



Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Aides d'État

Chroniques | Concurrences N° 3-2018 | pp. 148-163

Jacques Derenne

jderenne@sheppardmullin.com

Avocat, Sheppard Mullin, Bruxelles

Professeur, Université de Liège, Belgique & Brussels School of Competition

Bruno Stromsky

bruno.stromsky@ec.europa.eu

Membre du service juridique, Commission européenne, Bruxelles

Raphael Vuitton

raphael.vuitton@curia.europa.eu

Référéndaire, Tribunal de l'Union européenne, Luxembourg

Aides d'État

Jacques Derenne

jderenne@sheppardmullin.com

Avocat, Sheppard Mullin, Bruxelles
Professeur, Université de Liège, Belgique & Brussels School of Competition

Bruno Stromsky*

bruno.stromsky@ec.europa.eu

Membre du service juridique, Commission européenne, Bruxelles

Raphael Vuitton*

raphael.vuitton@curia.europa.eu

Référéndaire, Tribunal de l'Union européenne, Luxembourg

1. Cour de justice de l'Union européenne

148 La Cour de justice de l'Union européenne confirme que le financement accordé à des opérateurs espagnols pour le déploiement de la télévision numérique terrestre dans la communauté de la Castille-La Manche constitue une aide d'État incompatible avec le marché intérieur (CJUE, 21 avril 2018, *Cellnex Telecom et Telecom Castilla-La Mancha*, aff. jtes C-91/17 P et C-92/17 P, EU:C:2018:284)

150 La Cour de justice de l'Union européenne interprète la notion d'aide d'État par rapport à un impôt régional frappant les grands établissements commerciaux en fonction de leur surface de vente mais prévoyant certaines exemptions, et examine, pour l'application du critère du cadre juridique de référence, la différenciation entre opérateurs se trouvant ou non, au regard de l'objectif poursuivi par ce cadre juridique de référence, dans une situation factuelle et juridique comparable (CJUE, 26 avril 2018, *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) c/ Generalitat de Catalunya*, aff. C-23/16, EU:C:2018:280)

154 La Cour de justice de l'Union européenne annule un arrêt du Tribunal de l'Union européenne et une décision de la Commission européenne relatifs à la nature sélective d'une autorisation de report de pertes, au motif que le cadre de référence retenu pour l'analyse de cette mesure était trop étroit et trop concentré sur la technique législative utilisée par l'État membre (CJUE, 28 juin 2018, *Dirk Andres*, aff. C-203/16 P, EU:C:2018:505)

2. Tribunal de l'Union européenne

156 Le Tribunal de l'Union européenne confirme l'adoption appropriée d'injonctions de suspension en même temps que l'adoption d'une décision d'ouverture formelle d'examen et clarifie la portée de leurs effets suspensifs (Trib. UE, 25 avril 2018, *Hongrie c/ Commission*, aff. T 554/15 et T 555/15, EU:T:2018:220)

160 Le Tribunal de l'Union européenne confirme la décision de la Commission européenne déclarant l'exonération de l'impôt sur les sociétés accordée à six ports maritimes néerlandais incompatible avec le marché intérieur et ordonnant aux Pays-Bas de l'abolir (Trib. UE, 31 mai 2018, *Groningen Seaports e.a.*, aff. T-160/16, EU:T:2018:317)

3. France

163 Le Conseil d'État rejette le pourvoi d'une entreprise mettant en cause la responsabilité de l'État pour la récupération d'une aide illégale dont elle a bénéficié (CE, 30 mai 2018, *MJA*, n° 402174, FR:CECHR:2018:402174.20180530)

1. Cour de justice de l'Union européenne

Avantage – Service d'intérêt économique général :

La Cour de justice de l'Union européenne confirme que le financement accordé à des opérateurs espagnols pour le déploiement de la télévision numérique terrestre dans la communauté de la Castille-La Manche constitue une aide d'État incompatible avec le marché intérieur (CJUE, 21 avril 2018, *Cellnex Telecom et Telecom Castilla-La Mancha*, aff. jtes C-91/17 P et C-92/17 P, EU:C:2018:284)

La présente affaire s'inscrit dans le contexte, désormais bien connu en raison du contentieux qui en a découlé, des mesures visant à financer le déploiement de la télévision numérique terrestre, qui ont été adoptées par l'Espagne entre 2005 et 2009. On se limitera donc à rappeler que la Commission a ouvert, en 2010, deux procédures formelles d'examen concernant ces financements : l'une concernant l'ensemble de l'Espagne à l'exception de la communauté de Castille-La Manche, l'autre concernant spécifiquement cette dernière. Dans celle-ci, contrairement aux autres communautés, les autorités n'ont pas eu recours à des appels d'offres régionaux en vue de l'extension de la couverture de télévision numérique, mais ont adopté un décret prévoyant l'attribution directe des fonds nécessaires à la numérisation aux propriétaires des centres d'émission existants. C'est ainsi que *Telecom Castilla-La Mancha (TCLM)* et *Albertis Telecom*, devenu *Cellnex*, ont reçu un financement pour l'amélioration de leurs centres d'émission (pour un montant, respectivement, de 13,2 millions d'euros et de 250 000 euros). *TCLM* a également reçu 2,26 millions d'euros pour la construction de nouveaux centres d'émission. En 2014, par la décision 2016/1385/UE (*JO* 2016, L 222, p. 52), la Commission a estimé que l'aide d'État octroyée à *TCLM* et *Cellnex* pour l'amélioration des centres d'émission, la construction de nouveaux centres d'émission, et la fourniture de services numériques ou d'exploitation et de maintenance était illégale et incompatible avec le marché intérieur. En particulier, elle a considéré que, en l'absence d'une définition précise de l'exploitation d'une plate-forme terrestre comme service public et d'un acte d'attribution dudit service à un opérateur d'une plate-forme déterminée, les mesures en cause ne pouvaient être justifiées au titre de l'article 106, paragraphe 2, TFUE. L'Espagne, *TCLM* et *Cellnex* avaient saisi le Tribunal de recours contre cette décision, lesquels ont été rejetés en 2016 (Trib. UE, 15 déc. 2016, *Espagne c/ Commission*, aff. T-808/14, EU:T:2016:734 ; Trib. UE, 15 déc. 2016, *Albertis Telecom Terrestre et Telecom Castilla-La Mancha*, aff. jtes T-37/15 et T-38/15, EU:T:2016:743, comm. R. Vuitton, *Concurrences*, n° 1-2017, p. 179). C'est dans ces conditions que *TCLM* et *Cellnex* ont saisi la Cour d'un pourvoi.

La nécessité de définir clairement les obligations de service public dont est chargée une entreprise ne relève pas du large pouvoir d'appréciation dont disposent les États membres pour la définition d'un SIEG

À l'appui de leur pourvoi, *TCLM* et *Cellnex* critiquaient notamment le fait que le Tribunal ait estimé que la première condition de la jurisprudence *Altmark* – selon laquelle les obligations de service public doivent être clairement définies – n'était pas satisfaite en l'absence de définition claire et précise du service en cause en tant que SIEG, sans vérifier si la définition de ce SIEG était manifestement erronée. Selon *TCLM* et *Cellnex*, le juge de première instance aurait méconnu le pouvoir

*Les opinions ici exprimées n'engagent que leur auteur et non l'institution à laquelle il appartient.

discrétionnaire des États membres dans la définition des SIEG, lequel ne serait susceptible d'être limité qu'en cas d'erreur manifeste.

On le sait, les États membres sont en droit, dans le respect du droit de l'Union, de définir l'étendue et l'organisation de leurs SIEG en tenant compte, en particulier, d'objectifs propres à leur politique nationale. Ils disposent d'un large pouvoir d'appréciation, lequel ne peut être remis en cause par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste. Ce pouvoir n'est cependant pas illimité.

À cet égard, la Cour rappelle, notamment, que la première condition de la jurisprudence *Altmark* exige non seulement de déterminer si l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public, mais également si ces obligations sont clairement définies dans le droit national. Cette condition poursuit un objectif de transparence et de sécurité juridique, qui exige la réunion de critères minimaux tenant à l'existence d'un ou de plusieurs actes de puissance publique définissant de manière suffisamment précise à tout le moins la nature, la durée et la portée des obligations de service public incombant aux entreprises chargées de l'exécution de ces obligations. Selon la Cour, "en l'absence de définition claire de ces critères objectifs, il ne serait pas possible de contrôler si une activité particulière est susceptible de relever de la notion de SIEG".

En d'autres termes, la nécessité de définir clairement les obligations de service public dont est chargée une entreprise ne relève pas du large pouvoir d'appréciation dont disposent les États membres pour la définition du SIEG. C'est ainsi que la première condition de la jurisprudence *Altmark* n'est pas remplie si ces obligations n'ont pas été définies dans un acte de puissance publique, indépendamment d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation de l'État membre dans la définition du SIEG en cause.

Dans ces conditions, la Cour exclut que le Tribunal ait méconnu l'étendue du contrôle qu'il lui incombait d'effectuer en ce qui concerne la définition d'un service par un État membre en tant que SIEG, en jugeant que, en l'absence d'une définition claire du service en cause en tant que SIEG dans le droit national, la première condition de la jurisprudence *Altmark* n'était pas remplie.

Ce faisant la Cour confirme la position qu'elle avait déjà adoptée dans l'arrêt du 20 décembre 2017, *Comunidad Autónoma del País Vasco e.a. c/ Commission* (aff. C-66/16 P à C-69/16 P, EU:C:2017:999, points 72 et 73), lequel concernait le déploiement de la TNT en Espagne dans les autres communautés.

Le Tribunal n'a pas commis d'erreur concernant l'appréciation concrète de la définition d'un SIEG

TCLM et *Cellnex* faisaient par ailleurs grief au Tribunal d'avoir commis des erreurs dans l'appréciation des dispositions du droit national, qui, selon elles, définiraient clairement le service en cause comme étant un SIEG.

Rejetant ces affirmations, la Cour confirme les appréciations du Tribunal, qui avait estimé que l'exploitation d'un réseau de TNT n'avait pas été définie par l'État espagnol comme SIEG au niveau national.

En particulier, elle confirme que la qualification de service d'intérêt général figurant dans la loi 32/2003 relative aux télécommunications concerne tous les services de télécommunications, y compris les réseaux de diffusion radio et télévision, et que le seul fait qu'un service soit désigné comme étant d'intérêt général dans le droit national n'implique pas que tout opérateur qui l'effectue est chargé de l'exécution d'obligations de service public clairement définies. De même, la Cour valide l'appréciation selon laquelle rien ne permet de considérer que, par le décret 347/2008, *TCLM* et *Cellnex* ont été effectivement chargées de l'exécution d'obligations de service public. Il en va de même s'agissant d'une convention adoptée sur la base de ce décret.

