

# Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

## Aides d'État

Chroniques | Concurrences N° 1-2017 | pp. 144-183

---

### Jacques Derenne

[jderenne@sheppardmullin.com](mailto:jderenne@sheppardmullin.com)

Avocat, Sheppard Mullin, Bruxelles

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

---

### Bruno Stromsky

[bruno.stromsky@ec.europa.eu](mailto:bruno.stromsky@ec.europa.eu)

Membre du service juridique, Commission européenne, Bruxelles

---

### Raphael Vuitton

[raphael.vuitton@curia.europa.eu](mailto:raphael.vuitton@curia.europa.eu)

Référéndaire, Tribunal de l'Union européenne, Luxembourg

# Aides d'État

Jacques Derenne\*

[jderenne@sheppardmullin.com](mailto:jderenne@sheppardmullin.com)

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

Bruno Stromsky\*\*

[bruno.stromsky@ec.europa.eu](mailto:bruno.stromsky@ec.europa.eu)

Membre du Service juridique, Commission européenne, Bruxelles

Raphael Vuitton\*\*

[raphael.vuitton@curia.europa.eu](mailto:raphael.vuitton@curia.europa.eu)

Référendaire, Tribunal de l'UE, Luxembourg

## 1. Cour de justice de l'Union européenne

**144** La Cour de justice de l'Union européenne confirme l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne par lequel ce dernier a annulé partiellement une décision de la Commission européenne pour une méthode erronée de calcul de l'élément d'aide des garanties litigieuses (CJUE, 12 oct. 2016, Land Hessen c/ Pollmeier Massivholz, aff. C-242/15 P)

**146** La Cour de justice de l'Union européenne confirme l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne ayant rejeté le recours de l'opérateur téléphonique historique français contre la décision de la Commission européenne qualifiant d'aide d'État compatible avec le marché intérieur, sous certaines conditions, la réforme du financement des retraites des fonctionnaires rattachés à cet opérateur (CJUE, 26 oct. 2016, Orange, aff. C-211/15 P)

**149** La Cour de justice de l'Union européenne, contrairement au Tribunal de l'Union européenne, considère comme une aide nouvelle la prolongation, par le juge des référés, d'un contrat accordant à une entreprise un tarif préférentiel (CJUE, 26 oct. 2016, DEI c/ Aluminium, aff. C-590/14 P)

**150** La Cour de justice de l'Union européenne rejette le pourvoi contre l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne ayant confirmé que le régime de financement de la télévision publique espagnole était compatible avec le marché intérieur (CJUE, 10 nov. 2016, DTS Distribuidora de Televisión Digital, aff. C-449/14 P)

**152** La Cour de justice de l'Union européenne confirme l'annulation d'une décision de la Commission européenne par le Tribunal de l'Union européenne tirée d'une mauvaise application du critère de l'investisseur privé (CJUE, 30 nov. 2016, Commission c/ France et Orange, aff. C-486/15 P)

**153** La Cour de justice de l'Union européenne annule deux arrêts du Tribunal de l'Union européenne en jugeant qu'il suffit, pour démontrer la sélectivité d'une mesure fiscale dérogatoire à un régime commun, que la mesure bénéficie à certains opérateurs et non à d'autres, alors que l'ensemble de ces opérateurs se trouve dans une situation objectivement comparable au regard de l'objectif

**pour suivi par le régime commun**  
CJUE, 21 déc. 2016, World Duty Free Group, Banco Santander, Santusa Holding, aff. jtes. C-20/15 P et C-21/15 P

**163** La Cour de justice de l'Union européenne confirme que, compte tenu du contexte de ces opérations, la Commission européenne a pu examiner conjointement l'octroi de licences exclusives à un bénéficiaire pour déterminer si elles constituaient un avantage à son profit (CJUE, 21 déc. 2016, Club Hotel Loutraki, aff. C-131/15 P)

## 2. Tribunal de l'Union européenne

**172** Le Tribunal de l'Union européenne estime qu'il était absolument impossible de procéder à la récupération d'une aide résultant d'une exonération de taxe municipale sur les biens immobiliers en l'absence de données cadastrales appropriées (Trib. UE, 15 sept. 2016, Pietro Ferracci, aff. T-219/13)

**174** Le Tribunal de l'Union européenne annule une décision de la Commission européenne au motif qu'elle a appliqué le critère de l'investisseur privé au lieu du critère du créancier privé dans une situation où la créance de l'État résultait de son action en tant que puissance publique (Trib. UE, 15 sept. 2016, FIH Holding, aff. T-386/14)

**176** Le Tribunal de l'Union européenne confirme la décision de la Commission européenne, adoptée à l'issue de la phase préliminaire d'examen, déclarant le régime d'aides d'État danois en faveur de la presse écrite compatible avec le marché intérieur (Trib. UE, 11 oct. 2016, Søndagsavisen, aff. T-167/14)

**179** Le Tribunal de l'Union européenne confirme la décision de la Commission européenne qualifiant d'aide d'État, incompatible avec le marché intérieur, le financement accordé à des opérateurs pour le déploiement de la télévision numérique terrestre dans la communauté espagnole de la Castille-La Manche (Trib. UE, 15 déc. 2016, Espagne c/ Commission, aff. T-808/14; Trib. UE, 15 déc. 2016, Albertis Telecom Terrestre et Telecom Castilla-La Mancha, aff. jtes. T-37/15 et T-38/15)

## 1. Cour de justice de l'Union européenne

**Garantie – Difficultés sérieuses :** La Cour de justice de l'Union européenne confirme l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne par lequel ce dernier a annulé partiellement une décision de la Commission européenne pour une méthode erronée de calcul de l'élément d'aide des garanties litigieuses (CJUE, 12 oct. 2016, Land Hessen c/ Pollmeier Massivholz, aff. C-242/15 P)

*Pollmeier Massivholz* est une société allemande qui exploite plusieurs scieries près de la frontière du Land de Hesse.

### Contexte de l'affaire

En 2007, la Commission a reçu une plainte de *Pollmeier Massivholz* dénonçant de prétendues aides illégales visant à soutenir l'établissement d'une nouvelle scierie dans le Land de Hesse. Les autorités allemandes ont notifié, d'une part, une subvention à l'investissement régional d'un montant total de 4 500 000 euros octroyée par le Land de Hesse sur la base d'un régime d'aides existant et, d'autre part, deux garanties publiques octroyées au titre des lignes directrices dudit Land sur l'octroi des garanties dans le secteur industriel.

Le 21 octobre 2008, la Commission a décidé que les mesures mentionnées constituaient des aides existantes dans le premier cas et ne constituaient pas des aides d'État dans le second, sans ouvrir la procédure formelle d'examen en vertu de l'article 108, paragraphe 2, TFUE. Le Land de Hesse a contesté cette décision de même que *Pollmeier Massivholz* (contestant également une décision prétendument contenue dans une lettre de la Commission).

Par l'arrêt entrepris, le Tribunal a rejeté l'ensemble des moyens à l'exception de celui concernant la qualification des garanties publiques d'aides *de minimis* : il annule la décision litigieuse en ce qu'elle conclut à l'absence d'aide dans les garanties publiques octroyées par le Land de Hesse.

La Cour rejette le pourvoi formé contre cet arrêt par le Land de Hesse.

### Sur le pouvoir d'appréciation de la Commission pour déterminer l'élément d'aide des garanties

Le Land Hesse fait valoir, en premier lieu, que le Tribunal a commis une erreur de droit en estimant qu'il devait exercer sa compétence de pleine juridiction. La Commission disposerait en effet d'un pouvoir discrétionnaire quant au montant des aides d'État et ce pouvoir ne serait soumis à aucun contrôle juridictionnel. Deuxièmement, le Tribunal aurait commis une erreur en considérant que la communication de la Commission relative à l'application des articles du traité sur les aides d'État sous forme de garanties était, en l'espèce, contraire à l'application de la méthode dite des 0,5 % (pour le Land de Hesse, l'élément d'aide des garanties octroyées à des entreprises qui ne sont pas en difficulté s'élève à 0,5 % du montant garanti). La communication de la Commission ne l'empêcherait pas d'utiliser cette méthode. En outre, les garanties en cause n'auraient été autorisées qu'après l'entrée en vigueur de la communication. Troisièmement, le Tribunal aurait commis une erreur de droit en estimant qu'en l'espèce, la communication sur les garanties s'opposait à l'application de cette méthode des 0,5 %.

\* Avec la collaboration de Marie Lagrue et de Ciara Barbu O'Connor, avocats, Sheppard Mullin, Bruxelles.

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

La Cour rappelle que, selon une jurisprudence constante, la notion d'aide d'État est de nature juridique et doit être établie sur base d'éléments objectifs. Les juridictions de l'Union peuvent donc exercer un plein contrôle sur la question de savoir si une mesure relève d'une aide d'État. En l'espèce, le Tribunal n'a pas contrôlé des appréciations économiques complexes de la Commission mais s'est contenté de vérifier si la Commission avait correctement examiné la conformité de l'utilisation de la méthode des 0,5 % avec sa communication sur les garanties.

La Cour constate également que le Tribunal n'a pas examiné la compatibilité de la méthode des 0,5 % avec la communication, mais s'est contenté de relever le défaut d'un tel examen de la part de la Commission qui était pourtant tenue de le faire. Pour le reste, la Cour rejette des arguments qui ne se limitent pas aux questions de droit mais qui visent à remettre en cause des appréciations de fait du Tribunal.

La Cour constate ensuite que, contrairement à ce qu'avancait le Land de Hesse, le Tribunal n'a pas estimé que la communication interdisait l'application de la méthode des 0,5 %. Il ne s'agissait pas d'une appréciation de la compatibilité de la méthode, mais plutôt de savoir s'il existait des difficultés sérieuses quant à la classification de l'aide comme *de minimis*. Sur ce point, le Tribunal a considéré à juste titre que la Commission n'avait pas examiné la légalité de l'utilisation de la méthode des 0,5 % pour déterminer l'élément d'aide d'État des garanties au regard de la communication, ce qui indiquait la présence de sérieuses difficultés, obligeant la Commission à ouvrir la procédure formelle d'examen.

### Sur le caractère objectif de la notion d'«aide d'État»

Après avoir fait valoir que le Tribunal avait jugé à tort que la méthode des 0,5 % ne s'appliquait qu'aux aides autorisées, la requérante soutient que le fait que la garantie n'ait pas été notifiée ou autorisée par la Commission ne pouvait modifier l'élément d'aide de la garantie.

La Cour rejette ce deuxième moyen en estimant que la pratique de la Commission consistant à autoriser l'utilisation d'un taux de 0,5 % a commencé avant l'adoption de la communication. En outre, le Tribunal n'avait pas considéré la méthode inapplicable dans le cadre d'une aide autorisée, mais simplement fait observer que les garanties ne relevaient pas du champ d'application de l'un des régimes d'aides dans lesquels la Commission avait admis l'utilisation de la méthode des 0,5 %.

Encore une fois, la Cour rappelle que l'examen du Tribunal a porté non pas sur la question de l'admissibilité de l'utilisation de cette méthode, mais sur l'existence de difficultés sérieuses concernant la question de savoir si les garanties litigieuses pouvaient être qualifiées d'aides *de minimis*.

### Sur le principe général de l'égalité de traitement

Le Land de Hesse reprochait au Tribunal d'avoir violé le principe général de l'égalité de traitement en distinguant les aides accordées dans le cadre de régimes approuvés de celles ne relevant pas de tels régimes, aux fins du calcul de l'élément d'aide des garanties en cause. En outre, il invoquait la violation de ce principe général s'agissant des garanties accordées avant et après la publication de l'avis sur les garanties.

La Cour juge que les garanties accordées en l'espèce, qui n'étaient pas concernées par la pratique de la Commission consistant à admettre l'utilisation du taux de 0,5 % et qui tombaient dans le champ d'application de la communication sur les garanties, devaient être appréciées à l'aune de cette communication. Ainsi, la différence de traitement correspondait à une différence de situation objective. Le Tribunal n'a donc pas méconnu le principe général en cause.

### Sur le principe de la protection de la confiance légitime

Enfin, selon le Land de Hesse, le Tribunal aurait violé le principe de la protection de la confiance légitime en considérant qu'une lettre de la Commission du 11 novembre 1998 (qui constatait que la méthode des 0,5 % était une règle spéciale dérogeant à la communication) ne pouvait susciter aucune confiance légitime.

