui s'attachent aux questions d'aides d'État, notamment parce qu'ils ont eu à vivre un certain nombre d'expériences douloureuses. Je pense par exemple à un dossier qui a été très délicat à gérer : le dispositif fiscal de l'article 44 *septies* du Code général des impôts. Ce dispositif permettait à des sociétés constituées pour le rachat d'entreprises en difficulté de bénéficier d'exemptions fiscales, ce qui a été jugé par la Commission comme incompatible le 16 décembre 2003 *(IP/03/1738)*. Cette décision a ensuite donné lieu à une procédure devant la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), qui a confirmé la position de la Commission. Il a alors fallu au terme de très longues années de procédures, aller récupérer les aides auprès de cent trente entreprises. Certaines avaient bien redémarré

Création visuelle : Eliott-Markus.com

après avoir reçu leurs aides, mais la plupart étaient encore extrêmement fragiles, et la récupération de l'aide a, dans certaines situations, précipité les entreprises vers la faillite. La pression de la Commission était très forte puisqu'elle voulait à tout prix que la France exécute les décisions prises. En même temps la réticence des autorités françaises, nationales et locales était elle aussi très forte devant les difficultés que cette récupération pouvait créer pour les entreprises concernées, et son impact dans les territoires où étaient implantées les entreprises en termes d'emploi ou d'activité économique, de sorte que le dossier prenait une forte dimension politique locale. Je cite cette expérience car elle a montré que quand un dispositif n'est pas maîtrisé et on se retrouve dans une situation où on doit récupérer les aides, on place les autorités nationales, administratives et politiques, dans des situations difficiles. Ce type d'expérience accroît la vigilance des services de l'Administration et des autorités politiques.

Quand ces services interviennent, ils ont un rôle de garde-fou et de conseil. Ils ne se contentent pas seulement de renvoyer le dossier aux initiateurs de la mesure, mais ils aident les administrations qui en sont à l'origine à adapter les dispositifs aux exigences du droit communautaire, ce qui conduit soit à les modifier, soit à le laisser en l'état, mais à le notifier. Ce sont des choses de plus en plus fréquentes aujourd'hui.

CDE : Pouvez-vous nous donner un exemple ?

B.-P. C. : Un exemple que j'ai trouvé intéressant est la loi de finance pour 2013 *(L. n° 2013-1279, 29 déc. 2013 de finances rectificative pour 2013 : JO 30 déc. 2013, p. 21910)* où figure un dispositif fiscal intelligent de soutien des investissements dans le capital risque, qui permet à des entreprises investissant dans des petites et moyennes entreprises (PME) innovantes d'amortir le capital qu'elles investissent. Aujourd'hui une entreprise qui investit dans une PME innovante ne reçoit aucune aide ni aucun avantage fiscal immédiat, mais elle bénéficiera d'un avantage fiscal important, si tout se passe bien, avec l'exonération de ses plus-values lorsqu'elle cédera sa participation cinq ou dix ans plus tard. Le nouveau dispositif inverse cette logique en accordant le soutien de l'État lorsque l'investissement est réalisé, sous la forme d'un amortissement du capital investi déductible du bénéfice imposable. En contrepartie, si l'aventure est un succès, l'État récupère cet avantage en n'exonérant pas totalement les plus-values de sortie. Ce système était susceptible de poser des problèmes en matière d'aides d'État. La loi a donc expressément prévu, dans le dernier alinéa de l'article 15 de la loi de finance 2013, je cite :

« *II. – Le présent article s'applique aux sommes versées à compter d'une date fixée par décret, qui ne peut être postérieure de plus de six mois à la date de réception par le Gouvernement de la réponse de la Commission européenne permettant de considérer le dispositif législatif lui ayant été notifié comme étant conforme au droit de l'Union européenne en matière d'aides d'État* ».

Nous avons donc un dispositif législatif qui, parce qu'il est passé au filtre des différentes entités que j'ai citées, a été adopté par le Parlement sous condition d'accord de la Commission européenne. Il y a dix ans, un tel vote conditionnel d'une mesure au Parlement n'était pas envisageable.

En résumé, il y a dans l'Administration des personnes très compétentes sur ces questions d'aides d'État et le schéma législatif est fait de telle sorte que ces personnes sont normalement amenées à voir les textes et à exercer leur rôle de vigilance, de conseil et d'alerte. Globalement, cela fonctionne. J'en veux pour preuve que, comme maître Hordies le soulignait, la France lorsqu'elle notifie des aides a un taux de succès élevé auprès de la Commission.

CDE : Malgré cela, il y a des ratés et c'est peut-être pour cette raison que la France est identifiée comme un mauvais élève. Quelles sont les origines de ces ratés ?

B.-P. C. : La première origine est le stock législatif. La conscience de ces enjeux a été fortement croissante au cours de ces dix dernières années, mais il y a dans le stock législatif une série de dispositifs qui ne sont pas passés par ces filtres et qui sont potentiellement exposés au risque de non-conformité au droit communautaire.

Deuxième origine, les amendements au Parlement, d'origine parlementaire ou gouvernementale, qui échappent totalement aux filtres du secrétariat général du Gouvernement et du Conseil d'État et parfois aux filtres des personnes compétentes dans les directions. Ces textes se retrouvent dans la loi de manière pas toujours maîtrisée et peuvent poser des difficultés. Les parlementaires peuvent, pour défendre une situation particulière dans leur circonscription, être amenés à proposer des dispositifs d'aides, et obtenir qu'ils soient votés sans qu'ils aient fait l'objet d'une expertise préalable approfondie. Or ceux-ci sont susceptibles de poser problème.

Il peut aussi y avoir des ratés par négligence, parce que par exemple personne n'a pensé qu'un sujet pouvait poser problème en matière d'aides d'État ou l'analyse a été faite trop rapidement, mais c'est moins fréquent.

Il peut enfin y avoir des ratés qui ne sont pas tout à fait des ratés, mais des décisions volontaires et de nature politique. Il arrive ainsi qu'en dépit d'une potentielle difficulté d'aides d'État dans un dispositif identifiée par les services, la décision soit prise par les cabinets ministériels, les ministres ou même au plus haut niveau, de passer en force, soit parce qu'on estime que le risque est relativement faible, soit parce que, même si le risque est élevé, on considère qu'il y a des impératifs politiques. On sacrifie aux impératifs politiques du moment sans toujours bien maîtriser les conséquences à moyen ou long terme d'une telle décision. Un exemple en matière fiscal : suite à l'adoption des lois de finance en fin d'année, les directions de Bercy remontent vers février-mars une note au cabinet identifiant les dispositifs adoptés à l'automne et susceptibles de donner lieu à notification. Elles demandent alors au cabinet s'il faut notifier. La réponse du cabinet n'est pas toujours que tout doit être notifié...

CDE : C'est donc une question d'opportunité ?