TCLM et *Cellnex* reprochaient par ailleurs au Tribunal d'avoir exigé que l'acte de définition du SIEG soit également un acte de mandatement d'une ou de plusieurs entreprises. Elles reprochaient aussi d'avoir retenu une approche formaliste en exigeant que, pour répondre à la première condition de la jurisprudence *Altmark*, les dispositions du droit national définissant et attribuant les missions du SIEG en cause contiennent les termes "service public". Elles lui faisaient enfin grief d'avoir ignoré l'existence d'un pouvoir d'appréciation des États membre s'agissant du choix des modalités concrètes de la fourniture des prestations concernés par un SIEG.

Cette argumentation ne pouvait qu'être écartée dès lors que :

- le Tribunal n'avait pas exclu l'utilisation d'actes distincts afin, d'une part, de donner une définition du SIEG et, d'autre part, d'attribuer à une entreprise des missions relatives à ce SIEG ;
- le Tribunal n'a pas exigé que les termes "service public" soient utilisés pour qu'il soit satisfait à la première condition de la jurisprudence *Altmark* ;
- le Tribunal n'a pas jugé que la qualification d'un service de SIEG doit nécessairement inclure la technologie au moyen de laquelle ce service sera fourni.

Les fonds publics reçus pour couvrir les coûts liés à la numérisation des réseaux de radiodiffusion terrestre constituent un avantage économique

TCLM et *Cellnex* reprochaient aussi au Tribunal de ne pas avoir considéré que la Commission avait violé l'article 107 TFUE en n'identifiant pas l'avantage économique qu'elles auraient perçu.

À cet égard, la Cour rappelle la jurisprudence constante selon laquelle (i) la notion d'avantage économique est une notion générale qui inclut tout allègement des charges qui grèvent normalement le budget d'une entreprise et (ii) au nombre des charges qui grèvent normalement le

budget d'une entreprise figurent, notamment, les coûts supplémentaires que les entreprises doivent supporter en raison des obligations d'origine légale, réglementaire ou conventionnelle qui s'appliquent à une activité économique.

Sans surprise, la Cour estime que, en l'espèce, les fonds publics que *TCLM* et *Cellnex* ont reçus pour couvrir les coûts liés à la numérisation des réseaux de radiodiffusion terrestre en exécution de la mesure en cause ne sauraient échapper à la qualification d' "avantage économique", au motif qu'ils étaient destinés à la modernisation et à l'extension du réseau numérique terrestre, en exécution d'obligations conventionnelles définies par les autorités espagnoles. En effet, en l'absence de la mesure en cause, *TCLM* et *Cellnex* auraient dû assumer elles-mêmes ces coûts, de sorte que le financement qu'elles ont reçu à cette fin constituait un avantage économique.

L'argument de *TCLM* et *Cellnex* concernant l'existence d'une défaillance de marché, ayant pour conséquence qu'aucun opérateur n'aurait, en tout état de cause, supporté de tels coûts en l'absence de la mesure en cause est écarté par la Cour, dès lors que "cette circonstance illustre, au contraire, le fait que les bénéficiaires de cette mesure ont bénéficié d'un avantage dont ils n'auraient jamais bénéficié dans des conditions normales de marché".

La Cour écarte également l'argument selon lequel l'avantage était constitué non par le montant total des fonds reçus pour l'extension de la couverture numérique comme l'a retenu le Tribunal, mais par le montant excédant le niveau du prix du marché pour l'acquisition des biens et des services nécessaires à cette extension. En effet, lorsque les conditions d'application de la jurisprudence *Altmark* ne sont pas satisfaites, "l'avantage ne saurait uniquement résider dans l'existence d'une éventuelle surcompensation octroyée au bénéficiaire, dans la mesure où l'intervention étatique ne peut être considérée comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public". Dans une telle situation, l'avantage consiste, selon la Cour, dans la totalité des fonds publics transférés à ces entreprises, indépendamment de la manière dont lesdites entreprises utilisent ces fonds.

Conclusion

L'arrêt sous commentaire marque la fin du contentieux relatif au financement accordé à des opérateurs espagnols pour le déploiement de la télévision numérique terrestre en Espagne. Confirmant les appréciations du Tribunal et étant dans la droite ligne des arrêts du 20 décembre 2017, il n'apporte aucun éclairage nouveau. Il confirme cependant la tendance consistant à reconnaître, parallèlement au large pouvoir d'appréciation des États membres dans la définition de l'étendue et l'organisation de leurs SIEG, lequel ne peut être remis en cause qu'en cas d'erreur manifeste, la possibilité d'un contrôle étendu, de la Commission puis du juge, de la question de savoir si les obligations de service public ont été clairement définies par le droit national.

R. V. ■

Sélectivité – Aide existante : La Cour de justice de l'Union européenne interprète la notion d'aide d'État par rapport à un impôt régional frappant les grands établissements commerciaux en fonction de leur surface de vente mais prévoyant certaines exemptions, et examine, pour l'application du critère du cadre juridique de référence, la différenciation entre opérateurs se trouvant ou non, au regard de l'objectif poursuivi par ce cadre juridique de référence, dans une situation factuelle et juridique comparable (*CJUE, 26 avril 2018, Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) c/ Generalitat de Catalunya, aff. C-233/16, EU:C:2018:280*)

La condition de sélectivité pour qu'une mesure étatique conférant un avantage fiscal puisse être qualifiée d'aide d'État soulève toujours des problèmes d'interprétation et de cohérence dans la jurisprudence. Cette affaire est un bon exemple d'application de ces principes qui peut servir de guide aux législateurs prenant des risques juridiques par leur politique fiscale différenciée.

Contexte

Le Parlement de la Communauté autonome de Catalogne a adopté en décembre 2000 un impôt frappant les grands établissements commerciaux individuels situés sur son territoire en fonction, essentiellement, de leur surface de vente. L'objectif poursuivi est de grever la capacité économique des grands établissements commerciaux qui, compte tenu de leur grande surface de vente, peuvent acquérir une position dominante et engendrer des effets négatifs sur le territoire et sur l'environnement dont ils ne supportent pas les coûts. Les recettes de l'impôt sont affectées à des mesures de modernisation du commerce de proximité en Catalogne ainsi qu'à la réalisation de plans d'action dans les zones concernées par l'installation de grands établissements commerciaux.

Toutefois, le Parlement a prévu trois types d'exceptions : (i) exonération totale de l'impôt pour les établissements dont la surface de vente est inférieure à 2500 m² ; (ii) exonération totale également pour ceux dont l'activité est consacrée au jardinage, à la vente de véhicules, de matériaux de construction, de machines-outils et de fournitures industrielles, et (iii) réduction de la base imposable de 60 % pour les établissements dont l'activité porte sur la vente de mobilier, de matériel sanitaire et de portes et de fenêtres ainsi que d'articles de bricolage.

L'*Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED)*, qui regroupe au niveau national les grandes entreprises de distribution a contesté la légalité du décret de la Generalitat de Catalunya (gouvernement régional de Catalogne) mettant en œuvre la loi régionale catalane, au motif de son incompatibilité tant avec la liberté d'établissement qu'avec le droit des aides d'État. L'affaire a abouti à la Cour suprême d'Espagne qui a saisi, en mars 2016, la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel.

Par ailleurs, l'ANGED a également saisi la Commission d'une plainte à l'encontre de l'impôt litigieux alléguant son caractère d'aide d'État. Dans un premier temps, par lettre du 2 octobre 2003, la Commission a classé la plainte en estimant que cet impôt ne constituait pas une aide d'État dès lors que ses recettes n'étaient pas destinées à soutenir des entreprises commerciales ou un secteur d'activité en particulier. Toutefois, à la suite d'une nouvelle plainte de l'ANGED en 2013, la Commission a, par lettre du 28 novembre 2014, estimé que l'exonération accordée aux petits établissements commerciaux ainsi qu'à certains établissements spécialisés pouvait être susceptible d'être considérée comme une aide d'État incompatible avec le marché intérieur.

Détermination du cadre juridique de référence

Avant d'examiner la question relative aux aides d'État, la Cour juge tout d'abord que la mesure litigieuse n'est pas contraire à la liberté d'établissement. Il est intéressant d'en relater brièvement le raisonnement qui a un impact sur l'appréciation globale de la mesure.

La Cour juge que le critère relatif à la surface de vente de l'établissement n'établit aucune discrimination directe, ni ne défavorise, dans la plupart des cas, des ressortissants d'autres États membres ou des sociétés ayant leur siège dans d'autres États membres (les données de la Commission montrent que les entreprises des autres États membres représenteraient 61,5% de la surface occupée par des entreprises de plus de 2 500 m² soumises à l'impôt en cause, et, selon l'ANGED, 52% de la charge de cet impôt reposerait sur les grands établissements commerciaux des autres États membres).

Ensuite, s'agissant des aides d'État, la Cour rappelle en substance les règles applicables à la détermination de la sélectivité de la mesure litigieuse comme suit (points 38 à 48 de l'arrêt) :

- il convient de déterminer “si, dans le cadre d'un régime juridique donné, la mesure nationale en cause est de nature à favoriser « certaines entreprises ou certaines productions » par rapport à d'autres, qui se trouvent, au regard de l'objectif poursuivi par ce régime, dans une situation factuelle et juridique comparable et qui subissent ainsi un traitement différencié pouvant en substance être qualifié de « discriminatoire » (voir, notamment, arrêt du 21 décembre 2016, *Commission c/ World Duty Free Group SA e.a.*, aff. C-20/15 P et C-21/15 P, EU:C:2016:981, point 54 ainsi que jurisprudence citée)”;
- une mesure conférant un avantage fiscal qui, “bien que ne comportant pas un transfert de ressources d'État, place les bénéficiaires dans une situation plus favorable que les autres contribuables est susceptible de procurer un avantage sélectif aux bénéficiaires et constitue, partant, une aide d'État, au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. En revanche, ne constitue pas une telle aide au sens de cette disposition, un avantage fiscal résultant d'une mesure générale applicable sans distinction à

tous les opérateurs économiques (CJUE, 21 décembre 2016, *Commission c/ World Duty Free Group e.a.*, aff. C-20/15 P et C-21/15 P, EU:C:2016:981, point 56)”; à ce sujet, on notera que cette présentation par la Cour marque sa tendance à télescoper deux concepts pourtant bien différents : “avantage” et “sélectivité”. L'avantage fiscal est qualifié d'avantage “sélectif” du simple fait qu'il place les bénéficiaires dans une situation plus favorable que les autres contribuables ; mais, ce faisant, la Cour ne fait que constater un “avantage”, qui n'est pas nécessairement “sélectif” ...