Selon la Cour, cette lettre de la Commission doit être considérée dans son contexte particulier et les limitations temporelles de l'utilisation de la méthode des 0,5 % établies dans cette lettre ont été rédigées en termes vagues. Dès lors, le Land de Hesse ne saurait soutenir que le Tribunal a violé à cet égard le principe de la protection de la confiance légitime. De plus, la Commission ne saurait, par le seul fait qu'elle n'a pas contesté la méthode des 0,5 %, être considérée comme ayant fourni des assurances précises de nature à faire naître de telles espérances.

J. D. – C. BOC. ■

**Avantage – Opérateur historique :** La Cour de justice de l'Union européenne confirme l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne ayant rejeté le recours de l'opérateur téléphonique historique français contre la décision de la Commission européenne qualifiant d'aide d'État compatible avec le marché intérieur, sous certaines conditions, la réforme du financement des retraites des fonctionnaires rattachés à cet opérateur (CJUE, 26 oct. 2016, *Orange*, aff. C-211/15 P)

Alors que se profilent, au sein du Tribunal, deux orientations divergentes concernant l'appréciation de la notion d'"avantage" dans le cadre de mesures individuelles *ad hoc* (voir *Concurrences* n°4-2016, pp. 150-153), l'occasion était donnée à la Cour de clarifier le débat dans le cadre du pourvoi introduit par *Orange* contre l'arrêt du Tribunal confirmant la décision de la Commission qualifiant d'aide d'État compatible avec le marché intérieur, sous certaines conditions, la réforme du financement des retraites des fonctionnaires de l'opérateur historique de télécommunication français, *France Télécom*. Occasion manquée, la Cour s'étant bornée à répondre aux arguments qui lui étaient présentés de manière lapidaire.

## Contexte

Le législateur français a, par une loi de 1996, transformé *France Télécom* en société anonyme, afin de préparer son entrée en bourse, l'ouverture partielle de son capital ainsi que l'ouverture du secteur à la concurrence. Il a également modifié, par cette loi, le financement des retraites du personnel de cette entreprise ayant le statut de fonctionnaire, jusqu'alors fixé par une loi de 1990. C'est ainsi, d'une part, que la contribution versée par *France Télécom* à l'État français pour financer les retraites de ses fonctionnaires a été fixée au même niveau que les cotisations dues par ses concurrents du secteur des télécommunications (sans que cette égalisation ne prenne en compte les risques non-communs aux salariés privés et aux fonctionnaires publics, tel le chômage et les créances des salariés en cas de liquidation judiciaire) et, d'autre part qu'il a été prévu que *France Télécom* verse à l'État français une contribution forfaitaire exceptionnelle de 5,7 milliards d'euros pour faire face à la charge des futures retraites.

À la suite d'une plainte concernant ces nouvelles modalités de financement et l'ouverture d'une procédure formelle d'examen, la Commission a, en 2012, adopté la décision 2012/540/UE (JO 2012, L 279, p. 1), par laquelle elle a considéré que la mesure en cause constituait une aide d'État mais que celle-ci était compatible avec le marché intérieur, sous certaines conditions.

Saisie de recours de la France et d'*Orange*, successeur de *France Télécom*, le Tribunal a confirmé, par deux arrêts du 26 février 2015 (*France c/ Commission*, aff. T-135/12, et *Orange c/ Commission*, aff. T-385/12), la décision de la Commission.

À la faveur d'un arrêt du 26 octobre 2016, la Cour a, quant à elle, rejeté le pourvoi formé par *Orange*.

Si des aspects liés à l'examen de l'affectation de la concurrence et de la compatibilité de l'aide étaient soulevés, le cœur du pourvoi résidait dans les questions concernant l'existence d'un avantage et le caractère sélectif de celui-ci.

## La modification du financement des retraites du personnel de *France Télécom* est constitutive d'un avantage

Aux fins de l'examen de l'existence d'un avantage au profit de *France Télécom*, la Commission a été amenée, dans sa décision, à définir le cadre de référence. À cet égard, elle avait retenu comme étant le "régime normal", à savoir le régime de référence auquel déroge la mesure litigieuse, celui applicable antérieurement, en l'occurrence le régime de financement des retraites des fonctionnaires de *France Télécom* de 1990. Elle n'avait donc pas délimité le cadre de référence par rapport à la situation des entreprises concurrentes de *France Télécom*, ou, à tout le moins, des entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable.

Dans ses arrêts du 26 février 2015, le Tribunal a validé cette approche. Il a en effet relevé que "en réduisant les charges sociales instaurées au titre de la loi de 1990, la loi de 1996 a amélioré la situation juridique de *France Télécom* par rapport au régime précédent et a donc généré, en principe, un avantage au profit de cette dernière" (aff. T-385/12, point 37).

## Une tension jurisprudentielle

Avant d'examiner la réponse apportée par la Cour à la critique, par *Orange*, de cette appréciation du Tribunal, il convient de rappeler que ce dernier a adopté récemment, dans une autre affaire, une approche différente. En effet, dans un arrêt du 14 juillet 2016, *Allemagne c/ Commission* (aff. T-143/12, comm. R. Vuitton, *Concurrences* n° 4-2016, pp. 150-153), le Tribunal a "réactivé" la jurisprudence – relativement isolée – *Combust* (arrêt du 16 mars 2004, *Danske Busvognmænd c/ Commission*, aff. T-157/01), et a considéré que "l'imposition, en vertu d'un acte de puissance publique, d'une obligation de supporter le coût intégral des retraites du personnel doté du statut de fonctionnaire au lieu de contribuer à l'assurance retraite exclut que le financement de ce coût soit qualifié d'avantage, à condition que ce financement ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour mettre les obligations de [l'entreprise concernée] sur un pied d'égalité avec les obligations des entreprises qui lui font concurrence". C'est ainsi que, dans cet arrêt du 14 juillet 2016, le Tribunal a estimé, s'agissant d'une mesure semblable à celle en cause dans l'affaire du financement des retraites de *France Télécom*, que le cadre de référence devait être fixé au regard de la situation des entreprises concurrentes et non de la situation de l'entreprise bénéficiaire antérieure à la mesure en cause. N'ayant pas fait l'objet d'un pourvoi, cet arrêt est désormais définitif.

Saisissant la différence d'approche entre les arrêts du 26 février 2015 et celui du 14 juillet 2016 et la portée de celle-ci dans le cadre de son pourvoi, *Orange* a demandé, à la suite du prononcé de ce dernier arrêt, que soit ordonnée la réouverture de la phase orale de la procédure, en arguant du caractère inconciliable des deux approches. Demande à laquelle la Cour n'a pas fait droit...

### La confirmation de l'existence d'un avantage

Afin de justifier l'absence d'avantage, *Orange* avançait, devant la Cour, en substance trois séries d'arguments.

Premièrement, *Orange* prétendait que, contrairement à ce qu'avait retenu le Tribunal, le caractère compensatoire de la mesure en cause permettait d'écarter sa qualification d'aide d'État, y compris dans certaines situations spécifiques autres que celle des services d'intérêt économique général.

En l'effet, le Tribunal a estimé que ce n'est que dans la mesure où une intervention étatique doit être considérée comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général pour exécuter des obligations de service public, selon les critères de la jurisprudence *Altmark* (aff. C-280/00), que cette intervention ne relève pas de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

La Cour valide cette approche. À cet égard, elle se borne à constater que, jusqu'à présent, "le seul cas de figure reconnu par la jurisprudence de la Cour dans lequel la constatation de l'octroi d'un avantage économique n'emporte pas la qualification de la mesure en cause d'aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE est celui d'une intervention étatique représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général pour exécuter des obligations de service public", selon les critères établis par la jurisprudence *Altmark* (point 40).

Il s'agit là d'une confirmation que, en dehors des hypothèses concernant les services d'intérêt économique général, la compensation d'un désavantage structurel ne peut pas être valablement invoquée pour écarter la qualification d'aide d'État. C'est implicitement, également, un coup d'arrêt à la jurisprudence *Combust* selon laquelle, en substance, une mesure par laquelle un État membre libère une entreprise d'un désavantage structurel par rapport à ses concurrents ne constitue pas, en principe, une intervention allégeant les charges grevant normalement le budget d'une entreprise et, par suite, une aide d'État (arrêt *Danske Busvognmænd c/ Commission*, précité, points 56 et 57).

Deuxièmement, *Orange* soutenait que l'appréciation du Tribunal était contraire à l'arrêt du 23 mars 2006, *Enirisorse* (aff. C-237/04).

À cet égard, il convient de rappeler que, selon cette jurisprudence, une mesure ne saurait être qualifiée d'aide d'État lorsqu'elle se limite à éviter que le budget du bénéficiaire de celle-ci soit grevé par une charge qui, dans une situation normale, n'aurait pas existé.

Le Tribunal en a cependant écarté l'application au motif qu'elle avait uniquement vocation à s'appliquer lorsqu'est en cause un régime "doublement dérogatoire", à savoir un régime qui, afin d'éviter que le budget du bénéficiaire soit grevé par une charge qui, dans une situation normale, n'aurait pas existé, prévoit une dérogation destinée à neutraliser une précédente dérogation au régime de droit commun, ce qui n'était le cas en l'espèce.

Là encore, la Cour valide l'appréciation du Tribunal. À cet égard, elle rappelle que, selon l'arrêt *Enirisorse*, ne saurait être considérée comme un avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE une réglementation nationale qui n'offre un avantage ni aux actionnaires d'une société ni à ladite société même, en ce qu'elle se borne à éviter que le budget de cette société soit grevé par une charge qui, dans une situation normale, n'aurait pas existé, cette réglementation se limitant ainsi à encadrer une faculté exceptionnelle sans viser à alléger une charge que cette même société aurait normalement dû supporter (point 27). Elle relève ensuite que la situation à l'origine de cet arrêt avait pour particularité de concerner une mesure nationale ayant eu pour effet de neutraliser les effets d'un régime dérogatoire au régime de droit commun (point 28).

Or, la Cour relève que, "par son appréciation souveraine des faits" le Tribunal a estimé que le régime de retraite des fonctionnaires de *France Télécom* était juridiquement distinct et clairement séparé du régime applicable aux salariés de droit privé et qu'il en a déduit que ce dernier régime n'était pas le régime normalement applicable aux fonctionnaires de *France Télécom*, de sorte que la loi de 1996 n'avait pas écarté une charge anormale grevant le budget de cette entreprise ni opéré un retour au régime normal (point 29).

Partant, la Cour confirme l'approche du Tribunal selon laquelle il n'était pas possible de conclure que la mesure litigieuse visait à éviter que *France Télécom* soit soumise à une charge qui, dans une situation normale, n'aurait pas dû grever son budget au sens de l'arrêt *Enirisorse*.

Troisièmement, *Orange* critiquait le Tribunal en ce qu'il avait retenu comme cadre de référence pour apprécier l'existence d'un avantage conféré par la loi de 1996 le régime initial auquel étaient soumis les fonctionnaires de *France Télécom* en vertu de la loi de 1990. Selon elle, il convenait de retenir celui qui était applicable aux entreprises concurrentes, s'agissant des contributions employeur de retraite pour leur personnel.

Afin d'écarter cette argumentation, la Cour se fonde sur une lecture particulièrement réductrice de celle-ci, qui la conduit, *de facto*, à refuser de trancher la question de savoir si le cadre de référence pour des mesures telles que celles en cause est celui de la situation antérieure à la mesure ou celui applicable aux entreprises concurrentes.

En effet, la Cour relève que le Tribunal a constaté, au point 37 de son arrêt, que, en réduisant les charges sociales instaurées au titre de la loi de 1990, la loi de 1996 a généré, en principe, un avantage au profit de *France*

*Télécom*. Elle relève également que le Tribunal a estimé que le système de retraite des fonctionnaires découle d'un régime juridiquement distinct et clairement séparé du régime applicable aux salariés de droit privé, tels que les salariés des concurrents de *France Télécom*, et que la loi de 1990 n'a pas introduit un régime dérogatoire. Elle relève enfin que c'est sur cette base que le Tribunal a écarté l'argumentation selon laquelle la Commission avait retenu un cadre de référence erroné.

Or, la Cour estime qu'*Orange* ne conteste pas l'appréciation figurant au point 37 de l'arrêt attaqué et se borne à reprocher au Tribunal d'avoir omis de prendre en compte, aux fins de l'identification du cadre de référence correct, les objectifs poursuivis par l'État français lorsqu'il a adopté la loi de 1996.

En effet, la Cour relève que *Orange* soutenait que la loi de 1996 avait pour objectif de placer *France Telecom* dans une situation identique à celle de ses concurrents et que, dès lors, la situation "type" à retenir pour déterminer si cette loi était venue supprimer une charge normale ou anormale était celle d'un opérateur privé.