J.-P. H. : Cette matière implique incontestablement une analyse d'opportunité par rapport à une mesure économique. Mais avant cela, il y a un prémisse purement juridique qui

consiste à rappeler que le principe c'est la prohibition. Celle-ci s'accompagne d'une règle intangible qui est l'obligation de notification, et il y a ensuite des exceptions. En France, alors qu'on est dans un pays à tradition légaliste, on s'acharne souvent à ignorer les deux principes que je viens de rappeler pour se réfugier dans la zone potentielle des exceptions. Cette démarche est juridiquement bancale. Mais même quand on se situe dans l'environnement des exceptions, Nicolas Pesaresi écrit, en décembre dernier, que « le nouveau règlement général des exceptions collectives est la clef de voûte de l'initiative de la Commission » et que « ce règlement est déjà très utilisé par les États membres, sauf la France ».

J'aperçois ici une véritable contradiction. Outre le fait qu'on puisse s'interroger sur l'ignorance ou plutôt la non-application volontaire de règles qui sont à la fois connues et maîtrisées, je rappelle alors deux réalités fondamentales. La première est que depuis 1957, date du premier traité, jamais la France, l'Angleterre, l'Allemagne ou encore l'Espagne n'ont demandé la modification de ce régime. Si on veut se battre contre le contrôle des aides d'État, c'est à l'occasion de la modification des traités qu'il faut le faire.

Par ailleurs, en France, on peut lire tous les jours dans la presse qu'il n'y a pas de politique industrielle en Europe, première erreur d'appréciation me semble-t-il ; et ensuite, si la dimension industrielle est abordée, elle ne l'est qu'à travers le contrôle des aides d'État. À mon avis, ce sont deux erreurs graves qui contribuent à obscurcir le débat pour les citoyens français.

Sur le fait qu'il n'y ait pas de politique industrielle en Europe, il faut inlassablement rappeler que le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) comporte depuis 2009 une nouvelle disposition, après les compétences exclusives et les compétences partagées, qui vise les compétences d'appui de l'Union. Dans ce domaine, l'Union ne peut plus rien faire de contraignant juridiquement. Elle ne peut plus harmoniser, adopter des directives et des règlements. Ces compétences limitées se situent principalement dans trois secteurs : la santé, la culture et la politique industrielle. La volonté des États en 2007 lors des négociations, puis en 2009 lors de l'entrée en vigueur, a été claire et portée volontairement par la France et par l'Allemagne : la politique industrielle doit être nationale et ne peut pas être européenne. Comment accepter aujourd'hui d'entendre dire tous les jours qu'il n'y a pas de politique industrielle alors que les États n'en ont pas voulu ?

Ensuite, Joaquín Almunia, répondant aux attaques systématiques venant de France, sur les « talibans du droit » à Bruxelles, est obligé de rappeler régulièrement qu'il est le premier à regretter de ne pouvoir aborder certaines questions de politique industrielle, de redressement de tel secteur, d'accompagnement dans des restructurations difficiles de secteurs particuliers atteints, qu'à travers le contrôle des aides d'État, puisqu'on a privé l'Union européenne d'une autre compétence de marché pour le faire. Il rappelle aussi que lorsque les dossiers sont convenablement étudiés et présentés, – et nous venons de dire que le SGAE est parfaitement bien équipé pour le faire –, il appartient uniquement aux responsables politiques de donner l'impulsion nécessaire pour que ces textes soient appliqués, connus et respectés. Nous aboutirons alors à quelque chose d'équilibré, qui est le taux de succès que l'on connaît dans un dossier bien préparé, et donc notifié, et donc négocié intelligemment avec la Commission.

Je n'arrive pas à comprendre, et je viens de le vivre pour des collectivités locales, pourquoi vingt-sept destinataires d'emails, doivent intervenir, pour aboutir à ce qu'on appelle la note des autorités françaises (NAF) à la Commission. Ils doivent se prononcer, après sept rappels, deux délais acceptés et trois ans et demi de procédure avant que, factuellement la Commission soit en mesure de dire s'il y a aide ou non. C'est consternant.

CDE : Y a-t-il une réelle volonté d'ignorer les règles de notification ?

B.-P. C. : Je voudrais réagir sur deux points à cette intervention.

En premier lieu, il ne faut pas que quelques exceptions, où des décisions sont prises volontairement d'ignorer l'obligation de notification, masquent la très grande généralité des cas, dans lesquels les procédures sont respectées et le choix est fait d'adapter des dispositifs pour essayer de remplir les exigences du droit communautaire, sachant que dans ces domaines, ce n'est pas toujours totalement noir ou totalement blanc. On est souvent dans des zones grises où il y a forcément une part d'évaluation du risque et de la nécessité de notifier ou non un dispositif. Les cas de non-application volontaire sont quand même très rares.

Ma seconde remarque, qui relève un peu plus de la sociologie politique, est liée à l'expérience de l'Administration et des politiques dans les discussions avec la Commission européenne sur ces problématiques d'aides d'État. Elle n'est souvent pas aussi idyllique que celle que maître Hordies vient de décrire. Même les Européens les plus convaincus, dont je fais partie, ont parfois été confrontés à des situations où on a le sentiment, vu de Paris, que les décisions de la Commission sont intégralement entre les mains des technocrates, avec un très faible impact de l'intervention politique. Régulièrement des démarches sont entreprises à haut niveau, auprès des commissaires, pour appeler l'attention sur certaines situations, pour sensibiliser ces commissaires à la dimension politique d'un problème. Dans l'immense majorité des cas, ces démarches ne servent à rien car la décision est prise à un échelon purement administratif. À tort ou à raison. Je ne doute pas que les technocrates fassent une application rigoureuse et pertinente des règles de droit qu'ils sont là pour faire appliquer, mais il y a des conceptions différentes. En France, les politiques ont une conception de leur rôle qui laisse plus de part à l'appréciation et à l'opportunité. Ils ont des contraintes de calendrier qui leur sont propres, différentes de celles de Bruxelles. Vu de Paris, on n'a alors pas le sentiment qu'à Bruxelles il y ait la même approche : la discussion est plus technocratique, l'impact des décisions sur le terrain est moins valorisé dans la décision, et les échelles de temps ne sont pas toujours les mêmes.

Je veux maintenant compléter mon propos avec deux remarques très brèves sur la réforme du contrôle des aides d'État proposée.

Création visuelle : Eliott-Markus.com

Tout d'abord, un élément positif est que le système d'enregistrement et de transparence systématique va avoir pour effet de renforcer la position du SGAE vis-à-vis des autres branches de l'Administration. En rendant son intervention plus systématique, la réforme permettra probablement d'assurer au sein de l'Administration française une veille plus efficace. Là où le SGAE n'est pas forcément impliqué dans les circuits, parce qu'on ne l'a pas consulté ou que la disposition n'est pas de nature législative, le fait d'avoir un suivi centralisé va aider à veiller à l'application du droit communautaire et éviter par conséquent de se retrouver dans des positions délicates par la suite.