- la Cour poursuit en énonçant les trois conditions classiques de la qualification d'une mesure fiscale de “sélective” :

“identifier le régime fiscal commun ou « normal » applicable dans l'État membre concerné” ;

“démontrer que la mesure fiscale examinée y déroge, dans la mesure où elle introduit des différenciations entre des opérateurs se trouvant, au regard de l'objectif poursuivi par ce régime commun, dans une situation factuelle et juridique comparable” ; à ce sujet, la Cour relève que “le cadre juridique de référence (...) ne doit pas nécessairement être déterminé dans les limites du territoire de l'État membre concerné, mais peut être celui du territoire dans le cadre duquel une autorité régionale ou locale exerce la compétence qu'elle tient de la constitution ou de la loi. Tel est le cas lorsque cette entité dispose d'un statut de droit et de fait la rendant suffisamment autonome par rapport au gouvernement central d'un État membre pour que, par les mesures qu'elle adopte, ce soit cette entité, et non le gouvernement central, qui joue un rôle fondamental dans la définition de l'environnement politique et économique dans lequel opèrent les entreprises” ; en l'espèce donc, le territoire pertinent sera celui de la Catalogne ;

par exception, une mesure *a priori* sélective ne sera pas qualifiée telle, “lorsque l'État membre concerné parvient à démontrer que cette différenciation est justifiée dès lors qu'elle résulte de la nature ou de l'économie du système dans lequel elle s'inscrit” ; cette justification par la nature et l'économie générale du système fiscal peut résulter directement des principes fondateurs ou directeurs de ce système fiscal en distinguant “les objectifs assignés à un régime fiscal particulier et qui lui sont extérieurs” et “les mécanismes inhérents au système fiscal lui-même qui sont nécessaires à la réalisation de ces objectifs” ;

“afin d'établir la sélectivité d'une mesure fiscale, il n'est pas toujours nécessaire que celle-ci ait un caractère dérogatoire par rapport à un régime fiscal regardé comme étant commun” mais, “la circonstance qu'elle présente un tel caractère est tout à fait pertinente à cette fin lorsqu'il en découle que deux catégories d'opérateurs sont distinguées et font *a priori* l'objet d'un traitement différencié, à savoir ceux relevant de la mesure dérogatoire et ceux qui continuent de relever du régime fiscal commun, alors même que ces deux catégories se trouvent dans une situation comparable au regard de l'objectif poursuivi par ledit régime”.

Enfin, avant d'appliquer ces principes aux circonstances de l'affaire en cause, la Cour ajoute que *“si le critère d'imposition relatif à la surface de vente ne se présente pas comme étant formellement dérogatoire à un cadre juridique de référence donné, il n'en a pas moins pour effet d'exclure les établissements commerciaux dont la surface de vente est inférieure à 2 500 m² du champ d'application de cet impôt”*. L'impôt litigieux a donc le même effet qu'un impôt s'appliquant aux seuls établissements commerciaux dont la surface de vente excède un certain seuil. Comme l'article 107, paragraphe 1, TFUE définit les interventions étatiques *“en fonction de leurs effets, indépendamment des techniques utilisées (arrêt du 22 décembre 2008, British Aggregates Association, C 487/06 P, EU:C:2008:757, point 89)”*, la Cour considère donc, à juste titre, qu'un tel critère est susceptible *“de favoriser, en pratique, « certaines entreprises ou certaines productions » au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, en allégeant leurs charges par rapport à celles qui sont soumises au prélèvement en cause au principal”* (point 48).

Appréciation de la comparabilité des diverses situations

La Cour examine ensuite si les établissements commerciaux exclus du champ d'application de l'impôt *“se trouvent ou non dans une situation comparable à celle des établissements qui en relèvent”* (point 49).

La Cour rappelle en passant l'autonomie fiscale des États membres en l'absence de réglementation de l'Union en la matière. Elle fait à ce sujet référence à la communication de 2016 de la Commission sur la notion d'aide d'État.

Revenant aux faits en cause, la Cour constate que les objectifs de l'impôt litigieux sont la protection de l'environnement et l'aménagement du territoire en corrigeant et compensant les conséquences de l'activité des grands établissements commerciaux (flux de circulation), *“en les faisant contribuer au financement de plans d'action environnementaux et à l'amélioration des infrastructures”* (point 52). La Cour admet à ce sujet que *“l'impact environnemental des établissements commerciaux dépend largement de leur taille. En effet, plus la surface de vente est élevée, plus grande est l'affluence du public, ce qui se traduit par des atteintes à l'environnement accrues. Il en résulte qu'un critère fondé sur le seuil de surface de vente, tel que celui retenu par la législation nationale en cause au principal, afin de distinguer entre les entreprises selon que leur impact environnemental est plus ou moins fort, est cohérent avec les objectifs poursuivis”* (point 53). La politique d'aménagement du territoire est également concernée pour les mêmes raisons.

La Cour en conclut que le critère de la superficie de vente *“conduit à distinguer des catégories d'établissements qui ne se trouvent pas dans une situation comparable au regard des objectifs poursuivis par la législation qui l'a fixé”* (point 55).

Exonération totale pour les établissements dont la surface de vente est inférieure à 2 500 m² : pas d'aide d'État

En conséquence, la Cour juge que l'exonération totale pour les établissements commerciaux dont la surface de vente est inférieure à 2 500 m² ne leur confère pas un avantage sélectif et ne constitue donc pas une aide d'État, au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

Exonération totale de cet impôt pour les établissements commerciaux individuels de jardinerie et de vente de véhicules, de matériaux de construction, de machinerie et de fournitures industrielles et abattement de 60 % de la base d'imposition pour les établissements dont l'activité porte sur la vente de mobilier, de matériel sanitaire et de portes et de fenêtres ainsi que d'articles de bricolage : éventuellement aide d'État

La Cour constate que toutes ces mesures présentent un caractère dérogatoire par rapport au cadre de référence constitué par l'impôt litigieux. Toutefois, la Cour renvoie à la juridiction nationale pour déterminer la justification de la différenciation instaurée par la loi.

Le gouvernement régional de Catalogne a fait valoir que les activités des établissements commerciaux concernés causeraient moins d'atteintes à l'environnement et à l'aménagement du territoire que les activités des établissements qui sont assujettis à l'impôt : la nature même de ces activités nécessiteraient d'importantes surfaces de vente sans qu'elles soient destinées à attirer le plus grand nombre de consommateurs ni qu'elles augmentent le flux de véhicules privés voulant y accéder.

La Cour admet que cela peut être *“de nature à justifier la distinction retenue par la législation contestée au principal qui, dès lors, n'entraînerait pas l'attribution d'avantages sélectifs au profit des établissements commerciaux concernés”* mais que c'est à la juridiction de renvoi de vérifier si tel est bien le cas (points 59 et 60).

Exonération totale de cet impôt pour les établissements commerciaux individuels : aide d'État

La Cour adopte une autre position s'agissant de l'exonération fiscale des grands établissements commerciaux collectifs. En effet, cette différenciation *“conduit, en revanche, à distinguer deux catégories d'établissements qui se trouvent objectivement dans une situation comparable au regard des buts de protection de l'environnement et d'aménagement du territoire poursuivis par la législation en cause au principal”* (point 61). La Cour en déduit un caractère sélectif, susceptible de constituer une aide d'État si les autres conditions énoncées à l'article 107, paragraphe 1, TFUE sont remplies.

À cet égard, la Cour constate que la mesure est (i) financée au moyen de ressources d'État et est imputable à l'État, (ii) est susceptible d'affecter les échanges et (iii) de fausser ou de menacer de fausser la concurrence au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. La Cour se fonde à ce sujet sur sa jurisprudence constante qui n'exige pas une incidence réelle de l'aide sur les échanges entre les

États membres ainsi que d'une distorsion effective de la concurrence, qui résulte du fait qu'une entreprise se voit affranchie "de coûts qu'elle aurait normalement dû supporter dans le cadre de sa gestion courante ou de ses activités normales" (point 66).

Aide existante par l'effet du délai de prescription ?

La juridiction de renvoi demandait également si la mesure litigieuse pouvait, en cas de qualification d'aide d'État, être considérée comme une aide existante, ce qui lui aurait retiré toute compétence au titre de l'article 108, paragraphe 3, TFUE.

La Cour juge évidemment que les circonstances de l'affaire au principal n'ont rien à voir avec "le cas où il peut être établi qu'une mesure, qui ne constituait pas une aide à la date de sa mise en vigueur, mais qui, alors même qu'elle n'a pas été modifiée par l'État membre concerné, est devenue une aide par la suite en raison de l'évolution du marché intérieur" (point 73) ou avec le cas où une décision d'autorisation de la Commission serait intervenue (une telle autorisation ne pouvant évidemment être déduite des termes d'une lettre de la Commission par laquelle celle-ci ne se prononce que "sur la question de la conformité des modalités d'affectation des recettes de l'IGEC avec le droit des aides d'État" - point 77).

La Cour en vient alors à examiner le cas d'aide existante en vertu de l'article 1^{er}, sous b), iv), du règlement 2015/1589 par l'effet de l'application éventuelle du délai de prescription prévu à l'article 17 de ce règlement. Cette disposition prévoit les règles suivantes :

- les pouvoirs de la Commission en matière de récupération d'une aide illégale sont soumis à un délai de prescription de dix ans ;
- ce délai commence à courir à la date à laquelle l'aide illégale est accordée au bénéficiaire, à titre d'aide individuelle ou dans le cadre d'un régime d'aides ;
- toute mesure prise par la Commission ou par un État membre, agissant à la demande de la Commission, à l'égard de l'aide illégale interrompt ce délai ;
- toute aide à l'égard de laquelle le délai de prescription a expiré est réputée être une aide existante.

La Cour énonce à ce sujet : "Indépendamment même de la portée qu'il convient de donner à cette disposition lorsqu'elle est invoquée devant le juge national, il y a lieu de constater que les conditions qu'elle prévoit ne sont en tout état de cause pas remplies dans l'affaire au principal" (point 80).

Les termes "Indépendamment même de la portée qu'il convient de donner à cette disposition lorsqu'elle est invoquée devant le juge national" sont bien étranges dans les circonstances de l'affaire. En effet, il s'agit de répondre à une question préjudicielle d'une juridiction nationale dont les pouvoirs ne sauraient être affectés par un délai de prescription qui ne concerne que les pouvoirs de la Commission, et non ceux des juridictions nationales.

La Cour souhaitait sans doute ne pas clarifier une question qui reste encore floue à ce stade. Or, on notera que ce délai de prescription ne s'applique pas aux pouvoirs (et obligations) que les juridictions nationales tirent de l'article 108, paragraphe 3, TFUE : cette règle du règlement de procédure s'applique "(...) à toutes les procédures administratives en matière d'aides d'État pendantes devant la Commission (...)" et ce règlement "(...) ne contient aucune disposition relative aux pouvoirs et aux obligations des juridictions nationales, lesquels restent régis par les dispositions du traité, telles qu'interprétées par la Cour" (voir point 35 de l'arrêt du 5 octobre 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH et autres*, aff. C-368/04, EU:C:2006:644).