Étrangement, la Cour a estimé que cette argumentation ne lui permettait pas "de vérifier si le Tribunal a commis, lorsqu'il a rejeté le grief de cette société relatif au choix erroné par la Commission du cadre de référence, d'autres erreurs de droit que celle tirée d'une omission de prendre en compte les objectifs poursuivis par l'État français" (point 37).

Il est pourtant clair, au regard de l'argumentation d'*Orange*, que cette dernière visait à remettre en cause le cadre de référence choisi par la Commission puis par le Tribunal pour apprécier l'existence d'un avantage. Elle visait en substance à faire apprécier par la Cour si ce cadre devait être celui de la situation antérieure de *France Télécom* ou celui des concurrents de cette entreprise.

L'interprétation faite par la Cour de l'argumentation d'*Orange* apparaît d'autant plus étrange que l'avocat général Wahl avait clairement identifié la portée de sa critique.

Quoiqu'il en soit, sur le fondement de cette interprétation étriquée de l'argumentation d'*Orange*, la Cour rappelle que l'article 107, paragraphe 1, TFUE ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions étatiques, mais définit celles-ci en fonction de leurs effets. Elle rejette ainsi de manière particulièrement lapidaire le troisième argument soulevé par *Orange*, lequel était, pourtant, au cœur du litige.

## L'avantage conféré à *France Telecom* est sélectif

L'autre question importante que la Cour devait résoudre était celle relative à la sélectivité de la mesure en cause.

*Orange* estimait en effet que le Tribunal avait commis une erreur de droit en considérant que la mesure litigieuse était sélective du fait qu'elle ne concernait qu'elle.

À cet égard, il est à rappeler que le Tribunal a constaté que la loi de 1996 ne concernait que *France Télécom* et a considéré que, de ce fait, elle était sélective. Le Tribunal a en particulier estimé, en substance, qu'il n'y avait pas lieu de comparer la situation d'*Orange* avec celle des opérateurs se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable au regard de l'objectif poursuivi par la mesure. De l'avis du Tribunal, ce critère n'est pas pertinent dans un cas comme celui de l'espèce où il s'agit d'apprécier le caractère sélectif d'une mesure *ad hoc*, qui ne concerne qu'une seule entreprise et qui vise à modifier certaines contraintes concurrentielles qui lui sont spécifiques.

Ici aussi, la Cour valide, de manière particulièrement lapidaire, la solution retenue par le Tribunal. Elle se borne en effet à constater que les appréciations de celui-ci sont conformes à la jurisprudence en la matière, en se référant notamment, à cet égard, à l'arrêt du 4 juin 2015, Commission c/ *MOL* (aff. C15/14 P, point 60).

Une réponse plus développée aurait été la bienvenue, en particulier au regard du cadre de référence choisi aux fins de l'appréciation de l'existence d'un avantage. Et ce d'autant plus que c'est ici une vision particulièrement large de la notion de sélectivité qui est, à tout le moins implicitement, retenue par la Cour. Celle-ci peut ainsi impliquer que toute mesure *ad hoc*, qui ne concerne qu'une entreprise, soit nécessairement considérée comme sélective. Or, il est possible de s'interroger sur la question de savoir si une telle mesure peut, de seul fait et sans égard à sa nature et ses modalités, être qualifiée de sélective.

En conclusion, force est de constater que l'arrêt sous commentaire laisse en suspens de nombreuses questions qui auraient mérité de faire l'objet de développements plus exhaustifs, tant au regard du litige en cause en l'espèce que du contexte jurisprudentiel dans lequel il s'insère. En répondant de manière lapidaire à celles-ci, la Cour laisse la porte ouverte à des applications sinieuses des notions d'avantage et de sélectivité.

R. V. ■

**Tarif préférentiel d'électricité – Aide existante – Suspension judiciaire des effets d'une résiliation :** La Cour de justice de l'Union européenne, contrairement au Tribunal de l'Union européenne, considère comme une aide nouvelle la prolongation, par le juge des référés, d'un contrat accordant à une entreprise un tarif préférentiel (CJUE, 26 oct. 2016, *DEI c/ Alouminion*, aff. C-590/14 P)

La Cour a accueilli le pourvoi formé par *DEI*, partie intervenante en première instance au soutien de la Commission, contre l'arrêt du Tribunal du 8 octobre 2014 (TUE, *Alouminion c/ Commission*, aff. T-542/111, voir *Concurrences* n° 4-2014). Sans former elle-même de pourvoi, la Commission est intervenue au soutien du pourvoi de *DEI*.

Au-delà des particularités de l'affaire, l'arrêt du 26 octobre 2016 présente un double intérêt. D'une part, il précise la notion d'aide existante par rapport à celle d'aide nouvelle, et il s'agit là d'un domaine controversé dans lequel la jurisprudence est assez peu abondante. D'autre part, il examine s'il faut tenir compte de l'identité de l'auteur de la mesure litigieuse, en l'occurrence le juge national des référés, pour qualifier cette mesure d'aide nouvelle ou d'aide existante ou si, au contraire, il faut d'abord s'attacher aux effets de cette mesure. Ce faisant, il contribue plus généralement à définir l'office du juge national en présence d'une mesure d'aide, au regard de l'obligation de *standstill*.

Rappelons brièvement les faits (assez simples) auxquels le Tribunal, à la suite de la Commission, avait été confronté. Depuis 1960, *AtE*, productrice grecque d'aluminium bénéficiait d'un tarif préférentiel qui lui était appliqué par *DEI*, compagnie publique d'électricité, tarif qui devait prendre fin en 2006. Cet avantage résultait d'un contrat approuvé par décret législatif. En 1992, la Commission avait en outre adopté une décision par laquelle elle estimait que ce tarif préférentiel ne constituait pas une aide. En 2004, *DEI* a informé *AtE* de la résiliation du contrat à partir de mars 2006, date à laquelle elle cesserait de bénéficier d'un tarif préférentiel. Cependant, à la suite d'un recours d'*AtE* contre la résiliation du contrat, le tribunal de grande instance d'Athènes a suspendu *ex nunc*, le 5 janvier 2007, à titre de mesure provisoire, les effets de la résiliation en attendant qu'il soit statué sur le fond, en estimant que la résiliation n'était pas valide. En mars 2008, à la suite d'une contestation de la première ordonnance de référé, le juge national a, par une deuxième ordonnance de référé, mis fin, à nouveau *ex nunc*, aux effets de la première. *AtE* a donc bénéficié du tarif préférentiel litigieux entre janvier 2007 et mars 2008.

S'attachant aux effets de la première ordonnance de référé, la Commission a pris une décision qualifiant d'aide nouvelle l'octroi du tarif préférentiel par le juge des référés. Le Tribunal a annulé cette décision en estimant en substance que la simple prolongation d'une aide existante, par le juge des référés interprétant au provisoire

le droit des contrats, ne pouvait en l'espèce être qualifiée d'aide nouvelle. Les principaux ressorts de cette analyse reposaient sur l'idée selon laquelle la prolongation d'une aide existante ne constitue pas nécessairement une aide nouvelle, en particulier lorsque sa base juridique n'est pas altérée, et sur la nécessité d'éviter que le juge des référés ne soit contraint de procéder à une notification préalable à la Commission, avant de proroger provisoirement les effets d'un contrat constitutif d'une aide. La Cour écarte successivement les ressorts de cette analyse.

## La prolongation d'une aide existante constitue une aide nouvelle

La Cour observe qu'au moment où elle prend normalement sa décision d'autoriser ou non l'octroi d'une aide, la Commission est amenée à prendre en compte la durée de l'aide: "*la durée de validité d'une aide constitue un élément de nature à influencer l'évaluation, par la Commission, de la compatibilité de cette aide avec le marché intérieur*" (point 49). Partant, la prolongation de la durée de validité d'une aide existante doit être considérée comme une modification d'une aide existante et constitue, dès lors, une aide nouvelle. La Cour semble fonder cette solution sur le caractère variable dans la durée des données économiques qui justifient l'appréciation de compatibilité d'une aide. Dès lors, cette appréciation de compatibilité ne doit produire ses effets que pour une durée déterminée.

Le Tribunal avait attaché de l'importance au fait que la prolongation provisoire du tarif préférentiel n'avait pas été décidée par le législateur. Or, selon son analyse de la jurisprudence, la prolongation d'une aide existante ne pouvait constituer une aide nouvelle que si elle résultait d'une intervention législative.

La Cour écarte cette analyse. La jurisprudence n'indique pas que l'intervention législative ait été déterminante dans l'appréciation du caractère nouveau ou existant d'une aide. Ce sont les effets de la mesure de prolongation qui doivent être pris en compte. La Cour observe encore qu'en l'espèce, la prolongation du tarif préférentiel n'était pas automatique, mais résultait d'une ordonnance de référé.

## Une ordonnance du juge des référés peut constituer une aide nouvelle

Tandis que le Tribunal avait évité de qualifier d'aide le résultat d'une décision du juge national des référés, la Cour rappelle que l'office du juge national, dans le domaine des aides d'État, est d'abord et avant tout de faire respecter l'interdiction de mise en œuvre d'une aide sans autorisation préalable de la Commission, conformément à l'article 108, paragraphe 3, TFUE. Son pouvoir de juge des référés doit être utilisé à cette fin. Chargé de combattre les aides illégales, le juge national doit *a fortiori* s'abstenir de créer des aides nouvelles. Tel semble être le raisonnement suivi par la Cour, qui prend soin de rappeler de manière très pédagogique le rôle du juge national dans le respect de l'obligation de *standstill*.

La Cour souligne qu'il incombe aux juridictions nationales de vérifier notamment si les modalités d'application d'un régime d'aides ont été modifiées et si la portée du régime s'en est trouvée étendue. Là encore, c'est une approche fondée sur les effets de la mesure qui se révèle déterminante.

La Cour rappelle avec beaucoup de force que les juridictions nationales sont tenues à une obligation de coopération loyale avec la Commission. De manière pratiquement explicite, elle manifeste une méfiance à l'égard de toute solution qui pourrait conduire le juge des référés à méconnaître les limites de ses propres compétences (méfiance probablement alimentée par les caractéristiques du cas d'espèce) et à utiliser ses pouvoirs, non pour préserver le régime d'autorisation préalable des aides, mais pour les y soustraire temporairement.

On ne peut que se réjouir de cette interprétation stricte et orthodoxe de la notion d'aide existante, qui applique pleinement la théorie des effets et qui appréhende le juge national comme un simple organe de l'État membre, susceptible lui-aussi d'octroyer des aides illégales. Il est désormais parfaitement clair que la prorogation d'une aide existante constitue une aide nouvelle, même s'il faut reconnaître que, par bien d'autres aspects, la frontière entre aide existante et aide nouvelle demeure assez floue.

B. S. ■

**Modification d'un régime d'aide existant – Mesures fiscales :** La Cour de justice de l'Union européenne rejette le pourvoi contre l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne ayant confirmé que le régime de financement de la télévision publique espagnole était compatible avec le marché intérieur (*CJUE, 10 nov. 2016, DTS Distribuidora de Televisión Digital, aff. C-449/14 P*)

Jusqu'en 2009, la *RTVE*, l'organisme audiovisuel public espagnol, bénéficiait d'un financement mixte fondé, d'une part, sur des recettes provenant de ses activités commerciales, dont la vente d'espaces publicitaires, et, d'autre part, sur une compensation de l'État espagnol pour l'accomplissement de sa mission de service public. Ce système de financement a fait l'objet d'une approbation par deux décisions de la Commission (décisions C (2005) 1163 final, du 20 avril 2005, et C (2007) 641 final, du 7 mars 2007).

En 2009, le législateur espagnol a, par la Ley 8/2009, décidé de supprimer du financement de la *RTVE* la plupart des recettes commerciales de celle-ci, dont, notamment, celles liées à la publicité et au télé-achat. Afin de compenser la perte de ces recettes, cette loi a en particulier introduit une nouvelle taxe de 1,5 % sur les recettes des opérateurs de télévision payante établis en Espagne. Elle a également prévu que l'affectation du produit de cette taxe au budget de la *RTVE* ne pouvait dépasser 20 % de l'aide annuelle qui lui est allouée, le surplus étant versé au budget de l'État.

Après avoir été saisie d'une plainte, la Commission a, en 2009, décidé d'ouvrir une procédure formelle d'examen concernant la modification du régime de financement de la *RTVE*.

En 2010, par sa décision 2011/1/UE (JO 2011, L 1, p. 9), la Commission a considéré, premièrement, que seuls les changements apportés au financement public de la *RTVE* pouvaient être qualifiés d'aide nouvelle, deuxièmement, qu'il n'existait pas de lien d'affectation contraignant entre les nouvelles taxes perçues et le financement de l'aide et, troisièmement, que l'aide accordée à la *RTVE* était compatible avec le marché intérieur sur le fondement de l'article 106, paragraphe 2, TFUE.