Ma deuxième remarque est un peu moins positive. En apparence, le souci de transparence et l'allégement des procédures *a priori* au profit d'un contrôle *a posteriori* devrait rendre les choses beaucoup plus simples. Mais en réalité cela ne va pas alléger les obligations administratives. Au contraire, le suivi administratif rendu nécessaire par cette réforme me paraît plus lourd qu'il ne l'était. La réforme va plutôt augmenter le volume de paperasserie, ce qui risque d'être mal vécu par certains services ou décisionnaires. Le processus d'évaluation est très bien et il faut se féliciter bien sûr de l'évaluation systématique des politiques publiques. Je pressens néanmoins que les pouvoirs publics auront une aptitude limitée à l'autocritique et du mal à avouer qu'une aide accordée était, finalement, inefficace. Quand bien même les administrations ou les décisionnaires le pensent, ils préfèreront expliquer que leur système est bon et laisseront le soin à la Commission, aux « technocrates de Bruxelles », de le juger mauvais. C'est un problème de fond de la politique française : on préfère laisser les mauvaises nouvelles à la Commission, quand bien même on partage son avis.

J.-P. H. : Je vais nuancer ce que maître Chaumont vient de dire sur un point. Il sous-estime la capacité d'influence politique de la France. Dans le secteur de l'audiovisuel, lorsque les grandes chaînes généralistes françaises, de droit privé, se plaignent d'une taxe compensatoire des pertes de recettes publicitaires liées à la décision du Président de la République de l'époque, de retirer les publicités commerciales en prime time sur les chaînes publiques, la commission Copé, mise sur pied pour évaluer cette future taxe, écrit noir sur blanc dans un rapport à l'Assemblée nationale, que faire financer des pertes du secteur public par une taxe prélevée sur le chiffre d'affaires du secteur privé (cette méthode inédite ailleurs en Europe) « risque de poser des problèmes à Bruxelles ». Alors Matignon et l'Élysée multiplient les démarches et, dans ce secteur extrêmement sensible, l'instrument qui a été choisi a été très simple, mais on montre bien par-là que c'est un faux nez : on affirme que cette taxe compensatoire est en réalité une taxe non-affectée. Cette manne financière est prélevée, apportée au budget général de l'État alors qu'il n'y a pas de texte qui affecte la recette à la destination supposée qui consiste à renflouer les caisses des chaînes publiques. Le moyen choisi est habile, tout le monde a compris que c'est un subterfuge, mais la Commission doit constater que l'exigence de la Cour, qui est de montrer le lien d'affection, n'est pas remplie.

Soyons clair, au-delà des concepts juridiques, au-delà des moyens plus ou moins habiles, faire financer une partie du secteur public par un prélèvement sur les résultats du secteur privé concurrent, c'est quelque chose qui ne peut pas et ne devrait pas fonctionner.

B.-P. C. : On quitte le domaine du droit pour entrer dans celui de la morale. Il n'est pas interdit d'être habile. La position française était correcte en droit.

J.-P. H. : C'est exact mais il est mieux d'être légaliste et de prendre en compte l'obligation de coopération loyale entre les États membres et l'Unions européenne, prévue par les Traités.

Comment un enseignant de droit public en France appréhende l'ouverture ou la réticence de ces concepts très internationalistes, qui ne charrient pas des notions de droit public ou de droit civil français ? J'en ai pour preuve que le juge français Bonichot, dans un récent colloque à Bruxelles, ouvre son exposé en disant : « pour moi, juriste formé au droit public et administratif français, je constate que pour beaucoup de juristes, appliquer le droit de l'Union européenne reste un choc culturel ».

CDE : Que pensez-vous, Nelly Devoueze, de cette approche ?

Nelly Devoueze : Une approche globale de la réception du droit de l'Union européenne, qui est au sens large du droit international, me semble nécessaire et je donnerai à ce titre des exemples qui ne relèvent pas spécifiquement du domaine des aides d'État, mais qui me paraissent significatifs de l'attitude française et des acteurs que sont le Gouvernement et le Parlement, dans leur rôle d'adoption et d'intégration des normes internationales, mais aussi l'Université, qui a un rôle à jouer dans l'appréhension du droit européen et international.

Je trouve intéressant que vous ayez souligné le rôle de la France au niveau international. La France est probablement le seul État au monde à être à la fois membre permanent du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies (ONU), à faire partie des États fondateurs et leader au sein de l'Union européenne, à avoir un rôle important au sein de l'OTAN, et à intervenir dans le monde entier par le biais de la francophonie et en conséquence de son passé colonialiste. Ce rôle unique au sein des institutions et des organisations internationales devrait faire de la France un État à la pointe de l'intégration du droit international. Pourtant, ce n'est pas le cas et nous en sommes même très loin.

CDE : Comment réagit la France face au droit international ?

N. D. : Je prendrai deux exemples qui traduisent deux réactions de la France vis-à-vis du droit international.

Le premier montre que la France tend à considérer que le droit international reste un droit qui porte atteinte à la souveraineté nationale. L'autre permet de constater comment le droit européen peut être manipulé afin de devenir une sorte d'alibi pour les politiques nationales.

Pour ce qui est de la vision attentatoire à la souveraineté nationale, l'exemple du statut de la Cour pénale internationale (CPI) est particulièrement intéressant. La loi portant adaptation du Statut de Rome en droit interne a été adoptée le 9 août 2010. On constate donc déjà une importante réticence temporelle. Le Statut de Rome a en effet été adopté le 17 juillet 1998 et est entré en vigueur dès 2002. La France a donc adopté son droit interne douze ans après l'adoption du Statut et huit ans après son entrée en vigueur. Si l'on s'intéresse au cheminement du projet de loi, l'on constate qu'il est resté tout en bas de la pile des projets de lois pendant des années.

Au-delà de la réticence temporelle, dont l'impact contentieux peut être relativisé dans la mesure où peu de procès auraient pu être initiés en France pendant cette période, les nombreuses réticences sur le fond s'avèrent beaucoup plus problématiques. Ces réticences traduisent une volonté de ne pas se conformer à un Traité que la France a pourtant signé et ratifié et dont elle aime à rappeler qu'elle fut l'un des États moteurs dans son adoption. Beaucoup d'aspects dans la loi d'adaptation sont contraires au Statut de Rome. C'est le cas notamment de la définition des crimes. La France a adopté des définitions qui diffèrent parfois sensiblement de celles du Statut et qui sont contraires aux traités antérieurs, notamment aux Conventions de Genève. Ainsi, la définition des crimes de guerre est contraire à la tendance internationale, portée par les juridictions internationales pénales, qui est de ne pas hiérarchiser les crimes internationaux. La France distingue pourtant dans le Code pénal les délits de guerre des crimes de guerre, ce qui a un impact important, notamment en termes de peines et de délais de prescription.

Un autre aspect, fondamental, est relatif à la compétence des juridictions nationales. Le Statut de Rome n'a pas vocation à faire de la CPI un « super juge » traitant de tous les actes constitutifs de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité ou de génocide. Il y a un mécanisme de complémentarité négocié et accepté par tous les États parties au Statut de Rome. Les États ont ainsi une compétence de principe, l'exception étant que la CPI réclame sa compétence, pour les affaires les plus importantes, impliquant les plus hauts responsables politiques ou militaires, et/ou nécessitant une délocalisation. Or la loi d'adaptation française inverse ce mécanisme, puisqu'elle prévoit une compétence de principe de la CPI et une compétence subsidiaire des juridictions françaises. Lors des débats sur ce texte, tant à l'Assemblée nationale qu'au Sénat, l'ensemble des différences entre le Statut de Rome et le texte proposé au vote des parlementaires ont été soulevées, notamment concernant le principe de complémentarité.