Toujours est-il que la Cour va prendre un détour particulièrement long pour rejeter l'application de cette prescription en l'espèce. Bien que constatant que "la date à laquelle l'aide illégale est effectivement accordée à son bénéficiaire constitue le point de départ du délai de prescription" (point 83), la Cour relève que la lettre de la Commission du 28 novembre 2014 (par laquelle la Commission indique aux autorités espagnoles que l'impôt litigieux est susceptible de conférer des aides d'État et que cet impôt doit être modifié ou supprimé) constitue une mesure qui interrompt le délai de prescription. S'agissant des aides octroyées antérieurement, la Cour constate également que cette lettre de 2014 et celle de 2003, précitée, "ont été envoyées à la suite d'échanges et de demandes d'informations aux autorités espagnoles portant sur le régime [en cause]" (point 84). La Cour considère que ces demandes ont également interrompu le délai de prescription.

Les aides d'État résultant du régime fiscal en cause ne peuvent donc pas constituer des aides existantes.

Conclusion

Les parlements et gouvernements nationaux et régionaux devraient prendre connaissance de cet arrêt qui leur montre bien les limites de leurs compétences en matière fiscale. La détermination du cadre juridique de référence et la comparaison des situations des entreprises assujetties ou non à une mesure fiscale sont affaires de détails factuels qu'il convient d'avoir bien à l'esprit en adoptant une telle mesure fiscale.

J. D. ■

Report de pertes – Sélectivité d'une mesure fiscale – Cadre de référence : La Cour de justice de l'Union européenne annule un arrêt du Tribunal de l'Union européenne et une décision de la Commission européenne relatifs à la nature sélective d'une autorisation de report de pertes, au motif que le cadre de référence retenu pour l'analyse de cette mesure était trop étroit et trop concentré sur la technique législative utilisée par l'État membre (*CJUE, 28 juin 2018, Dirk Andres, aff. C-203/16 P, EU:C:2018:505*)

L'arrêt sur pourvoi *Dirk Andres c/ Commission* est l'un des quatre arrêts rendus le 28 juin 2018 à propos de la même décision de la Commission qui considérait comme sélective et constitutive d'une aide d'État la possibilité offerte par l'Allemagne aux entreprises en difficulté de pratiquer un report de pertes. Ces quatre arrêts sont très similaires et seul l'arrêt *Dirk Andres c/ Commission* sera donc ici commenté.

On pouvait croire qu'avec les arrêts *Commission c/ World Duty Free* (arrêt de la Cour du 21 décembre 2016 dans les affaires jointes C-20/15 P et C-21/15 P, EU:C:2016:981) et *Commission c/ Hansestadt Lübeck* (arrêt de la Cour du 21 décembre 2016 dans l'affaire C-524/14 P, EU:C:2016:971), la notion de sélectivité d'une aide se trouverait stabilisée pour un temps. Mais il faut constater que tel n'est pas le cas. Les récents arrêts *Retegal c/ Commission* (arrêt de la Cour du 20 décembre 2017 dans l'affaire C-70/16 P, EU:C:2017:1002) et *ANGED* (arrêt de la Cour du 26 avril 2018 dans les affaires C-236/16 et C-237/16, EU:C:2018:291) ont démontré la volonté de la Cour de mieux encadrer la notion de sélectivité et l'arrêt *Dirk Andres* peut être considéré comme s'inscrivant dans le même courant de réflexion. Cette fois, c'est la définition du cadre de référence, première étape de l'analyse de sélectivité des régimes, qui est au centre des préoccupations de la Cour de justice.

La clause d'assainissement : Une exception à l'exception

On rappellera que les arrêts du Tribunal annulés par la Cour (voir notamment *Trib. UE, 4 fév. 2016, Heitkamp Bauholding c/ Commission, aff. T-287/11, EU:T:2016:60*, Concurrences n°2-2016, p. 159) concernaient la législation fiscale allemande relative au report des pertes sur les années fiscales futures. Cette législation prévoit que les pertes réalisées au cours d'un exercice fiscal peuvent être reportées sur des exercices fiscaux ultérieurs et peuvent donc être soustraites du revenu imposable des années suivantes. Toutefois, la règle autorisant le report de pertes ne s'applique pas (ou pas entièrement) lorsqu'une partie importante du capital de la société est transférée. Le législateur allemand a par ailleurs dérogé à cette disposition interdisant le report de pertes, en faveur des entreprises en difficulté acquises à des fins d'assainissement. En d'autres termes, l'État membre a prévu une

exception à l'exception à la règle autorisant les reports de pertes.

La Commission a considéré, dans le cadre d'une décision finale négative avec récupération, que la mise en non-valeur des reports de pertes constituait le cadre de référence, c'est-à-dire la règle applicable dans tous les cas de modification substantielle de l'actionnariat. La clause d'assainissement permettant aux entreprises en difficulté de procéder au report de pertes, même en cas de modification substantielle de leur actionnariat, apparaissait donc comme une dérogation à cette règle générale et comme un avantage sélectif en faveur de ces entreprises constitutif d'une aide illégale et incompatible avec le marché intérieur.

Le Tribunal a approuvé cette analyse en première instance. Il a attaché une certaine importance à la technique législative utilisée par l'Allemagne (la technique de l'exception à l'exception), mais aussi examiné les arguments des requérantes et des autorités allemandes tenant à l'objectif prétendument poursuivi par la clause d'assainissement en faveur des entreprises en difficulté. En substance, l'Allemagne avait tenté de présenter la règle générale comme étant l'autorisation du report de pertes et l'interdiction de reports de pertes comme une simple clause anti-abus qui ne devait pas trouver à s'appliquer dans le cas où le risque d'abus n'existerait pas. Or, toujours selon l'Allemagne, dans le cas des entreprises en difficulté répondant aux conditions fixées par la loi pour bénéficier de la clause d'assainissement, aucun abus n'était à craindre et il n'existait donc pas de raison de les priver de la possibilité de reporter leurs pertes, même en cas de changement d'actionnariat. Ces arguments ont été réfutés par le Tribunal, qui a mis en lumière l'absence de cohérence de la mesure examinée par rapport à l'objectif prétendument poursuivi : si l'interdiction de report de pertes avait eu seulement pour objectif d'empêcher les abus (c'est-à-dire l'acquisition, aux seules fins d'économie d'impôt, de sociétés qui ne sont que des coquilles vides), elle aurait été conçue différemment.

La technique législative ne détermine pas le système de référence

L'arrêt de la Cour fait suite aux conclusions de l'Avocat général Nils Wahl, qui a critiqué l'arrêt du Tribunal pour s'être trop attaché à la technique législative employée par l'Allemagne, afin de déterminer les contours du système de référence. Il avait également mis en cause le manque de paramètres précis dans la jurisprudence de la Cour concernant la manière dont le système de référence devrait être déterminé, alors même que cette détermination présente un caractère crucial pour l'analyse de sélectivité.

Finalement, l'Avocat général a observé que la Cour avait généralement par le passé cherché à identifier l'intégralité du corps des règles qui influent sur la charge fiscale pesant sur les entreprises, et retenu une définition large du système de référence. Et il a approuvé cette approche qui "garantit qu'une mesure fiscale soit appréciée à l'aune d'un cadre englobant l'ensemble des dispositions pertinentes et

non à l'aune de dispositions qui ont été artificiellement sorties d'un cadre législatif plus large. Elle garantit aussi qu'il n'y ait pas, lors de l'appréciation de la sélectivité, une confusion entre la première et la deuxième étape. En effet, une approche moins large nécessiterait d'identifier les entreprises qui se trouvent dans une situation juridique et factuelle comparable. Or, il doit être gardé à l'esprit que la détermination du système de référence doit précéder la comparaison entre les entreprises" (point 109 des conclusions de l'Avocat général).

Il n'est pas certain que la Cour ait suivi ce raisonnement jusqu'à son terme car elle ne se prononce pas sur le lien qui peut exister entre la détermination du système de référence et le caractère comparable ou non des entreprises relevant de ce système. Cette question de la comparabilité des situations juridiques et factuelles des entreprises, qui tend à prendre de plus en plus d'importance dans les analyses de sélectivité, n'est ici pas directement abordée par la Cour. Il semble néanmoins que la Cour se soit largement inspirée de ces conclusions dans son arrêt.

Elle commence par affirmer que la qualification d'une règle de "cadre de référence" est une question de qualification juridique des faits qui peut faire l'objet d'un pourvoi. Elle souligne également l'importance de cette première étape de l'analyse de sélectivité, importance accrue dans le cas de mesures fiscales, puisque l'existence même d'un avantage ne peut être établie que par rapport à une imposition dite normale.

Puis, la Cour prend ses distances par rapport à la technique réglementaire utilisée par l'auteur de la mesure. Elle rappelle que, dans l'arrêt *Gibraltar* (arrêt du 15 novembre 2011, *Commission et Espagne c/ Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, affaires C-106/09 P et C-107/09 P, EU:C:2011:732), un système a été considéré comme sélectif, alors qu'il ne se présentait pas sous la forme d'une dérogation à une règle générale. À l'inverse, une mesure se présentant sous forme d'une dérogation n'est pas nécessairement sélective. Suivant sur ce point les conclusions de l'Avocat général, elle énonce que "la technique réglementaire utilisée ne saurait être un élément décisif aux fins de la détermination du cadre de référence" (point 92 de l'arrêt).

On notera toutefois que, dans le cadre d'une formule dont la portée n'est pas précisée, la Cour reconnaît qu'en certaines circonstances le caractère dérogatoire d'une disposition peut conserver sa pertinence aux fins de l'analyse de sélectivité : il s'agit des cas dans lesquels il découle de la dérogation que "deux catégories d'opérateurs sont distinguées et font a priori l'objet d'un traitement différencié, à savoir ceux relevant de la mesure dérogatoire et ceux qui continuent de relever du régime fiscal commun, alors même que ces deux catégories se trouvent dans une situation comparable au regard de l'objectif poursuivi par ledit régime (...)" (point 93 de l'arrêt).

Après avoir rappelé le raisonnement suivi par le Tribunal, la Cour l'écarte de manière péremptoire. Elle estime qu'il ne pouvait exclure du cadre général de référence la règle générale de report des pertes. Se référant au point 109

des conclusions de l'Avocat général, elle considère que "la sélectivité d'une mesure fiscale ne saurait être justement appréciée à l'aune d'un cadre de référence constitué de quelques dispositions qui ont été artificiellement sorties d'un cadre législatif plus large" (point 103 de l'arrêt), "alors que l'examen d'ensemble du contenu de ces dispositions aurait dû permettre de constater que la clause d'assainissement avait pour effet de définir une situation relevant de la règle générale du report des pertes" (point 102 de l'arrêt).

Un arrêt difficile à interpréter

Cet arrêt de la Cour, si simple en apparence, si bref aussi dans la partie décisive du raisonnement, n'en pose pas moins des difficultés d'interprétation, qui tiennent précisément à ses silences. Si l'on comprend que la Cour n'ait pas accordé une importance décisive à la technique législative employée par l'Allemagne, au motif classique que la forme des interventions étatiques ne peut prévaloir sur leurs effets (voir en ce sens le point 92 de l'arrêt), les ressorts de la définition du système de référence n'en conservent pas moins une grande part de leur mystère.