Deux concurrents de la *RTVE*, *DTS* et *Telefónica*, ont introduit un recours contre cette décision, que le Tribunal a rejeté à la faveur de deux arrêts du 11 juillet 2014 (*DTS Distribuidora de Televisión Digital c/ Commission*, aff. T-533/10, et *Telefónica de España et Telefónica Móviles España c/ Commission*, aff. T-151/11, comm. J. Gstalter, *Concurrences*, n° 4-2014, pp. 188-190).

Saisie d'un pourvoi formé par *DTS*, la Cour a été amenée à se prononcer principalement sur les critères permettant de considérer qu'une mesure fiscale constitue le mode de financement d'une aide d'État, de sorte qu'elle fait partie intégrante de cette aide et doit, dès lors, être notifiée à la Commission. En effet, abstraction faite de moyens dont l'intérêt ne justifie pas un examen dans le cadre de la présente chronique, l'argumentation de *DTS* était centrée sur le fait que la taxe sur les opérateurs de télévision payante faisait partie intégrante de l'aide accordée à la *RTVE*, en tant qu'elle constituait une taxe asymétrique assimilable à celle en cause dans l'arrêt du 7 septembre 2006, *Laboratoires Boiron* (aff. C-526/04).

## Il n'existe pas de lien d'affectation contraignant entre la taxe et l'aide en cause

Concernant, en premier lieu, le lien entre la taxe et l'aide, la Cour rappelle que, selon la jurisprudence, les taxes n'entrent pas dans le champ d'application des dispositions du traité en matière d'aides d'État, à moins qu'elles constituent le mode de financement d'une mesure d'aide, de sorte qu'elles font partie intégrante de cette mesure. Sur ce point, elle rappelle que, selon sa jurisprudence, pour qu'une taxe puisse être considérée comme faisant partie intégrante d'une mesure d'aide, il doit exister un lien d'affectation contraignant entre la taxe et l'aide en vertu de la réglementation nationale pertinente, en ce sens que le produit de la taxe est nécessairement affecté au financement de l'aide et influence directement l'importance de celle-ci et, par voie de conséquence, l'appréciation de la compatibilité de cette aide avec le marché intérieur (points 65 et 67).

Ainsi, c'est l'existence d'un lien d'affectation contraignant entre la taxe et l'aide qui constitue le critère pertinent aux fins d'apprécier si ladite taxe fait partie intégrante de cette aide et, partant, relève des dispositions du traité en matière d'aides d'État.



Dans l'arrêt entrepris, le Tribunal a constaté qu'il découlait du droit espagnol que le montant de l'aide attribuée à la *RTVE* ne dépendait pas directement des recettes issues des mesures fiscales en cause, dès lors que ce montant était fixé en fonction des coûts nets relatifs à l'accomplissement de la mission de service public confiée à la *RTVE*. Il en a déduit que ces mesures fiscales ne faisaient pas partie intégrante de ladite aide.

La Cour valide ce raisonnement. Elle constate en effet que, dès lors que le produit des mesures fiscales en cause n'exerce aucune influence directe sur l'importance de l'aide accordée à la *RTVE*, étant donné que ni l'octroi ni le montant de celle-ci ne sont fonction de ce produit et que ce dernier n'est pas nécessairement affecté au financement de cette aide, en ce qu'une partie dudit produit peut être réattribuée à d'autres fins, il n'existe pas de lien d'affectation contraignant entre ces mesures fiscales et l'aide en cause (point 72). Le fait que les mesures fiscales en cause ont été introduites afin de compenser la suppression des recettes commerciales dont bénéficiait auparavant la *RTVE*, notamment celles issues de la publicité, est, de l'avis de la Cour, sans influence (point 73).

### La taxe ne constitue pas une taxe asymétrique similaire à celle en cause dans l'arrêt *Laboratoires Boiron*

Concernant, en second lieu, l'argumentation de *DTS* tirée de l'arrêt *Laboratoires Boiron*, la Cour rappelle qu'il découle de cet arrêt que, en présence d'un assujettissement asymétrique à une taxe, c'est-à-dire lorsqu'une taxe est due par une seule des deux catégories d'opérateurs en situation concurrentielle, les opérateurs redevables de la taxe peuvent exciper de l'illégalité de celle-ci. En effet, dans un tel cas, l'aide résulte du fait qu'une autre catégorie d'opérateurs économiques avec laquelle la catégorie taxée est en rapport direct de concurrence n'est pas assujettie à ladite taxe. La mesure d'aide est, dès lors, la taxe elle-même, cette dernière et l'aide constituant les deux éléments indissociables d'une seule et même mesure fiscale. Cette situation n'est ainsi pas assimilable à celle d'une quelconque exonération à une taxe ayant une portée générale dont cette taxe serait dissociable (point 75).

Par son arrêt, le Tribunal a estimé que la taxe sur les opérateurs de télévision payante, dont *DTS* est redevable, n'était pas comparable à la taxe asymétrique en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Laboratoires Boiron*.

Une fois encore, la Cour valide cette approche.

En effet, à l'instar du Tribunal, elle constate que les mesures fiscales et l'aide en cause ne constituent pas les deux éléments indissociables d'une seule et même mesure. Ainsi, contrairement à la situation prévalant dans le cadre de la mesure en cause dans l'arrêt *Laboratoire Boiron*, l'éventuelle inapplicabilité desdites mesures en raison de leur éventuelle incompatibilité avec le droit de l'Union n'aurait pas comme conséquence directe la remise en cause de l'aide. En effet, les autorités espagnoles sont en tout état de cause tenues de combler l'écart entre les ressources financières dont dispose la *RTVE* et l'ensemble des coûts de celle-ci pour l'accomplissement de ses obligations de service public (point 77).

La Cour ajoute que, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Laboratoires Boiron*, l'importance de l'aide était déterminée uniquement par le montant de la taxe, puisque l'avantage que les bénéficiaires tiraient de l'assujettissement de leurs concurrents à cette taxe était nécessairement fonction du taux de celle-ci. En revanche, le montant de l'aide à la *RTVE* est déterminé par les coûts nets de l'accomplissement des obligations de service public (point 78).

Admettant que la taxe en cause finance un régime d'aides en faveur de la *RTVE* dont la Commission a considéré qu'il était constitutif d'une aide d'État, la Cour relève que l'obligation, pour *DTS*, de l'acquiescer lui inflige un désavantage concurrentiel supplémentaire sur les marchés sur lesquels elle exerce ses activités en concurrence avec la *RTVE*, laquelle n'en est pas redevable. Elle estime néanmoins, à la suite du Tribunal, que cette seule circonstance ne suffit pas à démontrer que cette taxe fait partie intégrante de l'aide.

En effet, d'une part, la Cour rappelle que la question de savoir si une taxe fait partie intégrante d'une aide financée par une taxe ne dépend pas de l'existence d'un rapport de concurrence entre le débiteur de cette taxe et le bénéficiaire de l'aide, mais uniquement de l'existence d'un lien d'affectation contraignant entre ladite taxe et l'aide concernée en vertu de la réglementation nationale pertinente. D'autre part, elle souligne que les taxes ne relèvent pas, en principe, des règles relatives aux aides d'État et que l'argumentation de *DTS*, selon laquelle la taxe procure à son concurrent un avantage concurrentiel, si elle était suivie, aboutirait à considérer que toute taxe perçue au niveau sectoriel et frappant des opérateurs se trouvant dans une situation de concurrence avec le bénéficiaire d'une aide financée par celle-ci doit être examinée au regard de ces règles (points 81 et 83).

En conclusion, la Cour estime que c'est à bon droit que le Tribunal a considéré que la taxe sur les opérateurs de télévision payante ne faisait pas partie du régime d'aides en faveur de la *RTVE*. Les autres moyens soulevés par *DTS* étant rejetés, la Cour rejette le pourvoi dans son intégralité.

R. V. ■

## Offre d'avance d'actionnaire – Critère de l'investisseur privé: La Cour de justice de l'Union européenne confirme l'annulation d'une décision de la Commission européenne par le Tribunal de l'Union européenne tirée d'une mauvaise application du critère de l'investisseur privé (CJUE, 30 nov. 2016, *Commission c/ France et Orange*, aff. C-486/15 P)

Par cet arrêt du 30 novembre 2016, la Cour marque la fin de l'affaire des déclarations publiques du gouvernement français en faveur de *France Télécom (FT)*, qui a occupé les juridictions européennes depuis plus de dix ans (voir notre commentaire, *Concurrences* n° 4-2015, pp. 166-167 sur la deuxième annulation par le Tribunal sur renvoi de la Cour). La Cour de justice rejette le pourvoi de la Commission et confirme l'annulation de la décision du 2 août 2004 prononcée par le Tribunal pour mauvaise application du critère de l'investisseur privé.

### Rappel des faits

Au début des années 2000, *FT* (aujourd'hui *Orange*) dont l'État français était l'actionnaire majoritaire, a connu un endettement important. Face à l'ampleur de la dette, et en raison des doutes concernant sa capacité à rembourser celle-ci, les agences de notation ont dégradé la note de *FT*. Parallèlement, le cours de l'action de l'entreprise a chuté. Dans ce contexte, le ministre de l'Économie a déclaré, le 12 juillet 2002, que l'État s'engageait à soutenir *FT* si ses problèmes de financement devaient perdurer. Cette déclaration a été suivie par d'autres déclarations publiques en septembre et octobre 2002. Le 4 décembre 2002, dans le contexte de la publication du plan d'action de l'entreprise intitulé "Ambition *France Télécom* 2005", l'État français a publié l'annonce d'un projet d'avance d'actionnaire au profit de *FT*. Ce projet consistait en l'ouverture d'une ligne de crédit sous la forme d'un contrat d'avance. L'État a déclaré agir en investisseur avisé. Bien que l'offre de contrat n'ait jamais été acceptée, ni exécutée, les autorités françaises ont néanmoins notifié à la Commission les mesures financières prévues par le plan Ambition 2005.

### Procédure

Par décision du 2 août 2004, la Commission, en retenant une approche innovante, a conclu que la combinaison de l'offre d'avance et des déclarations faites depuis juillet 2002, constituait une aide d'État incompatible. Le 21 mai 2010, le Tribunal a annulé la décision de la Commission au motif que les déclarations des autorités françaises ne pouvaient pas être qualifiées d'aides d'État dans la mesure où elles n'avaient pas effectivement engagé de ressources d'État malgré l'avantage financier consenti à *FT*. Le 19 mars 2013, la Cour a annulé cet arrêt, considérant que, même sans être exécutée, l'avance promise avait conféré à *FT* un avantage octroyé au moyen de ressources d'État, dans la mesure où le budget de l'État était potentiellement grevé, et a renvoyé l'affaire au Tribunal. Le 31 juillet 2015, le Tribunal a de nouveau annulé, au titre de moyens non examinés en 2010, la décision de

la Commission au motif que celle-ci n'avait pas correctement appliqué le critère de l'investisseur privé en économie de marché. Par son arrêt du 30 novembre 2016, la Cour rejette l'intégralité du pourvoi formé par la Commission, l'annulation de la décision du 2 août 2004 devenant définitive.

### Sur les limites du contrôle exercé par le Tribunal

La Cour écarte tout d'abord un moyen de la Commission selon lequel le Tribunal aurait excédé les limites de son contrôle juridictionnel en substituant son analyse à celle de la Commission.

La Cour rappelle sa jurisprudence constante aux termes de laquelle le contrôle juridictionnel dans le cadre de l'article 107, paragraphe 1, est restreint lorsque les appréciations portées par la Commission présentent un caractère technique ou complexe, comme c'est le cas, par exemple, lors de l'application du critère de l'investisseur privé avisé en économie de marché (points 88-89). La Cour relève cependant que les considérations du Tribunal que critique la Commission portent non pas sur l'application même du critère de l'investisseur privé, mais sur le moment auquel la Commission devait se placer pour effectuer cette appréciation et, partant, sur les éléments de preuve qu'elle devait prendre en compte à cet égard (point 90). Or, même dans le cadre d'un contrôle restreint, le Tribunal doit non seulement vérifier l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées (point 91). Or, c'est bien l'exercice auquel s'est livré le Tribunal et qui l'a conduit à estimer que l'appréciation de la Commission était fondée sur une prise en compte sélective des éléments de preuve disponibles et que ces éléments n'étaient pas de nature à étayer les conclusions qu'en avait tirées la Commission (point 92).