^ **Nelly Devoueze**

Docteur en droit et élève-avocate. Sa thèse de droit international pénal l'a conduite à travailler à la Chambre d'appel des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. Depuis 2008, elle est chargée d'enseignement dans de nombreuses matières de droit public : droit constitutionnel, droit des libertés fondamentales, droit international public, politique internationale et européenne. Nelly Devoueze est diplômée des universités Panthéon Assas (Paris II) et Paris Descartes (Paris V).

Ces différences ont de plus été vivement et unanimement critiquées : par les rapporteurs du texte pour la commission des lois et des affaires étrangères, par la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), par de nombreuses organisations non gouvernementales, tels qu'*Amnesty International, Human Rights Watch* et la FIDH. Tous demandaient à la France de respecter son engagement international. Une adaptation des droits internes au plus près du texte international est d'autant plus fondamentale lorsque ce texte fonde la compétence juridictionnelle de ces États. Chaque différence nationale fait potentiellement obstacle à l'harmonisation du droit et à la sécurité juridique.

On constate ainsi un double discours de la France, faisant en apparence la promotion du droit et de la justice internationale pénale, mais modifiant le contenu des traités dès lors que des enjeux juridiques nationaux semblent devoir prévaloir.

Un autre exemple est celui de la manipulation de l'opinion publique qui peut être faite, cette fois à travers l'Union européenne. Prenons pour exemple la directive *Retour* de 2008 *(PE et Cons. UE, dir. 2008/115/CE, 16 déc. 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier du droit européen)*. Cette directive a été adoptée en 2008, à l'initiative de la France, sous la présidence française de l'Union. Une fois mise en œuvre en droit interne, lorsqu'elle a commencé à être appliquée, la directive a été vertement critiquée, notamment par le milieu associatif. Chose assez stupéfiante, les autorités

françaises se sont alors réfugiées derrière le droit de l'Union européenne, avançant que les autorités ne faisaient qu'appliquer les mécanismes imposés par l'Union, oubliant un peu rapidement que la France était justement à l'origine de ces mécanismes ! Cette attitude dépasse celle du double discours et relève véritablement de la schizophrénie. Il est à tout le moins contradictoire d'être à l'origine d'un texte et de se dire par la suite « obligé » d'en mettre en œuvre les dispositions.

Ces deux exemples montrent comment le droit international est manipulé et déformé, tant dans sa réception que lors de sa mise en œuvre.

CDE : Comment peut-on expliquer cette attitude ?

N. D. : S'il paraît étonnant que la France ait ce genre de réflexes quasiment réfractaires au droit international ou plus généralement à tout ce qui n'est pas du droit interne, il me semble que la conception et l'enseignement du droit international et européen à l'Université sont en partie responsables de cette attitude.

L'enseignement du droit en France reste très sectorisé, pour ne pas dire qu'il entre dans des cases. Malgré l'importance croissante du droit international et européen dans les disciplines juridiques, le droit, du point de vue académique, se divise toujours en un trio droit public, droit privé et histoire du droit. Si la place du droit international et européen est probablement moins importante en histoire du droit, un spécialiste de droit international ou de droit européen n'a d'autre possibilité que de relever au premier titre du droit public ou du droit privé. Cette dichotomie est particulièrement problématique car tant le droit international que le droit européen trouvent à s'appliquer à la fois dans le champ du droit public et du droit privé.

Au niveau des programmes universitaires, il est rassurant de constater que tout étudiant titulaire ne serait-ce que d'une Licence a suivi des enseignements de droit international public et de droit européen, généralement de droit institutionnel de l'Union européenne. Néanmoins, ces enseignements ne sont pas obligatoirement accompagnés de travaux dirigés (TD) et sont considérés à ce titre comme secondaires, voire optionnels. Ceci montre bien la vision assez réductrice de la matière, qui est aussi vite oubliée qu'elle a été « bachotée ».

Comment s'étonner par la suite que les juristes français n'aient pas le réflexe européen ou international. Intervenant il y a quelques temps dans un colloque portant sur l'utilité contentieuse du droit international et européen, j'ai pu mesurer à quel point ces matières sont méconnues et mal utilisées. Les juristes français sont plus familiers du récent mécanisme des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), que du contrôle de constitutionnalité, qui existe depuis des décennies et peut produire des effets tout aussi efficaces.

L'absence de réflexes européen et international semble ainsi relever d'une mauvaise maîtrise de ce droit et des outils qu'il offre aux professionnels du droit. Il est également assez fréquent de constater dans les décisions de justice, que le *visa* national reste souvent préféré aux *visas* européen ou international.

En résumé, le droit issu des organisations internationales reste perçu comme une contrainte et beaucoup de juristes ont le sentiment qu'ils sont « obligés » de « se mettre » au droit européen.

B.-P. C. : Je voudrais faire une très brève remarque. En France, l'article 55 dans la Constitution prévoit la primauté systématique des traités sur toutes les lois. Tous les pays n'ont pas de dispositions de même nature, loin de là.

J'ai été responsable de la négociation des traités fiscaux. Quand je signais un traité fiscal avec les Américains, ils pouvaient ratifier un traité mais si un an plus tard le Congrès votait une loi contraire au traité, c'est la loi qui s'imposait en vertu du principe de primauté de la loi postérieure (« *treaty overriding* »). J'ai constaté la même chose avec les Allemands ou les Autrichiens : le traité ne vaut pas plus que la loi. La France, elle, ne peut pas « s'asseoir » ainsi sur un traité qu'elle a signé, sauf à le dénoncer, car elle reconnaît la primauté du droit international.

Il est vrai qu'il y a un certain nombre de déficiences dans la culture et la pratique française du droit international, mais dans notre tradition juridique, il y a cet article 55. C'est un point extrêmement fort que ne partagent pas toutes les grandes démocraties occidentales.

N. D. : Permettez-moi, au sujet de cet article 55 de la Constitution, de citer et paraphraser Robert Badinter qui ouvrit un colloque en rappelant que : « la France n'est pas la patrie des droits de l'homme mais la partie de la Déclaration des droits de l'homme ».

Je dirais de même que la France n'est pas la patrie de la primauté du droit international, mais la patrie de la déclaration de la primauté du droit international.

J.-P. H. : Ce que je trouve intéressant dans cette approche, c'est qu'elle apporte un élément de réponse à une question très mystérieuse en dehors de France. Apparemment, un pays qui est à l'origine de l'Union européenne, n'a pas faim d'Europe. Il vit les choses comme une contrainte. On y va « à défaut » de pouvoir faire autrement sans jamais voir les opportunités et les trésors que recèlent ces matières.

Je vais ici paraphraser ce que Jean-Claude Juncker nous disait dans un éditorial d'un grand journal français. « Tous les européens ont envie que la France soit dans la cabine de pilotage, mais au niveau du droit européen et international, elle est dans le camion balais ».

On va quand même ajouter une touche positive, et cela me permettra de passer la balle à un éminent avocat de la Cour de cassation et du Conseil d'État, maître Briard.