Faut-il interpréter l'arrêt de la Cour comme une consécration, par principe, du cadre de référence le plus large possible, dès lors qu'une mesure se rattache d'une manière ou d'une autre à un système général d'imposition ? Ou faut-il seulement penser qu'en l'espèce la définition d'un système de référence large relevait, pour la Cour, de l'évidence ?

Surtout, à partir du moment où l'on écarte les éléments techniques, tels que la forme dérogatoire de la mesure, pour tenter de définir le système de référence, ne faut-il pas s'attacher à d'autres paramètres, tels que les objectifs poursuivis par les différentes dispositions en présence, et leur cohérence ? Or, ces éléments paraissent singulièrement absents de l'arrêt de la Cour. Doivent-ils être réservés à l'analyse de comparabilité de la situation des bénéficiaires de la mesure avec celle des entreprises qui n'en bénéficient pas et à l'analyse de justification de la mesure par la nature et la logique du système, c'est-à-dire aux étapes suivantes de l'analyse de sélectivité ? Comment doit-on alors appréhender la disparité de traitement que le Tribunal avait observée en l'espèce entre des situations pourtant comparables en ce sens qu'elles ne comportaient pas de risque d'abus de report de pertes ? Ne s'agit-il pas d'une discrimination et, dans ce cas, n'est-on pas en présence d'une mesure sélective par essence ? Ou faut-il voir au contraire, dans la position de la Cour, une forme de réserve à l'égard de choix qui doivent être laissés aux États membres ?

Tout porte à croire que cet arrêt ne constitue qu'un point, somme toute assez ciblé, du tableau plus général qui se dessine progressivement et qui devrait permettre de redéfinir les contours de la sélectivité, particulièrement en matière fiscale. Il reste que l'on peut, à ce stade, rester surpris par la brièveté de la solution retenue.

B. S. ■

À NOTER

Régime d'aide autorisé – Refus – Condition non prévue par le régime autorisé : La Cour de justice de l'Union européenne confirme que le fait qu'un régime d'aide d'État ait été autorisé par la Commission européenne n'oblige pas un État membre à octroyer à une entreprise une aide sur le fondement de ce régime, si celle-ci ne remplit pas les conditions prévues par d'autres dispositions du droit national (CJUE, 30 mai 2018, *Yanchev*, aff. C-481/17, EU:C:2018:352)

Saisie par une juridiction bulgare, à l'occasion d'un litige opposant l'administration fiscale à un agriculteur, la Cour a rappelé que si l'article 108, paragraphe 3, TFUE oblige les États membres à notifier à la Commission leurs projets en matière d'aides d'État avant leur mise à exécution, il ne les oblige pas, en revanche, à octroyer une aide, même si celle-ci s'inscrit dans le cadre d'un régime approuvé par une décision de la Commission. Une telle décision a seulement pour objet et pour effet d'autoriser un régime d'aide en le déclarant compatible avec le marché intérieur (CJUE, 20 mai 2010, *Todaro Nunziatina & C.*, aff. C-138/09, EU:C:2010:291, point 52). En l'espèce, l'agriculteur en cause s'était vu refuser le bénéfice de la réduction d'impôt prévue par un régime d'aide national approuvé par la décision C(2011)863 de la Commission, au motif qu'il ne respectait pas une condition, en l'occurrence, le fait de ne pas avoir de dette impayée à l'égard de l'État. Cette condition était prévue, non pas par le régime en cause, mais par d'autres dispositions de la législation bulgare. Faisant application au cas d'espèce de cette jurisprudence constante, la Cour indique, par une ordonnance adoptée au titre de l'article 99 de son règlement de procédure, que la décision C(2011)863 ne fait pas obstacle à ce que les autorités bulgares refusent l'octroi d'une aide au titre de ce régime au motif que le demandeur ne satisfait pas à une condition, prévue par le droit national, et ce nonobstant le fait que ladite décision ne prévoit pas explicitement une telle condition.

R. V. ■

2. Tribunal de l'Union européenne

Article 108 § 2 TFUE – Injonctions de suspension – Effets : Le Tribunal de l'Union européenne confirme l'adoption appropriée d'injonctions de suspension en même temps que l'adoption d'une décision d'ouverture formelle d'examen et clarifie la portée de leurs effets suspensifs (Trib. UE, 25 avril 2018, *Hongrie c/ Commission*, aff. T554/15 et T555/15, EU:T:2018:220)

L'arrêt commenté examine des questions intéressantes de procédure d'aides d'État liées à la portée de l'effet suspensif d'une mesure d'un État membre non notifiée à la Commission et faisant l'objet à la fois d'une décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen et d'une injonction de suspension. L'arrêt évoque également des points inédits en termes de recevabilité.

Contexte

En décembre 2014, le Parlement hongrois a instauré une nouvelle taxe, applicable aux entrepositaires, importateurs ou négociants agréés de produits du tabac tirant au moins 50% de leur chiffre d'affaires annuel total de la production ou du commerce de ces produits ("contribution santé"), perçue selon un taux progressif sur le chiffre d'affaires. La taxe est réduite jusqu'à 80% en cas d'investissements admissibles dans des actifs corporels ("réduction de la contribution santé en cas d'investissements"). La taxe a été ensuite modifiée par l'introduction d'un taux progressif de la redevance applicable spécifiquement aux magasins commercialisant les biens de consommation courante ("redevance d'inspection de la chaîne alimentaire modifiée"). Ces deux mesures seront dénommées ci-après les "mesures litigieuses".

À la suite de plaintes, en juillet 2015, la Commission a ouvert la procédure formelle d'examen de l'article 108, paragraphe 2, TFUE à l'égard des deux dispositions ("décision relative à la contribution santé" et "décision relative à la modification de la redevance d'inspection de la chaîne alimentaire", ci-après, prises ensemble, les "décisions litigieuses").

La Commission a estimé que la différenciation entre les entreprises se trouvant dans une situation comparable, découlant, d'une part, du taux progressif de la redevance d'inspection de la chaîne alimentaire modifiée et, d'autre part, du taux progressif de la contribution santé, ainsi que de la réduction de la contribution santé en cas d'investissements, pouvait impliquer une aide d'État incompatible avec le marché intérieur.

Les mesures litigieuses n'ayant pas été notifiées et étant toujours appliquées au moment de l'adoption des décisions litigieuses, la Commission a également adopté, dans les mêmes actes que les décisions litigieuses, des injonctions de suspension, enjoignant à la Hongrie

de suspendre les mesures litigieuses jusqu'à ce que la Commission prenne la décision relative à la compatibilité de ces mesures avec le marché intérieur (ci-après, les "injonctions attaquées").

Le 4 juillet 2016, la Commission a adopté deux décisions mettant fin aux procédures formelles d'examen et constatant que les mesures litigieuses constituent des aides illégales et incompatibles avec le marché intérieur (ci-après, prises ensemble, les "décisions finales").

La Hongrie a contesté ces décisions finales en vue de leur annulation partielle, à savoir dans la mesure où elles ordonnent la suspension de l'application du taux d'imposition progressif de la contribution santé et de la réduction de la contribution santé en cas d'investissement et la suspension de l'application du taux d'imposition progressif de la redevance d'inspection de la chaîne alimentaire modifiée.

Observations du Tribunal sur la procédure de contrôle des aides d'État

Au début de son arrêt, le Tribunal se lance dans une longue description de procédure de contrôle des aides d'États (points 20 à 33).

On peut en retenir les points suivants :

- l'ouverture d'une procédure formelle d'examen est possible non seulement en cas de mesure notifiée, mais également, en cas d'aide illégale (aide nouvelle mise à exécution en violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE);
- dans ce cas, une décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen modifie la situation juridique de cette mesure, eu égard à la conclusion provisoire de la Commission sur son caractère d'aide d'État et sur son caractère illégal;
- jusqu'à l'adoption d'une telle décision, l'État membre à l'origine de la mesure, les entreprises bénéficiaires et les autres opérateurs économiques peuvent penser que la mesure est licitement mise en œuvre;
- en revanche, après l'adoption d'une telle décision, "il existe à tout le moins un doute important sur la légalité de la mesure en cause, qui, sans préjudice de la faculté de solliciter des mesures provisoires auprès du juge des référés, doit conduire l'État membre à en suspendre l'application, dès lors que l'ouverture de la procédure formelle d'examen exclut une décision immédiate concluant à la compatibilité avec le marché intérieur qui permettrait de poursuivre licitement l'exécution de ladite mesure" (point 26);
- la qualification d'aide d'État illégale oblige donc l'État membre destinataire de cette décision à suspendre immédiatement la mise à exécution de cette mesure; cette obligation "découle automatiquement de cette décision, en ce sens que l'État membre est tenu lui-même de tirer toutes les conséquences de ladite décision" (point 29);
- mais, cette obligation de suspendre la mise à exécution de la mesure nationale non notifiée et qualifiée d'aide d'État illégale trouve également son fondement dans l'article 108, paragraphe 3, TFUE; en effet, cette disposition "institue un contrôle préalable sur les projets d'aides nouvelles dont l'objectif est d'assurer que seules des aides compatibles avec le marché intérieur soient mises à exécution. Afin de réaliser cet objectif, la mise à exécution d'un tel projet d'aide doit donc être suspendue jusqu'à ce que le doute sur sa compatibilité soit levé par la décision finale de la Commission" (point 28);
- la Cour a reconnu à la Commission, pour garantir le respect de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, "le pouvoir d'enjoindre à l'État membre concerné de suspendre immédiatement le versement d'une aide qu'elle estime illégale, après avoir mis cet État membre en mesure de s'exprimer" (point 30; il s'agit de la jurisprudence "Boussac": arrêt du 14 février 1990, *France c/ Commission*, aff. C-301/87, EU:C:1990:67, points 18 à 20);
- il ne résulte "ni de cette jurisprudence ni [du règlement de procédure], qui l'a reprise, que la Commission serait tenue d'enjoindre automatiquement à l'État membre concerné de suspendre le versement d'une aide [illégal]. En effet, la solution inverse aboutirait à priver de son intérêt l'obligation légale imposée à l'État membre par l'article 108, paragraphe 3, TFUE de ne pas mettre à exécution les aides projetées avant la décision finale de la Commission et aurait pour conséquence d'inverser les rôles entre les États membres et la Commission" (point 31);
- il existe des "différences d'ordre procédural entre, d'une part, la suspension d'une mesure en cours d'exécution découlant de la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen qualifiant cette mesure d'aide d'État illégale et, d'autre part, une injonction de suspension prise à l'égard de ladite mesure. En particulier, en vertu [du règlement de procédure], en cas de non-respect de l'injonction de suspension, la Commission est habilitée à saisir directement la Cour de justice de l'Union européenne sans mise en demeure préalable afin qu'elle déclare que ce non-respect constitue une violation du traité FUE" (point 32);
- ces différences d'ordre procédural "n'affectent pas pour autant le principal effet juridique qu'emportent tant la décision d'ouvrir une procédure formelle d'examen que l'injonction de suspension et qui est l'obligation, à charge de l'État membre, de suspendre l'exécution de la mesure faisant l'objet de ces décisions, fondée sur l'article 108, paragraphe 3, TFUE" (point 33).