La Cour en conclut que le Tribunal n'a pas excédé les limites du contrôle qu'il lui incombait d'exercer.

### Sur l'appréciation du critère d'investisseur privé en économie de marché

La Cour rejette également le moyen de la Commission selon lequel, en substance, le critère de l'investisseur privé aurait dû être appliqué au mois de juillet 2002 et non au mois de décembre 2002.

Sur ce point, la Cour commence par rappeler les principes qu'elle a elle-même dégagés, notamment dans son premier arrêt du 19 mars 2013 dans l'affaire en cause. Selon sa jurisprudence, des éléments postérieurs au moment où la mesure concernée est adoptée ne sauraient être pris en compte pour l'appréciation du critère de l'investisseur privé avisé (point 139), cette appréciation devant être effectuée par rapport aux éléments disponibles au moment où la décision de procéder à l'investissement

a été prise (point 140). La Cour note tout de même que le moment où la décision de procéder à l'investissement a été prise et celui où la mesure a été octroyée ne coïncident pas nécessairement, ladite décision pouvant être prise bien avant l'octroi de la mesure (point 141).

En l'espèce, la Cour relève que, d'après les constatations souveraines du Tribunal, (i) l'offre d'avance d'actionnaire n'a été faite qu'au mois de décembre 2002, (ii) le gouvernement français n'a pris aucun engagement ferme au mois de juillet 2002 et (iii) la décision de soutenir financièrement *FT* au moyen de l'offre d'avance d'actionnaire a été prise non pas au courant du mois de juillet 2002 mais au début du mois de décembre 2002 (point 142). La Cour en conclut que "dans ces conditions, anticiper au mois de juillet 2002 le moment où le critère de l'investisseur privé avisé devait être apprécié aurait nécessairement conduit à exclure de cette appréciation des éléments pertinents intervenus entre le mois de juillet 2002 et le mois de décembre 2002", ce qui serait incompatible avec la jurisprudence de la Cour (points 143-144).

Écartant également les moyens tirés d'une violation de l'obligation de motivation et d'une dénaturation de la décision litigieuse, la Cour rejette le pourvoi de la Commission dans son intégralité.

L'annulation de la décision de la Commission du 2 août 2004 est à présent définitive. Il n'y aura donc jamais eu d'aide dans les interventions de l'État mises en cause par la Commission depuis lors. En tout cas, selon les arguments utilisés jusqu'à présent.

J. D. – M. L. ■

**Sélectivité – Régime fiscal :** La Cour de justice de l'Union européenne annule deux arrêts du Tribunal de l'Union européenne en jugeant qu'il suffit, pour démontrer la sélectivité d'une mesure fiscale dérogatoire à un régime commun, que la mesure bénéficie à certains opérateurs et non à d'autres, alors que l'ensemble de ces opérateurs se trouve dans une situation objectivement comparable au regard de l'objectif poursuivi par le régime commun (*CJUE, 21 déc. 2016, World Duty Free Group, Banco Santander, Santusa Holding, aff. jtes. C-20/15 P et C-21/15 P*)

La condition de sélectivité d'une mesure d'aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE est sans doute la condition la plus problématique, dans certaines circonstances, notamment s'agissant des mesures fiscales.

## Introduction

Ni la pratique décisionnelle de la Commission, ni la jurisprudence européenne n'ont réussi à apporter une stabilité juridique satisfaisante et la clarté nécessaire à la sécurité juridique requise s'agissant de cette condition. C'est le moins qu'on puisse dire. On en veut pour preuve les annulations répétées de décisions de la Commission par le Tribunal, tantôt confirmées, tantôt infirmées par la Cour de justice. Il suffit de rappeler les affaires *British Aggregates*, *NOX* (Pays-Bas *c/* Commission), *Gibraltar*, *MOL* et, à présent, ces affaires *World Duty Free Group* (ex-*Autogrill*) et *Banco Santander*. Pendant un temps, le droit est tel que la Commission le décide. Pendant un autre temps, il est tel que le Tribunal le juge. Pendant encore un autre temps, il est tel que la Cour le juge, parfois en une troisième voie.

Lorsqu'on enseigne cette matière à des étudiants, on se rend compte à quel point l'adage "Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà" (Pascal, *Les Pensées*, 294) est applicable à cette condition de sélectivité. Mais cela n'enlève en rien à l'embarras de l'enseignant qui doit bien reconnaître que ce qui semblait bien argumenté et charpenté pour ses étudiants une année, ne l'est plus une autre année, sans que finalement la vérité ne se révèle sûrement.

Que dire alors du praticien qui doit conseiller son client sur le fondement de tels errements jurisprudentiels ?

Cette situation n'est pas satisfaisante. Et si elle a pu s'instaurer, c'est qu'il y a un problème de fond que la Cour de justice n'a pas pu régler jusqu'ici.

Il est regrettable d'ailleurs que la Cour ne se soit jamais efforcée de clairement énoncer l'existence de cinq conditions cumulatives à la notion d'aide d'État, se contentant souvent, comme dans l'arrêt commenté, d'en citer quatre, en télescopant en quelque sorte "l'avantage" et "la sélectivité" : **(i) transfert de ressources d'État** ("intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État"),

(ii) “susceptible d’affecter les échanges entre les États membres”, (iii) “accorder un avantage sélectif”, (iv) “fausser ou menacer de fausser la concurrence” (point 53 de l’arrêt). Si cette séquence semble stabilisée depuis quelque temps, la condition de sélectivité n’est toujours pas clairement énoncée, séparément, et elle est souvent traitée comme un “accessoire” à l’avantage (lorsqu’elle n’est pas totalement ignorée). Or, une mesure étatique qui octroierait un avantage, au moyen de ressources d’État, faussant la concurrence et affectant les échanges entre États membres, mais qui serait accessible par toute entreprise, sans aucune inégalité de traitement, n’en constituerait pas pour autant une aide d’État au sens de l’article 107, paragraphe 1, TFUE !

Dans son arrêt “Bovins” (30 juin 2016, Belgique c/ Commission, C-270/15 P), la Cour a pourtant rappelé que la “sélectivité (...) doit être clairement distinguée de la détection concomitante d’un avantage économique en ce que, lorsque la Commission a décelé la présence d’un avantage, pris au sens large, découlant directement ou indirectement d’une mesure donnée, elle est tenue d’établir, en outre, que cet avantage profite spécifiquement à une ou à plusieurs entreprises. Il lui incombe, pour ce faire, de démontrer, en particulier, que la mesure en cause introduit des différenciations entre les entreprises se trouvant, au regard de l’objectif poursuivi, dans une situation comparable. Il faut donc que l’avantage soit octroyé de façon sélective et qu’il soit susceptible de placer certaines entreprises dans une situation plus favorable que d’autres” (point 48 de l’arrêt précité). Dans ce même arrêt, la Cour poursuivait en distinguant le régime général d’aide de l’aide individuelle : “Dans ce dernier cas, l’identification de l’avantage économique permet, en principe, de présumer de sa sélectivité. En revanche, lors de l’examen d’un régime général d’aide, il est nécessaire d’identifier si la mesure en cause, nonobstant le constat qu’elle procure un avantage de portée générale, le fait au bénéfice exclusif de certaines entreprises ou de certains secteurs d’activités” (point 49 de l’arrêt précité). La première phrase de cette dernière citation appellerait des commentaires spécifiques tant elle est actuellement utilisée par la Commission pour justifier sa position notamment dans le cadre des affaires de «tax rulings», mais ces commentaires dépasseraient le cadre de la présente affaire.

Une autre raison de bien distinguer l’analyse de “l’avantage” de celle de la “sélectivité” est que la première relève de l’analyse concurrentielle (des conditions normales de marché) tandis que la seconde n’en relève nullement : l’examen de la sélectivité (comme le montre d’ailleurs bien l’arrêt “Bovins”) ne tient en rien à celui d’une situation de concurrence entre les entreprises concernées, mais seulement à la question de savoir s’il existe une différenciation ou une discrimination quelconque entre des entreprises qui peuvent ne pas du tout se trouver dans un rapport de concurrence (un traitement différencié d’éléments se trouvant dans une situation comparable).

Enfin, pour clore provisoirement ces quelques remarques introductives, on relèvera que l’arrêt annoté vient rendre déjà obsolète la communication de 2016 de la Commission

sur la notion d’aide d’État (JOUE n° C 262 du 19 juillet 2016, pp. 1-50 ; voir également *Concurrences* n° 3-2016, pp. 121-122). Cette communication avait déjà démontré, par la place réservée à la condition de sélectivité, combien celle-ci était source de difficultés. À présent, on peut se demander si une mise à jour ne s’impose pas si l’on veut maintenir l’un des effets positifs de cette communication : apporter une synthèse pédagogique des éléments de la notion d’aide, notamment à l’usage des juridictions nationales (et des plaideurs devant tenter parfois d’expliquer l’inexplicable à celles-ci !).

## Contexte factuel et procédural (mesure en cause et position du Tribunal)

Le droit fiscal espagnol prévoit depuis 2001 que les entreprises imposables en Espagne peuvent amortir fiscalement la survaleur financière résultant de prises de participations d’au moins 5 % dans des entreprises étrangères, établies au sein ou en dehors de l’Union européenne. Cet amortissement n’est en revanche pas possible lorsque la prise de participation concerne une entreprise établie en Espagne.

Dans deux décisions de 2011 (la première concernant les participations au sein de l’Union, la seconde les participations en dehors de celui-ci), la Commission a déclaré illégal et incompatible le régime litigieux et a ordonné la récupération des aides accordées.

*Autogrill Espana* (devenue par la suite *World Duty Free Group*) a contesté la première décision devant le Tribunal. *Banco Santander* et *Santusa Holding* la seconde.

Par deux arrêts du 7 novembre 2014 (*Autogrill España*, T-219/10 et *Banco Santander* et *Santusa*, T-399/11), en substance identiques, le Tribunal a annulé les deux décisions en se fondant sur un moyen tiré d’une violation de la notion de sélectivité, sans examiner les autres moyens (absence de sélectivité tenant à la nature ou l’économie du système dans lequel la mesure s’inscrit ; erreur dans l’identification du système de référence ; absence d’avantage et défaut de motivation).

En substance, le Tribunal a jugé que la mesure n’était pas sélective pour les motifs principaux suivants :

- lorsque la mesure en cause (nonobstant sa dérogation au régime fiscal commun) est potentiellement accessible à toutes les entreprises, la situation juridique et factuelle d’entreprises pouvant bénéficier de la mesure ne peut être comparée, au regard de l’objectif poursuivi par le régime commun, avec celle d’entreprises ne pouvant en bénéficier ;
- pour remplir la condition de sélectivité, une catégorie d’entreprises, qui sont les seules favorisées par la mesure en cause, doit dans tous les cas être identifiée ;
- la sélectivité ne peut résulter de la seule constatation qu’une dérogation à un régime commun ou “normal” d’imposition a été instituée ;

- l’existence, même à la supposer établie, d’une dérogation au cadre de référence identifié ne permet pas, à elle seule, d’établir que la mesure litigieuse est sélective dès lors que cette mesure est accessible, *a priori*, à toute entreprise;
- la mesure litigieuse s’applique à toutes les prises de participations d’au moins 5 % dans des sociétés étrangères qui sont détenues de manière ininterrompue pendant au moins un an et ne vise aucune catégorie particulière d’entreprises ou de productions, mais une catégorie d’opérations économiques;
- l’achat d’actions dans une société étrangère n’impose pas, *a priori*, à l’entreprise acquéreuse de modifier son activité;
- conformément au point 36 de l’arrêt du 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline* (C-143/99), “une mesure dont l’application est indépendante de la nature de l’activité des entreprises n’est, *a priori*, pas sélective”;
- la mesure litigieuse ne fixe aucun montant minimal correspondant au seuil minimal de 5 % de participation et ne réserve donc pas, en fait, son bénéfice à des entreprises disposant de ressources financières suffisantes à cette fin;
- la mesure litigieuse prévoit un avantage fiscal sur la base d’une condition liée à l’achat de biens économiques particuliers (des participations dans des sociétés étrangères) comme dans l’arrêt du 19 septembre 2000 *Allemagne c/ Commission* (C-156/98, point 22), où un allègement fiscal (déduction du bénéfice résultant de la vente de certains biens économiques en cas de prises de participations dans des sociétés ayant leur siège dans certaines régions) conférerait aux contribuables concerné un avantage qui, en tant que mesure générale applicable sans distinction à tous les opérateurs économiques, ne constituait pas une aide;
- le fait que la mesure ne bénéficie qu’à certains groupes d’entreprises réalisant certains investissements à l’étranger satisfaisant aux conditions exigées ne permet pas davantage d’établir le caractère sélectif de la mesure litigieuse: la jurisprudence distinguant les interventions étatiques en fonction de leurs effets, l’approche de la Commission conduirait à constater l’existence d’une sélectivité pour toute mesure fiscale dont le bénéfice est subordonné à certaines conditions, alors même que les entreprises bénéficiaires ne partagent aucune caractéristique propre qui permettrait de les distinguer des autres entreprises, en dehors du fait qu’elles satisfont aux conditions auxquelles l’octroi de la mesure est subordonné;
- le fait que, selon la Commission, la mesure litigieuse prétendait favoriser l’exportation de capital depuis l’Espagne, de façon à renforcer la position des entreprises espagnoles à l’étranger et à améliorer ainsi la compétitivité des bénéficiaires du régime, n’est pas pertinent car la sélectivité doit être constatée dans un cadre de référence national;

- le fait que la Cour aurait déjà admis qu’une mesure fiscale soit qualifiée de sélective, sans qu’il soit établi que la mesure en cause favorisait une catégorie particulière d’entreprises ou de productions, à l’exclusion d’autres entreprises ou d’autres productions, s’expliquerait par des circonstances liées à la catégorisation des entreprises bénéficiaires regroupant des entreprises qui peuvent être distinguées du fait de caractéristiques communes et spécifiques, liées à leur activité d’exportation.