On a pu observer deux choses ces derniers temps. D'abord nous avons constaté des arrêts courageux du Conseil d'État, notamment en matière de référé suspension, avec des affaires que maître Briard connaît bien, comme la saga Mercedes-Benz qui a trouvé son épilogue récemment (*CE, 5 mai 2014, Sté Mercedes-Benz France, n° 370830, n° 373573*). Sur le fond, la France avait raison, le gaz utilisé par Mercedes était non conforme, mais faute d'avoir emprunté la clause de sauvegarde de la directive adéquate, on a pu constater qu'une seule chose :

la France s'est fait justice elle-même et est donc allée dans le fossé. Il y a quand même, en tout cas dans le cadre du référé suspension, une véritable évolution. Il n'y aurait pas eu les mêmes arrêts il y a dix ans même si la vieille théorie de la résistance à la primauté par rapport aux textes postérieurs appartient aujourd'hui au passé.

On a également observé quelque chose d'étonnant car le Tribunal des conflits a définitivement tourné le dos à une jurisprudence ancienne en considérant que le juge judiciaire est enfin un « grand garçon » et qu'il peut traiter d'un problème de conformité d'un acte administratif réglementaire ou non à la norme européenne sans devoir passer par la question préjudicielle administrative de droit interne. Ce que je trouve encore plus remarquable, c'est que la motivation de cet arrêt du Tribunal des conflits se fonde sur un principe qui est peu utilisé en droit européen, en dehors de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) : le principe d'effectivité. Le Tribunal des conflits va dire qu'au nom du principe d'effectivité, qui a pour objectif d'assurer une protection juridictionnelle effective et efficace, en ne réservant pas aux arguments tirés du droit de l'Union un traitement plus difficile sur le plan procédural que si on utilisait des concepts de droit national, on va permettre au juge judiciaire de traiter lui-même les dossiers soulevant des problèmes de conformité au droit de l'Union européenne, ce qui lui était précédemment interdit lorsqu'il était confronté à un acte administratif.

CDE : Maître Briard va alors nous dire si l'évolution du Conseil d'État va dans le bon sens, de son point de vue d'européaniste. Est-ce que malheureusement les quelques arrêts auxquels on pense, montrant une vraie prise en considération du droit européen, relèvent plus de la circonstance factuelle de dossiers qui s'y prêtaient ; ou est-ce qu'il y a enfin une vraie prise en considération de la part du Conseil d'État sous l'impulsion de certains de ses membres qui ont, pour certains d'entre eux, de vrais titres de noblesse en matière du droit de l'Union ? Est-ce que ce sont des éléments de conjoncture ou est-ce que c'est une vraie tendance ?

François-Henri Briard : Dans mon activité d'Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, je mets aujourd'hui en œuvre le droit européen, droit de l'Union et droit de la CEDH, dans pratiquement un dossier sur deux que j'instruis au sein de notre cabinet. Ces matières sont mon lot quotidien. Contrairement à ce qui a été dit au début de ce débat, je pense que leur maîtrise n'est pas une question de génération ; c'est me semble-t-il bien davantage une question d'ouverture d'esprit et de formation. J'ai personnellement été formé sur ces questions par le grand Professeur Pierre-Henri Teitgen ; je peux vous dire qu'il y a 35 ans, le droit européen était déjà pour lui et pour ses étudiants une ardente obligation. La France a eu et doit conserver un rôle majeur dans la construction de l'Union européenne, qui est une œuvre économique et juridique immense ; que les Français civilisés restent sourds aux appels de la démagogie primaire et xénophobe lancés en ce moment par certaines formations politiques, c'est mon vœu le plus cher. Je suis de ce point de vue un européen militant, pour la liberté, la paix et la prospérité de notre continent.

^ François-Henri Briard

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Associé du cabinet Delaporte, Briard & Trichet depuis 1987, il représente devant les juridictions suprêmes françaises et européennes des personnes publiques, des entreprises françaises et étrangères et des personnes physiques en matière civile, commerciales, constitutionnelle, fiscale et administrative ; il pratique aussi l'arbitrage et la médiation. François-Henri Briard a par ailleurs consacré depuis 1993 une partie de ses activités aux relations franco-américaines dans leur dimension stratégique, économique et juridique. Fondateur et Président de l'Institut Vergennes, il est l'un des correspondants privilégiés en Europe de la Cour Suprême des États-Unis et travaille régulièrement avec plusieurs *think tanks* américains, au nombre desquels figurent la *Federalist Society* et l'*American Enterprise Institute*. François-Henri Briard est également administrateur (2004-2012) de l'Université Sarah Lawrence à New York et membre de la Société Historique de la Cour Suprême des États-Unis. Ancien membre du Conseil de l'Ordre, François-Henri Briard est diplômé d'études supérieures de droit privé, diplômé du Centre Universitaire d'Études des Communautés Européennes et diplômé de l'Institut d'Études Politiques de PARIS (1980, section service public).

Pour ce qui concerne la souveraineté dont il vient d'être question – ne parlons pas « d'atteintes » mais de limitations acceptées - permettez-moi de formuler une remarque liminaire. J'ai assez largement partagé ma vie professionnelle entre la France et les États-Unis en fondant voici une vingtaine d'années et en animant un cercle de réflexion avec la Cour Suprême des États-Unis, avec le juge Antonin Scalia, figure emblématique du droit fédéral Outre-Atlantique. La souveraineté est quelque chose dont nous avons souvent parlé avec mes amis de la Cour suprême. Je me souviens d'une discussion à Atlanta, avec le juge Anthony Kennedy, dans laquelle nous parlions de la construction d'une Europe fédérale et des abandons de souveraineté. Le juge Kennedy m'avait dit en substance : « La souveraineté est la première des libertés politiques ; comment les Européens peuvent-ils y renoncer si facilement ? » Je lui avais répondu que nous n'avons pas la même histoire, et que s'il était impératif de construire la souve-

raineté à partir de treize colonies dans un contexte historique absolument unique à la fin du XVIII[e] siècle en Amérique du Nord, il était impossible pour les Européens de ne pas abandonner une part de souveraineté comme nous l'avons fait après 1945 pour assurer la paix, neutraliser l'Allemagne et assurer la reconstruction de l'Europe. C'est ce que dit le Préambule de la Constitution de1946 : la France se soumet au droit international, et elle consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix. Il s'agit effectivement d'une question politique majeure ; et je fais partie de ceux qui pensent que la souveraineté française n'a pas commencé en 1789, qu'elle s'est bâtie progressivement et que c'est un concept unique et précieux qui constitue l'identité de la France. Mais malgré tout, les abandons de souveraineté sont un passage obligé pour les Européens. Ces renoncements librement consentis à une certaine partie de la souveraineté nationale ont permis et permettront encore de maintenir la paix, la prospérité et la liberté en Europe.

Sur le droit de l'Union – car l'Europe s'est bâtie par le droit -, je souhaiterais vous dire plusieurs choses dans une vision optimiste et que je ressens réellement.

Tout d'abord que le droit de l'Union européenne, du point de vue du praticien que je suis, irrigue vraiment désormais en profondeur, non seulement les textes de loi interne qui sont adoptés en France, puisque 70 à 80 % de ces textes sont issus d'un processus de transposition de normes européennes, mais aussi les procédures juridictionnelles ainsi que la culture des membres du Conseil d'État et de la Cour de cassation, bien évidemment à des degrés variables. Le constat est positif. Tous les jours nous sommes confrontés à des questions de droit de l'Union.