Recevabilité

L'aspect particulier de ces affaires réside dans le fait que la Hongrie demande l'annulation des seules injonctions de suspension énoncées dans les décisions litigieuses et non l'annulation des décisions litigieuses (ouverture des procédures formelles d'examen) ni des décisions finales. Selon la Hongrie, les injonctions attaquées sont détachables des décisions litigieuses même si elles ont été prises par le même acte.

Le Tribunal juge à ce sujet que “[m]ême lorsqu’elles *interviennent en même temps, comme dans le cas d’espèce, la décision d’ouvrir une procédure formelle d’examen et l’injonction de suspension constituent des actes distincts et régis par des dispositions différentes du règlement [de procédure]*” (point 37). En outre, une injonction de suspension prend la forme d’une “*décision*” au sens de l’article 288 TFUE, “*qui produit des effets de droit obligatoires et qui, par conséquent, est susceptible de recours*” (point 38).

En conséquence, “*lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, la Commission décide par un seul acte d’ouvrir une procédure formelle d’examen et d’adopter une injonction de suspension, cette injonction est détachable du reste de l’acte et peut donc, à elle seule, faire l’objet d’un recours en annulation*” (point 39). Alors même que la Hongrie ne développe pas de moyen à l’encontre de l’effet suspensif de l’ouverture de la procédure formelle d’examen, comme un État membre n’a pas à démontrer son intérêt à agir, ses recours sont recevables.

On peut en déduire que cela n’aurait pas été le cas, dans des circonstances similaires, d’un bénéficiaire qui aurait contesté la seule injonction de suspension et non pas la décision d’ouverture de la procédure formelle d’examen.

Le Tribunal examine également la persistance de l’objet des recours dès lors que les décisions litigieuses ont été suivies par des décisions finales confirmant l’appréciation provisoire de la Commission, qui n’ont pas été contestées par la Hongrie. En principe, le rejet du recours contre une décision finale entraîne en effet la disparition de l’objet du recours introduit contre la décision d’ouvrir la procédure formelle d’examen (point 47). Mais, le Tribunal juge que cette jurisprudence ne peut pas être transposée en l’espèce pour les raisons suivantes et que les recours conservent leur objet :

- selon le principe précité, “*la question de la disparition de l’objet du recours se confond en réalité avec celle de la disparition de l’intérêt à agir de la partie requérante*”; or, les États membres n’ont pas à démontrer leur intérêt à agir (point 49);
- une injonction de suspension peut “être entachée d’illégalités autres que celles liées à la qualification erronée de la mesure examinée par la Commission d’aide d’État illégale”;
- “*si l’adoption d’une décision clôturant la procédure formelle d’examen devait entraîner la perte de l’objet du recours introduit contre l’injonction de suspension, le contrôle juridictionnel de telles illégalités serait entravé*”;
- le principe de “*communauté de droit*” de l’arrêt “*Les Verts*” s’applique: “*ni l’Union, ni les États membres ni les institutions n’échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu’est le traité FUE*” (point 50).

Moyens d’annulation

La Hongrie invoque quatre moyens essentiellement identiques :

- “*abus de pouvoir d’appréciation*”, erreur manifeste d’appréciation lors de l’adoption de l’injonction de suspension, violation du principe de proportionnalité ;
- violation des principes de non-discrimination et d’égalité de traitement ;
- violation de l’obligation de motivation ainsi que des droits de la défense ;
- violation de l’obligation de coopération loyale, du principe de bonne administration et du droit à un recours effectif).

En outre, lors de l’audience, la Hongrie a soulevé une nouvelle argumentation dénonçant une définition erronée du cadre de référence auquel dérogeaient les mesures nationales en cause, conduisant à une absence préten due de sélectivité. Comme les requêtes ne soulèvent aucunement ce moyen et qu’en outre, la Hongrie ne conteste que les injonctions attaquées et non pas les raisons ayant conduit la Commission à ouvrir les procédures formelles d’examen, le Tribunal déclare ce moyen irrecevable.

Notre analyse suivra le classement des moyens mais se contentera de l’essentiel des points pertinents car l’exposé des moyens et leur examen par le Tribunal est particulièrement lourd, sans toutefois apporter beaucoup d’intérêt aux questions juridiques abordées.

“**Abus de pouvoir d’appréciation**”, erreur manifeste d’appréciation dans l’application de l’injonction de suspension et violation du principe de proportionnalité

Erreur manifeste d’appréciation

La Hongrie fait valoir en substance que la Commission était tenue d’invoquer dans les décisions litigieuses une pratique établie ou une jurisprudence au regard desquelles le caractère d’aide d’État des mesures nationales en cause ne ferait pas de doute.

Le Tribunal recadre le contexte procédural des décisions litigieuses. En cas d’ouverture de la procédure formelle d’examen à l’encontre d’une mesure nationale non notifiée, “*le fait que la qualification de la mesure nationale en cause d’aide d’État illégale soit provisoire n’affecte aucunement [l’]obligation de suspension [qui résulte de cette décision]*” (point 66).

Le Tribunal élabore ensuite en détail les raisons pour lesquelles, pour l’application des articles 107 et 108 TFUE, la Commission a un “*rôle central et exclusif pour la reconnaissance de l’incompatibilité éventuelle d’une aide avec le marché intérieur, le rôle des juridictions nationales étant de sauvegarder les droits que les justiciables tiennent de l’effet direct de l’interdiction édictée à la dernière phrase de l’article 108, paragraphe 3, TFUE*” : les compétences des juridictions nationales ne peuvent limiter les pouvoirs de la

Commission et elles sont au contraire limitées lorsque la Commission adopte une décision ouvrant une procédure formelle d'examen (point 68). Dans ce contexte, le Tribunal rappelle que l'injonction de suspension n'est soumise qu'à une condition de fond (la qualification, provisoire, de la mesure comme aide d'État illégale) et à une condition procédurale (donner à l'État membre concerné la possibilité de présenter ses observations).

Le Tribunal rejette les prétentions de la Hongrie et juge que la Commission n'était pas tenue d'invoquer dans les décisions litigieuses une pratique établie ou une jurisprudence au regard desquelles le caractère d'aide d'État des mesures nationales en cause ne ferait pas de doute. Le Tribunal évoque à ce sujet le fait que seules les aides incompatibles doivent être supprimées par les États membres et que le droit de l'Union n'impose pas une obligation de récupération intégrale de toute aide illégale (lorsqu'elle est déclarée compatible). Une aide ne peut être déclarée incompatible au seul motif de son illégalité. L'effet suspensif immédiat résultant de l'ouverture de la procédure formelle d'examen n'oblige donc pas l'État membre concerné à faire récupérer l'aide illégale, même si une juridiction nationale peut être amenée à exiger cette récupération avant que la Commission ne se prononce sur la compatibilité.

En tout état de cause, le Tribunal relève que, plusieurs mois avant l'adoption des décisions litigieuses, la Commission avait ouvert une procédure formelle d'examen à l'égard d'une taxe introduite par la Hongrie dans le secteur de la publicité, dont les modalités ressemblaient à celles des mesures litigieuses. La Hongrie ne saurait donc valablement soutenir *“qu'elle n'était au courant d'aucune pratique de la Commission consistant à qualifier les mesures fiscales nationales comportant un tel taux progressif d'aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE”* (point 81). La Commission n'a donc pas violé la disposition du règlement de procédure régissant l'adoption de l'injonction de suspension.

Violation du principe de proportionnalité

Selon la Hongrie, l'injonction de suspension n'est pas le seul moyen pour corriger les effets d'une mesure fiscale nationale susceptible de recevoir une qualification d'aide d'État à l'issue de la procédure formelle d'examen. En outre, une telle injonction constituerait une telle ingérence dans l'ordre réglementaire interne qu'elle ne devrait être utilisée qu'en l'absence d'autres instruments moins radicaux.

Le Tribunal se réfère à son raisonnement précité (points 70 à 86 de l'arrêt) : l'adoption d'une injonction de suspension n'est pas soumise à d'autres conditions que celles énoncées par le règlement de procédure.

En outre, la Commission a, à bon droit, considéré le comportement des autorités hongroises comme un refus de se soumettre à l'obligation de suspension. L'adoption des injonctions attaquées était donc appropriée et nécessaire à la réalisation des objectifs des articles 107 et 108 TFUE. Même si une injonction de suspension est une

mesure plus contraignante que l'ouverture de la procédure formelle d'examen, *“ces deux actes produisent essentiellement le même effet juridique, à savoir l'obligation de suspendre immédiatement le versement de l'aide d'État concernée. Ainsi, les inconvénients causés à l'État membre par une injonction de suspension ne sont pas démesurés par rapport aux buts visés par les articles 107 et 108 TFUE”* (point 99).

La Commission n'a donc pas violé le principe de proportionnalité.

Violation des principes de non-discrimination et d'égalité de traitement

La Hongrie considérerait également que la Commission avait décidé d'utiliser les injonctions de suspension à son endroit alors qu'elle n'avait pas utilisé cette mesure à l'égard des autres États membres, y compris dans des décisions concernant les mesures fiscales (taxes aéroportuaires, mesures de *tax rulings*). La Commission n'aurait adopté des mesures de suspension que de façon sporadique dans le passé, mais aurait adopté trois injonctions à l'égard de la Hongrie au cours de la seule année 2015.

Le Tribunal relève que la Hongrie se limite à renvoyer à un certain nombre de décisions de la Commission en les identifiant uniquement par leur titre. La Hongrie ne précise pas s'il s'agit de décisions d'ouvrir des procédures formelles d'examen ou de décisions finales et seul le fait qu'elles concernent l'application des règles sur les aides d'État à des mesures fiscales les rapprocheraient. Mais, la Hongrie n'expose pas si, et en quoi, ces mesures fiscales étaient semblables aux mesures litigieuses, ni n'établit si les décisions évoquées concernent des mesures notifiées ou non et si les États membres en cause ont respecté l'obligation de suspension. Le Tribunal en déduit que la Hongrie n'a pas démontré que les situations qu'elle invoque ont été effectivement comparables à la sienne.

Le Tribunal ajoute que le pouvoir d'adopter des injonctions de suspension n'implique pas l'obligation d'enjoindre automatiquement à l'État membre concerné de suspendre le versement d'une aide qui n'a pas été notifiée. C'est à juste titre que la Commission a considéré qu'elle n'était pas tenue de motiver son choix de ne pas adopter d'injonction de suspension dans un cas donné.