## Première branche du moyen

La Commission a formé un pourvoi contre chacun des arrêts du Tribunal en développant un moyen unique tiré d’une erreur de droit dans l’interprétation de la condition relative à la sélectivité de l’article 107, paragraphe 1, TFUE. L’Espagne, l’Irlande et l’Allemagne sont intervenues au soutien de *World Duty Free Group*, *Banco Santander* et *Santusa Holding* alors que deux autres demandes d’intervention présentées par *Telefonica* et *Iberdola* sont rejetées.

Dans sa première branche, le moyen de la Commission reproche au Tribunal de lui avoir imposé, pour démontrer la sélectivité, “l’obligation de déterminer un groupe d’entreprises ayant des caractéristiques propres” (point 21 de l’arrêt).

L’appréciation par la Cour débute par un énoncé de principes en vue d’une tentative de systématisation de la condition de sélectivité.

La Cour juge tout d’abord, se référant à sa jurisprudence, que “l’appréciation de cette condition impose 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 ledit régime, dans une situation factuelle et juridique comparable et qui subissent ainsi un traitement différencié pouvant en substance être qualifié de discriminatoire” (point 54 de l’arrêt). Selon la Cour, “lorsque la mesure en cause est envisagée comme un régime d’aide et non comme une aide individuelle, il incombe à la Commission d’établir que cette mesure, bien qu’elle prévoit un avantage de portée générale, en confère le bénéfice exclusif à certaines entreprises ou à certains secteurs d’activité” (point 55 de l’arrêt).

S’agissant des mesures nationales “conférant un avantage fiscal”, la Cour considère que lorsqu’elles placent leurs bénéficiaires dans une situation plus favorable que les autres contribuables, elles sont susceptibles de procurer un “avantage sélectif” mais qu’en revanche, elles ne constituent pas une telle aide si l’avantage fiscal résulte “d’une mesure générale applicable sans distinction à tous les opérateurs économiques” (point 56 de l’arrêt).

La Cour énonce ensuite à nouveau les trois temps de la qualification d’une mesure fiscale comme étant “sélective” (points 57 et 58):

- premièrement, la Commission doit “identifier le régime fiscal commun ou “normal” applicable dans l’État membre concerné”;
- deuxièmement, la Commission doit démontrer “que la mesure fiscale en cause déroge audit régime commun, 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”;
- troisièmement, “les mesures introduisant une différenciation entre des entreprises qui se trouvent, au regard de l’objectif poursuivi par le régime juridique en cause, dans une situation factuelle et juridique comparable et, partant, *a priori* sélectives” ne constituent pas des aides, “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 elles s’inscrivent”.

La Cour ajoute que “le fait que seuls les contribuables remplissant les conditions pour l’application d’une mesure peuvent bénéficier de celle-ci ne saurait, en soi, conférer à cette mesure un caractère sélectif” (point 59).

La Cour en conclut que “le paramètre pertinent pour établir la sélectivité de la mesure en cause consiste à vérifier si celle-ci introduit entre des opérateurs se trouvant, au regard de l’objectif poursuivi par le régime fiscal général concerné, dans une situation factuelle et juridique comparable une différenciation non justifiée par la nature et l’économie de ce régime” (point 60).

En présence de mesures fiscales, il existe donc un renversement de la charge de la preuve : en cas de différenciation entre les entreprises se trouvant, au regard de l’objectif poursuivi par le régime juridique en cause (que la Commission doit établir), dans une situation factuelle et juridique comparable, la mesure est *a priori* sélective, sauf si l’État membre parvient à démontrer que cette sélectivité (“différenciation”) est justifiée par la nature ou l’économie du système en cause.

## Critique par la Cour des arrêts entrepris du Tribunal

La question est de savoir si le Tribunal pouvait reprocher à la Commission de n’avoir pas démontré que la mesure litigieuse conférait un avantage sélectif à certaines entreprises ou à certaines productions.

Partant du constat que la mesure litigieuse prévoit un avantage fiscal susceptible de bénéficier à l’ensemble des entreprises effectuant les opérations visées par celui-ci, la Cour considère qu’en présence d’un tel avantage à portée générale, la Commission devait “établir que cette mesure, en confère le bénéfice exclusif à certaines entreprises ou à certains secteurs d’activité” (point 62).

La Cour relève que le Tribunal avait bien compris que la Commission s’était fondée, pour établir la sélectivité de

la mesure, “sur le motif que celle-ci constitue une dérogation par rapport à un cadre de référence, en ce que cette mesure avait pour conséquence d’appliquer aux entreprises imposables en Espagne effectuant des prises de participations dans des sociétés établies à l’étranger un traitement fiscal distinct de celui appliqué aux entreprises imposables en Espagne effectuant de telles acquisitions dans des sociétés établies en Espagne, alors même que ces deux catégories d’entreprises se trouvaient dans des situations comparables au regard de l’objectif poursuivi par ledit cadre de référence, à savoir le régime général espagnol de l’impôt sur les sociétés et, plus précisément, les règles relatives au traitement fiscal de la sur-valeur financière contenues dans ledit régime d’imposition” (point 63).

La Cour constate que le Tribunal juge à ce sujet que la Commission avait ainsi fait application de la méthode d’analyse conforme à la jurisprudence de la Cour.

Mais la Cour constate que le Tribunal ne s’en tient pas à cette jurisprudence et qu’il ajoute à celle-ci le principe selon lequel “l’existence, même à la supposer établie, d’une dérogation ou d’une exception au cadre de référence identifié par la Commission ne permettait pas, à elle seule, d’établir que la mesure litigieuse favorisait “certaines entreprises ou certaines productions”, au sens de l’article 107, paragraphe 1, TFUE, dès lors que cette mesure était accessible, *a priori*, à toute entreprise et visait non pas une catégorie particulière d’entreprises, qui auraient été les seules favorisées par cette mesure, mais une catégorie d’opérations économiques” (point 65).

Dans un attendu péremptoire, la Cour juge que “ce raisonnement repose sur une application erronée de la condition de sélectivité prévue à l’article 107, paragraphe 1, TFUE, telle qu’elle a été rappelée dans le présent arrêt” (point 66).

La Cour explique sa position comme suit (points 67 à 69) :

- face à une mesure nationale conférant un avantage fiscal de portée générale, la condition de sélectivité est remplie du simple fait que la mesure déroge au régime fiscal commun ou “normal” applicable dans l’État membre concerné (élément encore à établir en l’espèce); en effet, cette mesure “introd[uit] ainsi, par ses effets concrets, un traitement différencié entre opérateurs, alors que les opérateurs qui bénéficient de l’avantage fiscal et ceux qui en sont exclus se trouvent, au regard de l’objectif poursuivi par ledit régime fiscal de cet État membre, dans une situation factuelle et juridique comparable”;
- la Commission s’est fondée “sur l’inégalité de traitement entre les entreprises résidentes que comportait cette mesure”;
- le Tribunal a commis une erreur de droit en estimant que cette mesure constituait une mesure générale parce qu’elle “ne visait aucune catégorie particulière d’entreprises ou de productions, que son application était indépendante de la nature de l’activité

des entreprises ou qu'elle était accessible, *a priori* ou potentiellement, à toutes les entreprises désireuses de prendre des participations d'au moins 5 % dans des sociétés étrangères et détenant ces participations de manière ininterrompue pendant au moins un an”.

Selon la Cour, l'erreur du Tribunal est d'exiger, pour qu'une mesure *a priori* accessible à toute entreprise soit sélective, l'identification dans tous les cas d'une catégorie particulière d'entreprises, qui seraient les seules favorisées par la mesure en cause et qui pourraient être distinguées du fait de propriétés spécifiques, communes et propres.

Pour la Cour, il suffit de “rechercher si l'exclusion de certains opérateurs du bénéfice d'un avantage fiscal découlant d'une mesure dérogeant à un régime commun fiscal constitue un traitement discriminatoire à leur égard”. Toute exigence supplémentaire ne saurait être déduite de la jurisprudence de la Cour (point 71).

### Justification / explication par la Cour de plusieurs de ses arrêts antérieurs

La Cour va alors s'efforcer de justifier sa position par rapport à une série d'arrêts auxquels le Tribunal s'était référé pour fonder sa position. Dans une vingtaine de longs attendus, la Cour donne sa propre interprétation de ses arrêts. Ces longues digressions trahissent-elles l'embaras de la Cour au regard du fait que le Tribunal a pu se considérer conforté dans son approche par une certaine lecture de la jurisprudence antérieure ?

D'ores et déjà, remarquons que les interprétations de l'un et de l'autre peuvent apparaître tout aussi convaincantes. Cela signifie donc que la Cour a dû manquer de clarté dans sa jurisprudence antérieure pour créer à ce point une telle confusion dans l'esprit du Tribunal dont on peut difficilement lui reprocher d'être incapable de lire correctement un arrêt, en tout cas dans un certain sens raisonnable. C'est que la jurisprudence antérieure était susceptible de plusieurs interprétations.

#### **Arrêt du 15 novembre 2011, Gibraltar (C-106/09 P et C-107/09 P)**

Selon le point 104 de cet arrêt, pour être sélectif un régime fiscal doit comprendre des critères permettant de caractériser les entreprises bénéficiaires en vertu des propriétés qui leur sont spécifiques en tant que catégorie privilégiée.

Mais la Cour estime que le Tribunal n'a pas tenu compte du contexte des motifs de cet arrêt dans lesquels ce point précis doit être entendu. La mesure litigieuse n'était pas un avantage fiscal dérogeant à un régime fiscal commun (comme dans l'espèce *World Duty Free Group*, mais c'est un point non discuté par le Tribunal), mais l'application en soi d'un régime fiscal commun, fondée sur des critères également de nature générale. Donnant tort au Tribunal également, cet arrêt *Gibraltar* a conclu au caractère sélectif de la mesure nonobstant la nature générale du régime en faisant application d'une approche “par les effets” : la sélectivité englobe “des mesures qui, par leurs

effets, favorisent certaines entreprises, en l'occurrence des sociétés “*offshore*”, en raison de caractéristiques propres et spécifiques à ces entreprises” (point 74). Il s'agissait d'une discrimination de fait entre des entreprises se trouvant dans une situation comparable au regard de l'objectif poursuivi par le régime, à savoir l'imposition généralisée de toutes les sociétés résidentes.

Le Tribunal aurait donc omis de tenir compte de la différence entre cette affaire et la présente affaire où la sélectivité était retenue par la Commission en se fondant sur l'inégalité de traitement de la mesure : un avantage fiscal est conféré à certaines entreprises résidentes et non à d'autres, alors qu'elles relèvent du même régime fiscal commun.

La Cour reconnaît que cet arrêt *Gibraltar* qualifie de sélective une mesure fiscale même en l'absence de dérogation au régime commun fiscal. Elle ne voit toutefois pas de contradiction avec sa jurisprudence constante, “selon laquelle il suffit, pour établir la sélectivité d'une mesure dérogatoire à un régime fiscal commun, qu'il soit démontré que celle-ci bénéficie à certains opérateurs et non à d'autres, alors que l'ensemble de ces opérateurs se trouve dans une situation objectivement comparable au regard de l'objectif poursuivi par le régime fiscal commun” (point 76).