Je crois ensuite que les juridictions suprêmes françaises, avec des nuances car les choses ne sont pas les mêmes au Palais-Royal et au Quai de l'Horloge, sont engagées dans un dialogue plutôt loyal avec la CJUE. Dans l'ensemble, je dirais que le dialogue fonctionne. Ce dialogue est multipolaire, car nous avons plusieurs ordres juridiques. Mais ces ordres juridiques s'intègrent les uns aux autres. Le Conseil d'État a d'ailleurs rappelé dans l'arrêt d'Assemblée *Kandyrine de Brito Paiva* le 23 décembre 2011 que l'ordre juridique communautaire était un ordre juridique intégré. Par ailleurs, la chose la plus extraordinaire que nous avons vue récemment est que le Conseil constitutionnel a lui-même, dans l'affaire du mandat d'arrêt européen, interrogé la CJUE, posé une question préjudicielle. Il n'y a pas eu seulement le psychodrame de l'affaire *Melki (CJUE, 22 juin 2010, aff. C-188/10)*, au moment de la mise en place de la QPC française. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2013-214, le 4 avril 2013, a renvoyé à Luxembourg pour l'interprétation de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 sur le mandat européen. C'est un signe formidable de dialogue.

Autre constat d'ordre général, cette problématique du droit de l'Union et cette inculturation des membres des juridictions ainsi que des praticiens du droit, sont une chance pour la France. Le droit européen n'affaiblit pas les juridictions nationales. Je crois au contraire que dans la mesure où l'on comprend bien que le juge national est le premier juge qui doit appliquer le droit européen, c'est quelque chose qui renforce sa mission et son autorité. S'agissant du Conseil d'État, je me souviens que j'étais venu à la demande de mon ami Maître Hordies donner une conférence à Bruxelles en 1992 sur le thème de l'intégration du droit communautaire et nous avions encore à l'époque tous en tête la jurisprudence de l'affaire *Société des pétroles Shell-Berre* ainsi que la théorie de l'acte clair. Vingt ans plus tard, le constat n'est pas du tout le même. Je pense que le temps des résistances et de ce que l'on a appelé le « nationalisme ombrageux » du Conseil d'État, est bel et bien terminé.

L'évolution de la théorie de l'acte clair est symptomatique. Cette construction était utilisée de façon sans doute abusive, notamment dans l'affaire jugée le 12 octobre 1979 en Assemblée (Syndicat des importateurs de vêtements et produits artisanaux). Elle a été ensuite abandonnée. Le Conseil d'État considère aujourd'hui, à tort ou à raison, que par l'arrêt *Cilfit* du 6 octobre 1982, la CJUE a elle-même adopté la théorie de l'acte clair. C'est exact du point de vue de la référence faite par la Cour à l'idée du caractère manifestement non discutable du sens de l'acte en cause : toute juridiction suprême est tenue de renvoyer à la CJUE, « à moins qu'elle n'ait constaté que l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable ». Toutefois, je pense que la Cour de Luxembourg a mis en œuvre ce concept de façon beaucoup plus restrictive, non pas comme un instrument de convenance comme l'avait fait le Conseil d'État mais pour affirmer la place des juges nationaux dans le domaine de l'évidence. Et la Cour n'a pas inversé le principe ; elle a clairement dit que la juridiction suprême est tenue de renvoyer, à moins qu'elle n'ait constaté que l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable.

J.-P. H. : Cela n'est donc pas la transposition de la théorie de l'acte clair à la française dont vous avez parlé. Il s'agit bien de dire que le principe est que les juridictions de dernier ressort sont tenues de renvoyer, mais qu'il y a trois tempéraments possibles. Le troisième est celui que vous venez d'indiquer. Il intéressant de constater, sous la plume de l'avocat général Wathelet dans son livre sur le contentieux européen au sujet de l'arrêt *Cilfit*, que ces exceptions sont tellement restrictives que les situations proches, au sens français de l'acte clair, doivent nécessairement être très rares. La tentation des administrativistes et publicistes français a été grande de dire que c'était la reconnaissance de la théorie de l'acte clair à la française.

F.-H. B. : Je pense que c'est assez différent, en effet, mais l'essentiel aujourd'hui est que dans l'ensemble, quand on propose une question préjudicielle au Conseil d'État, elle est acceptée sans difficulté si elle est pertinente et nécessaire à la résolution du litige. La deuxième évolution dont je voulais parler est l'abandon progressif de la jurisprudence *Cohn-Bendit*, qui a été officiellement enterrée avec l'arrêt *M[me] Perreux* du 30 octobre 2009, permettant d'obtenir l'annulation d'une décision administrative individuelle par « l'effet vertical ascendant » des directives non transposées, à condition que les critères de la jurisprudence communautaire *Van Duyn*

du 4 décembre 1974 soient remplis. Il faut aussi rappeler que le Conseil d'État cite maintenant fréquemment les décisions de la CJUE. On retrouve dans la partie décisoire des arrêts des pans entiers de décisions de la Cour de Luxembourg. Dans les *visas* des arrêts aussi figurent les décisions de la CJUE. Et quand on interroge le Président Bernard Stirn sur cette évolution, il dit que ces citations, pour reprendre ses mots, répondent à une « logique conciliatrice et une écoute attentive ». J'ai aussi noté que le Conseil d'État a écarté en référé une loi qui était manifestement incompatible avec le droit de l'Union. C'est une décision du 16 juin 2010 du juge des référés. Ces citations des décisions de la CJUE remontent donc à l'arrêt fondateur, *Conseil national des barreaux* du 10 avril 2008. Pour terminer avec l'évolution du Conseil d'État, il est clair le renvoi préjudiciel fonctionne mieux aujourd'hui, que la théorie de l'acte clair n'est plus appliquée de la même façon et que les choses sont plutôt satisfaisantes. Ce fut une longue histoire, à l'image de la construction de l'Europe, notamment en matière d'aides d'État, où les règles ont été plus longues à définir et n'ont connu leur maturité à Bruxelles qu'à la fin des années 1990. Il y a évidemment des matières dans lesquelles se pose la question de savoir si le Conseil d'État a une lecture réellement objective et impartiale des décisions de la CJUE. On connaît les difficultés suscitées par les arrêts *Accor* et *Rhodia*, affaires dans lesquelles j'ai plaidé (précompte mobilier) et où le Conseil d'État a donné de l'arrêt *Test Claimants* de la CJUE une lecture qui rejoint étonnamment les préoccupations budgétaires de la France... La fin de la partie n'est d'ailleurs pas sonnée et le débat se poursuit actuellement à Bruxelles, avant peut-être Luxembourg.