La Commission n'a donc pas violé les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement.

Violation de l'article 296, paragraphe 2, TFUE, de l'article 41, paragraphe 2, sous c), de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que des droits de la défense

Selon la Hongrie, la Commission n'aurait pas expliqué pourquoi l'adoption des injonctions attaquées était nécessaire en l'espèce. Elle n'aurait pas exposé les raisons pour lesquelles, en l'espèce, elle a fondé les injonctions de suspension sur des critères différents de ceux qu'elle avait appliqués dans d'autres affaires dans lesquelles elle a adopté de telles injonctions.

Le Tribunal relève, quant au standard de la motivation d'une injonction de suspension, que cette décision est adoptée *“avant que la Commission ne se prononce de manière définitive sur la compatibilité avec le marché intérieur de la mesure concernée, et ce indépendamment du fait que cette injonction intervienne en même temps que la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen ou qu'elle lui soit postérieure”* (point 129). Dans ces conditions, *“eu égard à l'objectif des injonctions de suspension”*, selon le Tribunal, *“le standard de la motivation de l'injonction de suspension”*, pour la qualification de la mesure d'aide d'État illégale, *“doit correspondre à celui exigé par la jurisprudence pour les décisions d'ouvrir la procédure formelle d'examen”* (point 129). Or, le Tribunal constate que pour ce type de décisions, *“la Commission peut se limiter à récapituler les éléments pertinents de fait et de droit, à inclure une évaluation provisoire de la mesure visant à déterminer si elle présente le caractère d'une aide et à exposer les raisons qui l'incitent à douter de sa compatibilité avec le marché intérieur”* (point 129). En outre, en adoptant une injonction de suspension, *“la Commission doit démontrer la réunion des seules conditions exigées par [le règlement de procédure] (...)”* et *“n'est pas tenue de motiver son choix de ne pas adopter d'injonction de suspension dans un cas donné”* (point 130).

Le Tribunal applique ce standard de la motivation aux circonstances de l'espèce et au contenu des décisions attaquées. Il constate que *“ces éléments sont suffisants pour comprendre que la Commission estimait, au vu des circonstances, qu'il existait un risque de mise à exécution des mesures nationales en cause malgré l'ouverture de la procédure formelle d'examen”* (point 136). Enfin, le Tribunal rappelle que, *“quelques mois avant l'adoption des injonctions attaquées, la Commission avait ouvert une procédure formelle d'examen à l'encontre de mesures fiscales hongroises fondées sur le même schéma que les mesures nationales en cause (...) et que ces mesures n'ont pas été suspendues en dépit de l'ouverture de ladite procédure. Bien que cet élément ne soit pas mentionné dans les décisions litigieuses, il fait partie du contexte de l'adoption des injonctions attaquées et les autorités hongroises ne pouvaient l'ignorer”* (point 137).

La Commission a donc suffisamment motivé les décisions litigieuses et le grief tiré d'une violation des droits de la défense doit être écarté car la Hongrie n'avance aucun argument à son appui.

Violation de l'obligation de coopération loyale (article 4, paragraphe 3, TUE), du principe de bonne administration et du droit à un recours effectif

S'agissant de la prétendue violation de l'obligation de coopération loyale, le Tribunal relève que la Hongrie s'est limitée à contester la qualification d'aides d'État des mesures litigieuses sans commenter les injonctions de suspension que la Commission avait annoncées. La Commission pouvait dès lors interpréter cette attitude comme créant un risque de refus des autorités hongroises de collaborer et de se soumettre à l'obligation de suspension. Les décisions attaquées ne sauraient être considérées comme une violation du principe de coopération loyale.

Les injonctions de suspension n'aboutissent pas non plus à une violation du droit à un recours effectif, les États membres disposant en tout état de cause d'un recours contre les décisions en cause au cours duquel ils peuvent développer leurs arguments tant sur la qualification de la mesure nationale concernée d'aide d'État, que sur sa qualification d'aide nouvelle soumise à l'obligation de suspension, ou même s'abstenir de critiquer la qualification de la mesure concernée d'aide d'État illégale et se contenter de dénoncer les vices de l'injonction de suspension comme l'a fait la Hongrie en l'espèce. Mais, le Tribunal relève que, dans ce dernier cas, *“à supposer même qu'un tel recours soit accueilli, il ne pourra pas avoir pour conséquence la disparition de l'obligation de suspension, étant donné que celle-ci se rattache également à la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen”* (point 155).

La Hongrie n'avance aucun argument quant à la violation du principe de bonne administration.

Les recours sont donc rejetés intégralement.

J. D. ■

Ports maritimes – Exonération de l'impôt sur les sociétés – Égalité de traitement :

Le Tribunal de l'Union européenne confirme la décision de la Commission européenne déclarant l'exonération de l'impôt sur les sociétés accordée à six ports maritimes néerlandais incompatible avec le marché intérieur et ordonnant aux Pays-Bas de l'abolir (*Trib. UE, 31 mai 2018, Groningen Seaports e.a., aff. T-160/16, EU:T:2018:317*)

Infrastructure essentielle au développement des échanges internationaux, les ports maritimes font l'objet de soutiens aussi anciens qu'importants de la part des États membres. Afin de garantir une concurrence équitable entre tous les ports de l'Union et afin de clarifier la situation de ceux-ci au regard des règles sur les aides d'État, la Commission a lancé diverses enquêtes concernant les mesures dont bénéficient ces infrastructures. L'arrêt sous commentaire est le premier à se prononcer, au fond, sur une décision adoptée par la Commission dans ce cadre.

Contexte

Depuis 1956, les entreprises publiques néerlandaises bénéficiaient d'une exonération de l'impôt sur les sociétés. Celle-ci fut confirmée par une loi de 1969. En 1997, la Commission a ouvert une enquête sur les règles d'imposition particulières s'appliquant aux entreprises publiques dans les États membres et, en 2004, elle a ouvert une procédure d'office concernant l'exonération prévue par la loi de 1969. Après avoir engagé la procédure de coopération, prévue à l'article 17 du règlement n° 659/1999, puis proposé, conformément à l'article 18 de ce même règlement, des mesures utiles, la Commission a ouvert, en 2014, une procédure formelle d'examen à l'encontre

l'exonération prévue par la loi de 1969. En 2015, les autorités néerlandaises ont adopté une loi soumettant les entreprises publiques à l'impôt sur les sociétés, à l'exception, notamment, de six entreprises qui gèrent des ports maritimes publics. C'est dans ce contexte que la Commission a adopté, en 2016, la décision 2016/634 (JO 2016, L 113, p. 148), dans laquelle elle a examiné l'exonération de l'impôt sur les sociétés accordée à la majorité des entreprises publiques en vertu de la loi de 1969 ainsi que celle maintenue pour les ports en vertu de la loi de 2015. Elle a en particulier considéré que ces exonérations constituaient des aides d'État existantes incompatibles avec le marché intérieur et que celle maintenue pour les ports en vertu de la loi de 2015 devait être abolie.

Il est à noter que cette décision s'inscrit dans le cadre plus large des investigations menées par la Commission depuis 2013 concernant le fonctionnement et la fiscalité des ports européens. En effet, outre celle concernant les mesures néerlandaises, la Commission a ouvert, en 2016, des procédures formelles d'examen concernant des exonérations d'impôt sur les sociétés mises en œuvre en Belgique et en France en faveur de leurs ports. Ces deux dernières procédures ont conduit à l'adoption de deux décisions, en 2017, constatant que ces exonérations constituaient des régimes d'aides d'État existants incompatibles avec le marché intérieur et devant être abolis (décisions 2017/2015 et 2017/2116, JO 2017, L 332, pp. 1 et 24). En 2014, sans ouvrir de procédure formelle d'examen, la Commission a également demandé à l'Allemagne de lui fournir des informations.

C'est dans ce contexte que les six ports néerlandais concernés par l'exonération maintenue par la loi de 2015 ont introduit un recours devant le Tribunal afin de contester la décision 2016/634.

Ces ports ne cherchaient pas, par leur recours, à contester la conclusion selon laquelle l'exonération en cause constituait une aide incompatible avec le marché intérieur. Cette stratégie contentieuse apparaît d'ailleurs assez pertinente, eu égard à la faible probabilité de voir prospérer une telle contestation. En fait, les ports requérants reprochaient à la Commission de ne pas avoir clos toutes enquêtes relatives aux aides au secteur portuaire en même temps ou de ne pas avoir assorti sa décision d'une période transitoire afin de les assujettir à l'impôt sur les sociétés, au même moment, que leurs concurrents. Ils remettaient ainsi *de facto* en cause la manière dont la Commission avait géré les différentes procédures relatives aux aides d'État dans le secteur portuaire.

Outre un moyen tiré de la violation de l'obligation de motivation, qui ne retiendra pas l'attention dans le cadre de la présente chronique, les ports requérants reprochaient à la Commission d'avoir enfreint les objectifs du contrôle des aides d'État ainsi que les principes de bonne administration et d'égalité de traitement.

La Commission n'enfreint pas les objectifs du contrôle des aides d'État en adoptant une décision concernant un régime d'aide particulier, alors que des régimes similaires existent dans d'autres États membres

Par un premier moyen, les ports requérants faisaient grief à la Commission de ne pas s'être acquittée de sa mission de garantie des conditions de concurrence équitables entre tous les ports maritimes de l'Union. Elle aurait en effet perturbé ces conditions, en intervenant, par la décision 2016/634, uniquement sur leur position concurrentielle et non sur celle des entreprises avec lesquelles ils sont en concurrence.

Le Tribunal écarte sèchement (en trois points!) cette argumentation. Il rappelle ainsi que la violation éventuelle par un État membre d'une obligation lui incombant en vertu du traité, notamment de l'interdiction de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, ne saurait être justifiée par la circonstance que d'autres États membres manqueraient également à cette obligation. Il souligne aussi que l'effet de plusieurs distorsions de concurrence sur les échanges entre États membres n'est pas de se neutraliser mutuellement, mais qu'il est, au contraire, de nature cumulative, ce qui augmente les conséquences nuisibles pour le marché intérieur (CJUE, 22 mars 1977, *Steinike & Weinlig*, aff. C-78/76, EU:C:1977:52, point 24). Il en déduit que, à supposer que d'autres États membres accordent des aides d'État à leurs ports, il n'en demeure pas moins que, en déclarant l'aide accordée aux ports maritimes publics néerlandais incompatible avec le marché intérieur et en ordonnant qu'elle soit abolie, la Commission vise à rétablir des conditions de concurrence équitables dans le secteur portuaire et donc à remplir les objectifs des règles en matière d'aides d'État. Le Tribunal justifie cette position par le constat, pour le moins idéaliste, que "*des conditions de concurrence équitables sont nécessairement des conditions de concurrence sans aides d'État, puisque ce sont ces aides qui créent des distorsions de concurrence*". Sur ce point, il aurait été à tout le moins souhaitable que le Tribunal précise qu'il visait les "*aides d'État incompatibles avec le marché intérieur*", et non les "*aides d'État*" en général, dès lors que tout soutien public n'affecte pas nécessairement les conditions de concurrence.