L'important n'est pas tant la “dérogation” que l'existence “d'un traitement différencié” entre deux catégories d'opérateurs : “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 77).

Selon la Cour, le Tribunal a eu tort d'exiger en outre, pour établir la sélectivité, l'identification de “certaines caractéristiques propres et spécifiques, communes aux entreprises bénéficiaires de l'avantage fiscal, qui permettent de les distinguer de celles qui en sont exclues”.

Et la Cour conclut sur ce point par cette énonciation de principe dont on devra se rappeler : “(...) seul importe à cette fin le fait que la mesure, indépendamment de sa forme ou de la technique réglementaire utilisée, ait pour effet de placer les entreprises bénéficiaires dans une situation plus avantageuse que celle d'autres entreprises, alors même que l'ensemble de ces entreprises se trouve dans une situation factuelle et juridique comparable au regard de l'objectif poursuivi par le régime fiscal en cause” (point 79). Et ce, quels que soient le nombre d'entreprises avantagées ou leur appartenance à des secteurs d'activité divers.

#### **Arrêt du 8 novembre 2001, Adria-Wien Pipeline (C-143/99)**

La Cour revient ensuite sur le point 36 de l'arrêt *Adria-Wien Pipeline* auquel se référerait le Tribunal. Selon ce point, “des mesures ne sont pas sélectives lorsqu'elles s'appliquent à toutes les entreprises situées sur le territoire national, indépendamment de l'objet de leur activité”. La Cour juge qu'il ne peut en être déduit,

comme le Tribunal l'a fait, "qu'une mesure dont l'application est indépendante de la nature de l'activité des entreprises n'est, *a priori*, pas sélective" (point 82).

La Cour replace à nouveau (points 83 et 84) cette citation dans le contexte "de l'ensemble des motifs de cet arrêt" *Adria-Wien Pipeline*, pour rappeler que les mesures nationales en cause étaient générales car elles s'appliquaient sans distinction à l'ensemble des entreprises de l'État membre concerné. En outre, si la Cour avait fait référence à "l'objet de l'activité des entreprises" bénéficiaires, cette référence ne s'expliquait que par les termes de la seconde question préjudicielle en l'espèce (référence qui avait disparu des arrêts ultérieurs rappelant le même principe).

### **Arrêt du 29 mars 2012, 3M Italia (C-417/10)**

Ensuite, la Cour s'attaque à la référence faite par le Tribunal au point 42 de cet arrêt *3M Italia* qui énonce que "le fait que seuls les contribuables remplissant les conditions d'obtention de la mesure concernée (...) pouvaient bénéficier de cette mesure ne saurait, en soi, conférer à celle-ci un caractère sélectif".

La Cour relève qu'elle indiquait dans le même point 42 qu'en l'espèce, les personnes exclues du bénéfice de la mesure "ne se trouvaient pas dans une situation factuelle et juridique comparable à celle des contribuables pouvant y prétendre, au regard de l'objectif poursuivi par le législateur national" (point 85). La Cour en déduit "qu'une condition d'application ou d'obtention d'une aide fiscale peut fonder le caractère sélectif de cette aide, si cette condition conduit à opérer une différenciation entre des entreprises se trouvant pourtant, au regard de l'objectif poursuivi par le régime fiscal en cause, dans une situation factuelle et juridique comparable, et si, partant, elle révèle une discrimination à l'égard des entreprises qui en sont exclues" (point 86).

On en revient à la simple existence "d'un traitement différencié".

### **Arrêt 19 septembre 2000, Allemagne c/ Commission (C-156/98)**

Enfin, la Cour termine son interprétation authentique en affirmant que rien ne peut être déduit de cet arrêt pour contredire sa position dans la présente affaire.

La Cour se justifie en évoquant une appréciation de la Commission qui n'avait pas été contestée devant elle et qu'elle n'avait donc pas à juger (point 90) : il se serait agi d'une mesure prise à l'égard de certaines entreprises géographiquement circonscrites dans lesquelles des investisseurs privés avaient réinvesti les bénéfices provenant de ventes de biens économiques. La mesure ne concernerait donc pas les investisseurs eux-mêmes. En tant que mesure générale, elle bénéficierait à tous les opérateurs sans distinction.

## **Conclusion de la Cour**

En conclusion, la Cour considère que le Tribunal a commis une erreur de droit en ne vérifiant pas si la Commission avait effectivement analysé et établi le caractère discriminatoire de la mesure litigieuse (point 93).

Au point 94, la Cour établit enfin les conditions de cet examen par la Commission :

- il doit être effectué de manière rigoureuse et suffisamment motivée afin de permettre un contrôle juridictionnel complet ;
- il doit porter notamment sur le caractère comparable de la situation des opérateurs bénéficiant de la mesure avec celle des opérateurs qui en sont exclus et,
- il doit porter, le cas échéant, sur la justification d'une inégalité de traitement invoquée par l'État membre concerné.

Le Tribunal n'a pas effectué cette vérification. Au contraire, il s'est trompé en ajoutant à la méthode d'examen appliquée par la Commission, l'exigence de "la détermination d'une catégorie particulière d'entreprises qui étaient les seules à être favorisées par la mesure fiscale en cause".

## **Seconde branche du moyen**

La seconde branche du moyen de la Commission appelle moins de discussion.

La Commission reprochait au Tribunal une erreur de droit dans l'application de la jurisprudence relative aux aides à l'exportation. Le Tribunal aurait introduit une distinction artificielle entre les aides à l'exportation et les aides à l'exportation de capitaux.

Cette fois-ci, alors qu'elle les avait totalement ignorées jusque-là, la Cour se réfère aux conclusions de son avocat général (M. Wathelet, premier avocat général) pour établir la seconde erreur de droit du Tribunal dans ses arrêts.

Son erreur est d'avoir jugé que la jurisprudence relative aux aides à l'exportation "portait non pas sur la condition tenant à la sélectivité d'une mesure nationale, mais uniquement sur la condition relative au fait que la concurrence et les échanges sont affectés" (point 115).

En outre, le Tribunal a erronément lu dans cette jurisprudence le principe selon lequel "la catégorie des entreprises bénéficiaires au regard de laquelle le caractère sélectif de régimes d'aides à l'exportation doit être examiné était celle constituée par les "entreprises exportatrices", devant être définie comme une catégorie, certes extrêmement large mais tout de même particulière, regroupant les entreprises qui pouvaient être distinguées du fait de caractéristiques communes et spécifiques liées à leur activité d'exportation" (point 117).



Les principes développés s’agissant de la première branche s’appliquent pleinement aux aides fiscales à l’exportation : “la mesure litigieuse visant à favoriser les exportations peut être considérée comme étant sélective si elle bénéficie aux entreprises réalisant des opérations transfrontalières, en particulier des opérations d’investissement, au détriment d’autres entreprises qui, se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable, au regard de l’objectif poursuivi par le régime fiscal concerné, effectuent des opérations de même nature sur le territoire national” (point 119).

## Renvoi au Tribunal

La Cour renvoie les affaires au Tribunal car le litige n’est pas en état d’être jugé : le Tribunal n’a pas examiné les trois autres moyens invoqués. Le Tribunal n’a pas non plus examiné, dans le cadre de l’examen du premier moyen, si les entreprises exclues de l’avantage fiscal “se trouvaient, au regard de l’objectif poursuivi par le régime fiscal concerné, dans une situation juridique et factuelle comparable à celle des entreprises favorisées par cette mesure. En outre, l’examen de ces moyens est susceptible d’impliquer l’appréciation d’éléments factuels” (point 121).

Le Tribunal doit ainsi encore se prononcer sur des questions telles que :

- l’acquisition d’entreprises en Espagne et à l’étranger génère-t-elle des situations de droit et de fait comparables ?
- neutralité fiscale de la mesure en cause au regard du système fiscal espagnol (cohérence fiscale : d’autres mesures fiscales espagnoles ont un effet similaire mais ne concernent que des acquisitions de sociétés résidentes en Espagne) ?
- identité des bénéficiaires (acheteurs ou vendeurs de participations dans les entreprises étrangères) ?
- bien-fondé des limites temporaires et géographiques à la protection de la confiance légitime.

Autant dire que les parties requérantes n’ont pas nécessairement dit leur dernier mot.

## Commentaires

### Interprétation extensive

En interprétant de manière si extensive le critère de sélectivité de la notion d’aide d’État, cet arrêt sera sans doute connu comme celui réduisant à une peau de chagrin les mesures fiscales générales. Ces dernières semblent désormais se limiter à celles qui sont mises en œuvre par tout contribuable adoptant le comportement prévu par la mesure (mesure “appliquée par tous” et non pas seulement “applicable par tous”). Alors même que le bénéficiaire d’une mesure donnée est accessible à tout contribuable, une telle mesure constituera une aide du simple fait qu’elle a pour effet de conférer un avantage à tout bénéficiaire quelconque pouvant décider de s’en prévaloir. La Cour a, en quelque sorte, inventé la notion de “mesure sélective comportementale”.

On notera toutefois que tout était déjà dit en quelques paragraphes par le premier avocat général M. Wathelet dans ses conclusions avant l’arrêt (points 6 à 11 des conclusions) :

- il résumait ainsi la question soulevée : les termes “en favorisant certaines entreprises ou certaines productions” de l’article 107, paragraphe 1, TFUE déterminant la sélectivité peuvent-ils être interprétés comme résultant de “la seule constatation qu’une dérogation à un régime commun ou ‘normal’ d’imposition a été instituée” ou est-il “nécessaire dans tous les cas d’identifier également une catégorie d’entreprises, qui sont les seules favorisées par la mesure qui déroge au régime commun en cause” ?
- selon lui, “à partir du moment où une mesure fiscale constitue une dérogation au régime fiscal ‘normal’ ou de référence et profite aux entreprises réalisant les opérations visées au détriment d’autres qui réalisent des opérations analogues et qui se trouvent, par conséquent, dans une situation comparable, cette mesure est, par sa nature même, discriminatoire ou sélective, sauf si la différenciation créée par la mesure se justifie par la nature ou l’économie générale du système dans lequel elle s’inscrit” ;
- le fait que les conditions pour bénéficier de l’avantage fiscal soient relativement faciles à réaliser et que ce bénéfice soit donc accessible à de nombreuses entreprises “ne remet pas en cause son caractère sélectif mais uniquement le degré de la sélectivité” ;
- le fait que l’article 107 TFUE ne parle que des mesures “favorisant certaines entreprises ou certaines productions” et non pas des opérations économiques qui seraient favorisées par ces mesures, n’exclut pas ces opérations du champ d’application du texte : “Les opérations étant menées par des entreprises, en favorisant certaines opérations économiques, on favorise certaines entreprises” ;
- en conclusion, l’erreur du Tribunal est d’exiger “l’identification d’une catégorie d’entreprises ayant des caractéristiques propres qui en feraient les seules favorisées par la mesure fiscale en cause” ;
- par ailleurs, conformément à la jurisprudence de la Cour relative aux aides à l’exportation, “la mesure litigieuse est sélective dès lors qu’elle bénéficie aux entreprises réalisant des opérations transfrontalières et non aux entreprises réalisant les mêmes opérations au niveau national”.

La Cour suit la voie tracée par son premier avocat général (sans pourtant s’y référer une seule fois, s’agissant de la première branche), tout en prenant soin d’y ajouter de longues justifications pour contredire les motifs développés par le Tribunal en se fondant sur sa jurisprudence antérieure et, tant que faire se peut, masquer les incohérences de celle-ci.

## L'arrêt ne concerne que l'exigence par le Tribunal d'une condition préalable – les autres questions n'ont pas été examinées

Somme toute, le désaccord entre le Tribunal et la Cour semble se résumer, dans les circonstances de l'affaire (octroi d'un avantage fiscal à toute entreprise effectuant un certain type d'opérations), à l'exigence d'une condition préalable au raisonnement en trois temps que la Cour a établi progressivement dans sa jurisprudence sur la sélectivité.

La première étape n'a pas été examinée par le Tribunal (et donc non plus par la Cour) : elle aurait dû consister, en l'espèce, à chercher à savoir si le régime fiscal commun, normal ou de référence, était bien le régime d'imposition des sociétés en droit espagnol (ce qu'avait décidé la Commission).