Sur les aides d'État, je crois que le Conseil d'État a bien conscience qu'il s'agit d'une matière partagée entre la Commission européenne, la CJUE et les juridictions nationales. La Commission est en effet seule compétente pour apprécier la compatibilité des aides. Nous l'avons vu dans plusieurs affaires, il est clair que la Commission a une compétence exclusive, pleinement reconnue par le Conseil d'État. Les décisions de la Commission interviennent sous le contrôle de la CJUE, qui apprécie leur validité et qui peut statuer sur des renvois préjudiciels. Mais les juridictions nationales ont aussi un rôle puisqu'elles se prononcent sur les questions de responsabilité de l'État, sur les contentieux de titres exécutoires de restitution et de récupération des aides.

CDE : Et qu'en est-il du renvoi à la Commission ?

F.-H. B. : Ce serait la possibilité, pour le Conseil d'État, saisi d'un dossier dans lequel apparaît la problématique des articles 107 et 108, d'interroger la Commission pour y voir plus clair ou éviter une divergence. Je ne l'ai jamais vu. Je l'ai essayé à deux reprises au moins mais ça n'a jamais fonctionné. À ma connaissance, le Conseil d'État ne l'a jamais fait car la Commission n'est pas un organe juridictionnel de l'Union.

J.-P. H. : L'article 108, paragraphe 3 est le seul texte du chapitre en matière les aides d'État qui bénéficie de l'effet direct. La conséquence est à mon avis très sous-estimée notamment par les juridictions françaises. Comme l'a très bien dit maître Briard, lorsqu'une aide jugée comme telle dans son apparence par le juge national, il peut se prononcer et constater de l'illégalité pour défaut de notification. Selon l'avocat général Jacobs, le rôle du juge national est de se prononcer sur l'aide mais au sens de la légalité ou de l'illégalité de l'absence de notification, pas au-delà.

Le juge national constate donc l'illégalité comme conséquence de l'absence de notification. L'article 108 vient à son secours, dans la mesure où cette disposition l'invite, l'exhorte, à faire en sorte que, à défaut de notification obligatoire, toute mesure d'exécution de l'aide doit être stoppée. À ma connaissance, il est assez rare que le tribunal administratif ou la cour d'appel de Paris interviennent, après avoir constaté l'illégalité de l'aide, pour dire qu'ils donnent à une Administration l'injonction de stopper une mesure d'exécution d'aide au titre de l'article 108. Pour le juge national, même au stade du Conseil d'État, après l'illégalité et le défaut de notification, après avoir – ce qu'il devrait faire –, donné l'injonction de stopper la mise à exécution de l'aide, le triptyque devrait être complété par l'invitation par le juge national, destiné à l'État, de procéder à la notification manquante. Je ne trouve pas de jurisprudence significative là-dessus.

F.-H. B. : Je ne pense pas qu'il y en ait. Le juge national exerce ses compétences dans les limites que j'ai indiquées. Il est saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre un décret ou d'un recours contre un titre exécutoire, et il est compétent pour statuer sur une action en responsabilité. Je pense qu'il considère qu'il n'entre pas dans sa mission de signaler une situation d'aides d'État illégale à la Commission et d'aller « tirer la sonnette » à Bruxelles.

J.-P. H. : Je comprends de ce que vous dîtes que c'est ici la conception que le magistrat français se fait de sa saisine et des périmètres de celle-ci.

CDE : Une autre solution est-elle possible ?

B.-P. C. : Il peut y avoir une nuance entre le fait pour le Conseil d'État d'aller directement saisir la Commission, ce qui me paraît exclu parce que je ne vois pas une juridiction faire appel à une autorité non juridictionnelle, et ce que M[e] Hordies évoque : un renvoi aux autorités nationales pour demander à ce qu'elles fassent la notification auprès de la Commission, ce qui me paraît plus envisageable.

F.-H. B. : Ce pourrait être possible dans le cadre d'une mesure d'exécution, d'un arrêt qui ferait injonction aux autorités nationales de saisir.

J.-P. H. : Il n'est pas rare en Belgique, en Angleterre, aux Pays-Bas et au Luxembourg, que cette situation se présente, mais elle est vue sous un angle différent. Je pense alors que c'est vraiment la conception qu'on peut se faire du contrôle des aides d'État qui est au cœur de la problématique. Dans les pays que je viens de citer, qui n'ont pas une tradition latiniste mais une tradition anti-trust, il n'est pas rare qu'un concurrent d'une entreprise bénéficiant d'un subside choisisse comme angle d'attaque une procédure de type droit administratif, qui

conduit cette entreprise devant un juge de l'ordre administratif pour défendre la thèse qu'il est affecté sur le marché par des subsides octroyés à un concurrent et que ces subsides sont illégaux à défaut de notification préalable. Il peut alors demander au magistrat d'accepter sa demande d'intervention forcée dirigée contre l'État pour inviter celui-ci à produire au dossier l'acte de notification. L'État est alors interpellé et il est obligé de reconnaître sa faute lorsqu'il n'est pas en mesure de produire au dossier l'acte de notification. Le juge l'invite alors à corriger les choses et donne l'injonction de ne pas mettre à exécution l'aide.

Cet angle, je ne le trouve pas en droit français.

F.-H. B. : Il y a une situation qui peut également se présenter, que nous connaissons actuellement dans mon cabinet avec l'affaire des armateurs de pêche que je représente : un fonds d'indemnisation des armateurs avait été mis en place pour les aider à acheter le gasoil à des prix inférieurs au marché. La procédure en manquement s'est déroulée et la Commission a poursuivi évidemment la restitution – mécanique implacable. Nous nous sommes alors rendu compte à l'occasion de l'instruction de cette affaire, que la France, délibérément, avait refusé d'attaquer devant la CJUE, dans les délais de rigueur, la décision de la Commission qualifiant l'aide et imposant la restitution. Or, il y avait un problème majeur d'affectation du commerce entre les États membres, une vraie discussion possible devant la Cour. La France n'a rien fait. Et aujourd'hui, l'Administration dit en défense sur les recours indemnitaires que j'ai présentés que la décision de la Commission est définitive.... Elle est définitive parce qu'elle ne l'a pas attaquée. Nous essayons donc de nous battre en demandant aux juridictions nationales de renvoyer en appréciation de validité à la CJUE, ce qui est possible, mais pour l'instant nous n'avons pas réussi.

CDE : Dans le contentieux des aides d'État, l'analyse économique des dossiers est très importante ?

F.-H. B. : Oui, absolument centrale. Je ne pense pas que les membres du Conseil d'État, en général, soit des disciples assidus de Friedrich Hayek. Je ne crois pas non plus qu'ils soient tous habités par la tradition antilibérale française, hélas souvent dominante au sein de la fonction publique. Je pense qu'ils ont une approche pragmatique et intelligente des articles 107 et 108, qu'ils n'ont pas une conception « religieuse » de l'économie de marché, pour citer Mario Monti lors d'une allocution au Conseil d'État il y a quelques années. On pourrait appeler cela une vision de « l'économie sociale de marché ». Le Conseil d'État se fonde sur une analyse loyale et claire des critères, notamment sur les notions de ressources d'État et d'affectation du commerce. On le voit en ce moment avec la CSPE (contentieux « Vent de Colère »).