Quoiqu'il en soit, dès lors que la décision attaquée poursuit l'objectif de rétablir des conditions de concurrence équitables, le Tribunal estime que la Commission remplit sa mission de contrôle des aides d'État. Ce faisant, le Tribunal estime que la Commission n'enfreint pas les objectifs du contrôle des aides d'État en adoptant une décision concernant un régime d'aide particulier, alors que des régimes similaires existent dans d'autres États membres.

Si la logique qui sous-tend ce raisonnement est conforme à la jurisprudence, il n'en demeure pas moins que la question se pose de savoir si lesdits objectifs ne seraient pas mieux servis par une approche globale de la Commission et l'adoption de décisions concomitantes par cette dernière, afin d'éviter les distorsions ponctuelles de concurrence entre les entreprises concernées.

La Commission ne viole pas le principe d'égalité de traitement en n'ordonnant pas l'abolition de régimes d'aides existants d'autres États membres, similaires à celui pour lequel elle adopte une décision de suppression.

Par un autre moyen, les ports requérants invoquaient, en substance, une violation des principes d'égalité de traitement et de bonne administration. Selon eux, dès lors qu'elle avait connaissance des mesures en faveur des ports allemands, français et belges, la Commission aurait dû ouvrir une enquête sectorielle ou, à tout le moins, joindre ou coordonner les enquêtes en cours. Ils lui reprochaient également de ne pas avoir assorti sa décision d'une période transitoire afin de coordonner la suppression des exonérations en cause.

Si le Tribunal écarte logiquement le grief concernant l'existence d'une négligence ou d'une violation du principe de bonne administration, c'est la réponse apportée à celui relatif à la violation du principe d'égalité de traitement qui retient principalement l'attention.

À cet égard, le Tribunal rappelle tout d'abord que ce principe doit se concilier avec le principe de légalité, ce qui implique que nul ne peut invoquer à son profit une illégalité commise en faveur d'autrui. Il estime donc que les ports requérants ne pouvaient, pour obtenir l'annulation de la décision 2016/634, se prévaloir du fait que la Commission n'avait pas, à tort, demandé, au même moment, à la Belgique, à l'Allemagne et à la France d'abolir les aides accordées à leurs ports. Le Tribunal prend soin de préciser à cet égard que si, certes, une aide existante doit être considérée comme étant légale aussi longtemps que la Commission n'a pas constaté son incompatibilité avec le marché intérieur, il n'en demeure pas moins que, dès lors qu'elle a constaté que l'exonération en cause était une aide d'État incompatible avec le marché intérieur, cette aide devait être supprimée et les ports requérants ne pouvaient tirer du principe d'égalité de traitement le droit de pouvoir continuer à bénéficier d'une aide incompatible. En tout état de cause, ainsi que le Tribunal le souligne, eu égard aux différences entre le régime néerlandais et les régimes des autres États membres, ainsi qu'entre les procédures menées à leur encontre, toute violation du principe d'égalité de traitement devait être écartée, dès lors que les situations n'étaient pas identiques.

Le Tribunal complète son raisonnement en relevant que retenir l'argumentation des ports requérants conduirait à ce que la Commission dût attendre de terminer toutes ses enquêtes à l'égard de tous les États membres qui accordent des aides à leurs ports maritimes pour prendre ses décisions finales et ordonner la suppression desdites aides, au détriment des États membres qui n'accordent pas d'aides à leurs ports maritimes.

Cette indication n'est pas dénuée de fondement. Elle ne prend cependant pas en compte la circonstance que les enquêtes en cours étaient relativement simultanées et que la décision concernant les ports belges et français n'est intervenue qu'environ dix-huit mois après celle concernant les ports néerlandais. Dans ces circonstances, demeure posée la question de savoir s'il n'aurait pas été plus pertinent d'assurer une plus grande concomitance dans le traitement des affaires, nonobstant la circonstance que la Commission n'y était pas juridiquement pas obligée.

Quant à l'argument des ports requérants selon lequel la Commission aurait dû ouvrir une enquête sectorielle, le Tribunal l'écarte en deux temps.

Premièrement, il relève que cette possibilité a été introduite par le règlement n° 734/2013 (*JO* 2013, L 204, p. 15), postérieurement à l'enquête sur la fiscalité applicable aux entreprises publiques néerlandaises et que cette enquête ne pouvait donc pas se fonder sur une disposition non encore entrée en vigueur. À cet égard, il doit toutefois être signalé que la procédure formelle d'examen concernant l'exonération dont bénéficiaient ces entreprises n'a été ouverte qu'en 2014, à une date à laquelle il aurait été possible d'ouvrir une enquête sectorielle. En tout état de cause, la Commission avait déjà lancé en 2013 des investigations concernant le fonctionnement et la fiscalité des ports européens, lesquelles lui ont permis par la suite d'ouvrir diverses procédures formelles d'examen.

Deuxièmement, il souligne que l'ouverture d'une enquête sectorielle par la Commission est une possibilité et non une obligation. Aussi, le fait de ne pas avoir lancé une telle enquête ne saurait remettre en cause la légalité de la décision 2016/634.

En conclusion, le Tribunal écarte logiquement le recours des ports requérants, lesquels avaient choisi d'axer leur argumentation sur la manière dont la Commission avait géré les différentes procédures plutôt que sur le fond de la décision en cause. Cette gestion peut effectivement prêter le flanc à la critique, sans toutefois aboutir à une remise en cause de la décision 2016/634. D'ailleurs, il est à noter que, en raison du décalage temporel entre les décisions de la Commission dans le secteur portuaire, le Tribunal demeure encore saisi des recours introduits contre les décisions 2017/2015 et 2017/2116 concernant les ports belges et français, lesquels mettent, quant à eux, en cause la qualification des exonérations en cause d'aide d'État.

R. V. ■

3. France

Responsabilité de l'État – Octroi d'une aide illégale – Récupération – Préjudice : Le Conseil d'État rejette le pourvoi d'une entreprise mettant en cause la responsabilité de l'État pour la récupération d'une aide illégale dont elle a bénéficiée (*CE, 30 mai 2018, MJA, n° 402174, FR:CECHR:2018:402174.20180530*)

La saga des aides à la *Coopérative d'exportation du livre français (CELF)* vient de connaître un nouveau rebondissement. En effet, le Conseil d'État a été amené à se prononcer sur un pourvoi concernant un recours en responsabilité que le liquidateur de la *CELF* avait introduit contre l'État français, qui visait à obtenir l'indemnisation des préjudices subis et résultant des fautes commises à l'occasion du versement puis de la récupération d'une aide illégale qui lui avait été versée. La Commission avait déclaré cette aide incompatible avec le marché commun par une décision du 14 décembre 2010, adoptée à la suite de l'annulation, à trois reprises, de décisions de la Commission la concernant (voir, en dernier lieu, Trib. UE,

15 avril 2008, *SIDE c/ Commission*, aff. T-348/04, EU:T:2008:109, comm. C. Giolito, *Concurrences*, n° 2-2008, p. 142). La Haute juridiction administrative rejette le pourvoi en relevant principalement que préjudice allégué n'entretenait de lien direct qu'avec la décision de récupération des sommes versées et des intérêts y afférents, laquelle n'était pas fautive, mais aucun avec la faute ayant consisté à verser une aide illégale et incompatible. Au regard de la nature des préjudices invoqués (insuffisance d'actifs ayant conduit au placement en liquidation, perte de chance de poursuivre une activité, coût de la mise en œuvre des procédures de licenciement), le Conseil d'État ne pouvait que valider l'appréciation de la Cour d'appel qui avait conclu à l'inexistence de lien direct entre ces préjudices et la faute de l'État. Le Conseil d'État écarte également l'argument pris de ce que l'aide compensait partiellement une mission de service public et que sa restitution lui causait donc un préjudice. Cette conclusion s'imposait également, dès lors que la Commission avait déjà écarté la possibilité de qualifier les missions dont la *CELF* était chargée de SIEG.

R. V. ■

Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Jean Pisani Ferry, Ian Forrester, Eleanor Fox, Douglas H. Ginsburg, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Arnaud Montebourg, Mario Monti, Gilbert Parleani, Jacques Steenberg, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Lord David Currie, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, Isabelle de Silva, Riccardo Falconi, François Fillon, John Fingleton, Renata B. Hesse, François Hollande, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Johannes Laitenberger, Emmanuel Macron, Robert Mahnke, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Marie-Laure Sauty de Chalon, Tommaso Valletti, Christine Varney...

Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninou, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenberg, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Isabelle de Silva, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peepkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Actualité des enquêtes de concurrence, Contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

International

Belgium, Brésil, Canada, China, Germany, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Nicolas Petit, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

PRATIQUES UNILATÉRALES

Laurent Binet, Frédéric Marty, Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Erese, Dominique Ferré, Didier Ferrier, Anne-Cécile Martin

CONCENTRATIONS

Jean-François Bellis, Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Sergio Sorinas, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Orion Berg, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume

MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

ACTIONS PUBLIQUES

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

DROITS EUROPÉENS ET ÉTRANGERS

Rafael Allendesalazar, Walid Chaiehoudj, Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda

Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

Revues

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

> Abonnement Concurrences+

Devis sur demande
Quote on request

Revue et Bulletin: Versions imprimée (Revue) et électroniques (Revue et Bulletin) (avec accès multipostes pendant 1 an aux archives)
Review and Bulletin: Print (Review) and electronic versions (Review and Bulletin)
(unlimited users access for 1 year to archives)

Conférences: Accès aux documents et supports (Concurrences et universités partenaires)
Conferences: Access to all documents and recording (Concurrences and partner universities)

Livres: Accès à tous les e-Books
Books: Access to all e-Books

> Abonnements Basic

Revue Concurrences | Review Concurrences

HT Without tax TTC Tax included

- | | | | |
|--------------------------|---|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> | Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
<i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 545,00 € | 654,00 € |
| <input type="checkbox"/> | Version imprimée (4 N° pendant un an, pas d'accès aux archives)
<i>Print version (4 issues for 1 year, no access to archives)</i> | 595,00 € | 607,50 € |

e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

- | | | | |
|--------------------------|---|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> | Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
<i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 760,00 € | 912,00 € |
|--------------------------|---|----------|----------|

Renseignements | Subscriber details

Prénom - Nom | *First name - Name*

Courriel | *e-mail*

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | Send your order to:

Institut de droit de la concurrence

68 rue Amelot - 75011 Paris - France | webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la Revue et/ou du Bulletin ont lieu dès réception du paiement complet. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of the Review and on-line access to the Review and/or the Bulletin require full prepayment. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Revue hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping Review outside France