Le Conseil d'État exerce aussi une mission importante dans ses sections administratives quand il examine les projets. Au contentieux, les portes d'entrée pour les aides d'État sont en général l'excès de pouvoir et le défaut de notification préalable à la Commission européenne (la méconnaissance de cette exigence affecte en France la validité des actes administratifs, *CE, 6 nov. 1998, CNIH : JurisData n° 1998-051539*). En matière de contrats publics, on trouve aussi des points de passage, par exemple sur la question de savoir si les concours publics correspondent strictement aux obligations de service public (jurisprudence *Altmark* de 2003). Il y a aussi le contentieux des titres exécutoires en matière de contentieux des restitutions, et puis bien sûr la matière fiscale, qui offre de belles perspectives. Cette jurisprudence est dominée par le droit économique et les concepts mis en œuvre sont classiques : règles *de minimis*, services d'intérêt économique général, ressources d'État (grand débat récurrent, V. cotisations des fabricants de foie gras, *CE, 21 juin 2006 : JurisData n° 2006-070329* ; Confédération paysanne pour les cotisations des fabricants de dindes, *CE, 26 déc. 2013 : JurisData n° 2013-030690* ; pour les cotisations des producteurs de lait, *CE, 21 oct. 2013 : JurisData n° 2013-023628* ; pour les avantages aux compagnies *low cost*, *CE, 27 févr. 2006, Ryanair : JurisData n° 2006-069735* ; pour la taxe sur certaines dépenses de publicité en vue de financer un fonds de modernisation, *CE, 21 déc. 2006, Minefi c/ Auchan : JurisData n° 2006-081060*), lien d'affectation contraignant (taxe sur les huiles, *CE, 12 avr. 2013 : JurisData n° 2013-007050* et taxe sur les viandes, *CE, 22 oct. 2012 : JurisData n° 2012-026277*), affectation du commerce entre les États membres et incidence sur la concurrence (sur le marché de l'électricité, *CE, 15 mai 2012 : JurisData n° 2012–011117* ; Éditions Jacques Glenat pour la taxe sur les ouvrages de librairie, *CE, 23 nov. 2001 : JurisData n° 2001-063241*), sélectivité, lien d'affectation contraignant... Le Conseil d'État met en œuvre avec rigueur et talent la grille classique d'analyse des articles 107 et 108 du TFUE.

Dans un pays de tradition colbertiste il est remarquable de constater une approche objective et honnête de ces questions, pour l'équilibre de la concurrence dans un marché intérieur libre. Ce contentieux des aides d'État constitue pour les praticiens du droit une ressource tout à fait considérable et il est important de ne pas s'en priver...

J.-P. H. : J'ai une question relative à l'arrêt récent de la CJUE, arrêt sans surprise pour les européanistes mais qui fait grand bruit ici : celui, en matière d'aides d'État, qui sanctionne la France en raison de la garantie illimitée accordée au profit de La Poste. C'est assez étonnant de constater que cet arrêt est apparemment critiqué alors que la notion même de garantie illimitée au profit d'un opérateur, fût-il public, ne devrait pas soulever de questions existentielles. Cela a même été déjà jugé en France dans l'affaire de l'*Institut Français du Pétrole.*

J'ai trouvé une certaine naïveté dans la manière par laquelle le Gouvernement français s'est défendu, en expliquant qu'il allait s'affranchir de la qualification de ressource d'État bénéficiant à l'entreprise la Poste. Or, on sait qu'il ne s'agit pas seulement de transferts de fonds mais aussi d'affecter négativement le budget de l'État qui se trouve impacté par la délivrance de garanties illimitées. Le Gouvernement français invoque alors la transformation de l'être juridique en établissement public industriel et commercial (EPIC). Les juges de Luxembourg ont vu dans l'argument un faux nez de plus.

B.-P. C. : Il y a un certain nombre de situations où un Gouvernement sait parfaitement ce que va être la décision de la

CJUE, mais trouve commode de laisser la CJUE dire le droit, plutôt que d'assumer une position difficile face aux lobbys.

J.-P. H. : La France a notifié sa taxe sur les paris sportifs en matière équestre. L'objectif avéré du Gouvernement est de défendre la race équine, de créer des structures et de maintenir un flot d'opérateurs dans ce secteur, ce qui est parfaitement louable. Pourtant, ils proposent une taxe dont le niveau est manifestement trop élevé et dont les critères ne sont pas bons. Mais ils notifient quand même. La Commission européenne va alors travailler deux ans avec la France, en lui demandant de revoir sa copie et de notifier à titre complémentaire ce projet. Elle va lui demander de diminuer le niveau de la taxe, faire amende honorable, expliquer qu'il y a des éléments fondés sur la politique sectorielle en matière d'agriculture qui doivent être mis en avant et abandonner l'idée de service d'intérêt économique général. Après cela, la Commission adoptera une magnifique décision autorisant cette taxe, à tel point que les Anglais, pour qui la race chevaline est également importante, vont s'inspirer – et le texte est en gestation en ce moment au Parlement britannique – de la mécanique française mise en place, alors qu'en réalité, cette mécanique a été proposée et portée par la Commission européenne dans ce dossier.

Cela illustre la nécessité absolue de prendre en compte la dimension aides d'État, de procéder quand c'est nécessaire à la notification. La réforme du contrôle des aides d'État offre davantage de possibilités pour bénéficier d'exemptions, d'exceptions, de l'élargissement des matières couvertes, de seuils plus élevés en dessous desquels il n'y a pas de notification. Tout ceci conduit à prendre en compte cette matière dans ce qu'elle a de positif et non pas en subir les contraintes avec cette logique qui m'échappe toujours, qui est d'aller à la confrontation avec la Commission européenne. Il suffirait de changer le logiciel et de considérer qu'il faut dialoguer avec une autorité internationale dans un sens utile, non seulement pour la France, mais pour l'ensemble des pays, puisque ces textes font évidemment jurisprudence.

Point de départ de la prescription

Intervenant :
Claude BRENNER

Objectifs :
- **Bénéficier** d'une analyse complète de l'actualité jurisprudentielle
- **Échanger** avec un expert de la matière
- **Maîtriser** parfaitement le point de départ des délais de la prescription civile

LexisNexis®

4H DIF

LexisNexis® Formations

MARDI 8 JUILLET 2014 À PARIS
8h30 - 12h30

RETROUVEZ L'INTÉGRALITÉ DES FORMATIONS http://formations.lexisnexis.fr

Programme

Le droit transitoire
A. - La fixation du point de départ en cas de modification du délai applicable
B. - Les règles de droit transitoire applicables en cas de modification du point de départ de la prescription

Le droit commun de la prescription
- Le point de départ glissant de la prescription
- Le report du point de départ de la prescription

Les délais et points de départ spéciaux
- La responsabilité civile générale
- Les responsabilités et garanties immobilières
- Les responsabilités professionnelles spéciales
- La prescription applicable dans les rapports nés du commerce ou de consommation
- La prescription des poursuites en exécution

Inscriptions & renseignements
- LexisNexis® Formations - 141, rue de Javel - 75747 Paris cedex 15
- Tél. 0821 200 700 • Fax 01 45 58 94 35 • formations@lexisnexis.fr
(0,112€ puis 0,09€/min à partir d'un poste fixe)

SBL-14C244-05/2014 552 029 431 RCS Paris

Création visuelle : Eliott-Markus.com