La deuxième étape, relative à l'identification d'une dérogation à ce régime de référence, n'a pas non plus été examinée par le Tribunal (et donc non plus par la Cour). Au point 65 de l'arrêt, la Cour relève que le Tribunal raisonne sans en tenir compte ("même à la supposer établie"). En présence d'une mesure "potentiellement accessible à toutes les entreprises", le Tribunal juge qu'il ne peut être procédé à la comparaison, au regard de l'objectif poursuivi par ce régime, de la situation juridique et factuelle d'entreprises pouvant bénéficier de la mesure dérogatoire avec celle des entreprises qui n'en bénéficient pas. Dans ce cas, le Tribunal exige, comme condition préalable en quelque sorte, l'identification d'une catégorie d'entreprises, qui sont les seules favorisées par la mesure en cause : "la sélectivité ne peut résulter de la seule constatation qu'une dérogation à un régime commun ou "normal" d'imposition a été instituée" (points 44 et 45 de l'arrêt *Autogrill* et points 48 et 49 de l'arrêt *Banco Santander*).

La Cour, de son côté, en présence de ce même type de mesure "potentiellement accessible à toutes les entreprises", considère que "seul importe" que la mesure, "indépendamment de sa forme ou de la technique réglementaire", favorise les entreprises bénéficiaires par rapport à d'autres entreprises, alors même que toutes ces entreprises se trouveraient (point encore à établir) dans une situation factuelle et juridique comparable au regard de l'objectif poursuivi par le régime de référence (point 79 de l'arrêt qui contient son affirmation de principe).

De prime abord, si l'on prend en compte les exigences du marché intérieur, la position de la Cour apparaît raisonnable en vue de remédier à un traitement inégal entre entreprises. Selon qu'elles exercent ou non telle ou telle activité ou qu'elles adoptent ou non tel ou tel comportement, elles bénéficieront ou non de l'avantage fiscal. La mesure espagnole a pour effet de favoriser les investissements des entreprises espagnoles en dehors de l'Espagne.

On est tenté d'y voir une mesure similaire, dans ses effets, à celle de l'affaire Gibraltar : sélectivité de facto au regard des sociétés *offshore*. Mais, il semble exister des différences : dans la présente affaire, le « traitement différencié » ne dépend pas de la nature même du bénéficiaire

mais de son comportement. N'importe qui peut en être le bénéficiaire. De ce point de vue, on peut se demander si le raisonnement n'est pas circulaire. En effet, pour la Cour, même si la mesure litigieuse est ouverte à toute entreprise ("susceptible de bénéficier à l'ensemble des dites entreprises effectuant de telles opérations", point 62), la sélectivité résulte simplement du fait que seules certaines entreprises adopteront le comportement en question et que (ce qui reste encore à établir en l'espèce), toutes les entreprises se trouvent dans le même situation juridique et factuelle au regard du régime de référence.

En outre, ce faisant, le critère de sélectivité se rapproche étroitement, "dangereusement" pourrait-on même dire, du critère de l'avantage, jusqu'à fusionner avec lui.

Or, le texte de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, ne peut que prévoir une distinction *essentielle* (au sens philosophique) entre l'avantage ("favoriser") et la sélectivité ("certaines entreprises ou certaines productions").

La Cour, pourtant, déduit l'existence d'un traitement différencié (sélectivité) de la seule constatation que des entreprises seront favorisées (avantage) par rapport à d'autres sans se poser la question de l'origine, de la cause de cette différenciation. Elle n'en retient que l'effet. On sait que la notion d'aide ne se définit que par ses effets, mais on entend par là surtout la condition d'avantage, pas les autres conditions de l'aide d'État (sinon, on aurait, *quod non, horresco referens*, étendu l'*effect-based approach* de l'*antitrust* aux règles sur les aides d'État). Si la condition de sélectivité doit avoir un contenu autonome par rapport à celui d'avantage, on doit pouvoir y voir autre chose, qui n'en dépende pas de façon "consubstantielle" en quelque sorte.

C'est là que la voie adoptée par la Cour interpelle : n'a-t-elle pas été trop loin dans l'interprétation extensive du caractère sélectif de l'aide, jusqu'à lui faire perdre toute essence propre par rapport à la condition, séparée, de l'avantage ?

En d'autres termes, la Cour n'a-t-elle pas, en définitive, confondu la cause et l'effet ?

L'effet de la mesure d'aide, c'est le fait qu'elle produise un "avantage". Comme la Cour l'a dit pour droit dans l'arrêt *Philip Morris*, la mesure étatique litigieuse "renforce la position d'une entreprise par rapport à d'autres entreprises concurrentes dans les échanges intracommunautaires" (730/79, point 11), à savoir par rapport à la situation qui aurait prévalu dans des conditions normales de marché. Il s'agit là d'une comparaison avec les conditions concurrentielles. La sélectivité, comme on va le voir, procède d'une comparaison d'une nature différente.

On sait que des mesures produisant un avantage peuvent ne pas constituer pour autant une "aide d'État" si les autres conditions de la notion d'aide ne sont pas cumulativement remplies : parfois, la mesure n'est pas "imputable à l'État" (arrêt *Stardust Marine*, C-482/99) ; parfois, la mesure n'opère pas de transfert de ressources d'État (*PreussenElektra*, C-379/98) ; ou, parfois, la mesure

n'est pas sélective tout simplement (arrêt *MOL*, C-15/14 P) : l'avantage n'est pas sélectif, il ne constitue pas une "aide". Constaté un avantage pour des entreprises par rapport à d'autres ne peut donc suffire à établir l'existence d'une aide d'État. Encore faut-il que cet avantage soit octroyé d'une manière "sélective".

La sélectivité procède plutôt de la "cause" de l'avantage (non pas au sens de "l'intention" mais, en quelque sorte, au sens aristotélicien de la "cause motrice") : c'est "ce qui fait" qu'un avantage donné va pouvoir être qualifié d'aide (sous réserve des autres conditions cumulatives). L'avantage est-il "causé" par une discrimination *inhérente* à la mesure ? Dans ce cas, l'avantage est sélectif, car la mesure réserve l'avantage à "certaines entreprises ou certaines productions", sans justifications objectives (notamment la cohérence du système fiscal pour une mesure de nature fiscale). Ou, au contraire, l'avantage est-il "causé" par un élément de différenciation *qui n'est pas inhérent* à la mesure, c'est-à-dire qu'il ne dépend que d'une action des bénéficiaires potentiels, qui peuvent être toute entreprise, la mesure étant, par définition, accessible par tous sans aucune distinction ? Dans ce cas, nous ne pensons pas que l'avantage soit sélectif. Ce n'est pas la mesure elle-même qui réserve cet avantage à "certaines entreprises ou certaines productions". C'est le résultat d'un choix ou d'un comportement de ces entreprises qui, toutes, *sans aucune distinction possible*, peuvent se trouver dans la position de bénéficiaire de cet avantage, pourvu qu'elles fassent un certain choix ou se trouvent dans une certaine situation. Il peut s'agir d'une action consistant à investir, vendre, acheter, faire des bénéfices, faire des pertes, simplement réaliser un chiffre d'affaires, effectuer de la recherche et du développement, ou encore procéder à des amortissements, etc. Un avantage fiscal lié à de telles opérations, accessibles sans aucune condition, ni distinction, à toute entreprise, ne nous paraît pas conforme à la condition de sélectivité prévue à l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

Sans revenir sur les faits de l'affaire en cause (le Tribunal doit encore examiner, sur renvoi, plusieurs éléments factuels), s'agissant des mesures fiscales, nous pensons qu'une distinction doit être faite entre (i) un avantage fiscal qui résulte d'une condition accessible à toute entreprise, sans aucune distinction, selon des circonstances externes à la mesure (dans ce cas, cette mesure pourrait ne pas être sélective) et (ii) un avantage fiscal qui est octroyé par la discrétion de l'État, pour avantager une entreprise déterminée ou un avantage fiscal dont l'octroi dépend d'une condition qui n'est pas accessible à toute entreprise, sans aucune distinction, par exemple, uniquement pour tel ou tel type d'entreprise, ou pour toute entreprise opérant dans tel ou tel domaine ou engageant telle ou telle personne (dans ces derniers cas sous (ii), cette mesure devrait être qualifiée de sélective).

Il ne semble pas que ce soit l'approche suivie par la Cour : peu importe la mesure du moment qu'elle ait pour effet de favoriser une entreprise par rapport à une autre, quelle qu'en soit la raison, inhérente ou non à la mesure. L'avantage devient sélectif du seul fait qu'il constitue un avantage.

## Quelles limites à la sélectivité en matière fiscale ?

L'approche désormais très large par la Cour de ce critère de sélectivité remet en cause nombre de mesures qui, jusqu'à présent, ne semblaient pas devoir constituer des aides. On peut prendre pour exemples les simples incitations fiscales du type d'une déduction pour investissement (ouverte à toute entreprise selon des conditions objectives), d'un amortissement accéléré ou même simplement linéaire (ouvert à toute entreprise ayant des amortissements à utiliser), d'un report de pertes (ouvert à toute entreprise faisant des pertes).

Si l'on suit l'approche de la Cour, dans ces cas également, il existe un traitement différencié entre, d'une part, l'entreprise qui réalise des investissements éligibles à la déduction pour investissement et, d'autre part, celle qui ne réalise pas de tels investissements alors qu'elles se trouveraient dans une situation juridique et factuelle similaire au regard de l'objectif du régime de référence (application des règles de base de l'impôt).

Les États membres devaient-ils donc notifier toutes ces mesures fiscales ? Sont-elles d'ores et déjà illégales ? Les juges nationaux vont-ils se voir assaillis de recours en illégalité au titre de l'article 108, paragraphe 3, TFUE ? Quelle sécurité reste-t-il aux opérateurs économiques s'étant engagés dans la voie de telles opérations fondées sur ces mesures fiscales ?

La seule échappatoire semble désormais être la troisième condition du test de sélectivité, à savoir l'exception de la cohérence du système fiscal, selon laquelle une mesure *a priori* qualifiée de sélective pourrait échapper à la qualification d'aide en étant justifiée par la nature et l'économie du système fiscal en cause.

Comme on l'a vu, en vertu d'un renversement de la charge de la preuve, il incombe à l'État membre qui l'invoque d'établir cette exception (le point 58 de l'arrêt le rappelle). Il semble bien qu'il s'agit là d'une *probatio diabolica* en matière de fiscalité directe (voir K. Lenaerts, "State Aid and Direct Taxation", EU competition law in context: essays in honour of Virpi Tiili, H. Kanninen, N. Korjus & A. Rosas eds., Oxford, Hart Publishing 2009, pp. 291-306, spéc. p. 305). Pour ne prendre qu'un exemple, quelle serait la position de la Cour si l'on considérait à nouveau la situation de l'affaire *Bachmann* (arrêt du 28 janvier 1992, C-204/90) sous l'angle des aides d'État ? La Cour y a trouvé une des rares justifications à la restriction en cause (libre circulation des travailleurs) au titre de la cohérence fiscale. A l'aune de l'interprétation extensive de la sélectivité par le présent arrêt, ne pourrait-on pas y identifier une aide (à savoir l'avantage pour les seuls assureurs établis en Belgique de pouvoir offrir la déductibilité des primes de contrats d'assurance contre la vieillesse et le décès) ? Et serait-elle de la même façon justifiée par la cohérence fiscale ?

Les États membres intervenant au soutien des parties requérantes devant le Tribunal (Allemagne, Espagne et Irlande) s'émouvaient par ailleurs de l'interprétation large de la notion de sélectivité préconisée par la Commission

dans ses pourvois qui aurait, selon eux, “pour conséquence de bouleverser l’équilibre institutionnel de l’Union. En effet, (...) la Commission pourrait contrôler la quasi-totalité des mesures de fiscalité directe en vertu de ses compétences en matière d’aides d’État, alors que la fiscalité directe relève, en principe, de la compétence législative des États membres” (point 52 de l’arrêt).

L’avocat général Kokott avait déjà souligné cette question fondamentale dans ses conclusions dans l’affaire *Finanzamt Linz* (arrêt du 6 octobre 2015, aff. C-66/14). Cette affaire concernait également une mesure d’amortissement fiscal (dans le cadre de l’imposition autrichienne des groupes de sociétés) de la “valeur commerciale” de l’acquisition de nouvelles participations dans un groupe, à l’exclusion des participations dans des sociétés non-résidentes et par des contribuables non soumis à l’imposition des groupes d’entreprises. L’avocat général estimait qu’une “conception trop large de la sélectivité de mesures nationales risque de porter atteinte à la répartition des compétences entre les États membres et l’Union” ainsi qu’à celle “entre le Parlement européen et le Conseil de l’Union européenne (...), d’une part, et la Commission (...), d’autre part” (point 113 des conclusions). Elle ajoutait qu’en “droit fiscal, la sélectivité d’un régime est le critère déterminant parce que les autres conditions posées à l’article 107, paragraphe 1, TFUE sont presque toujours remplies” et “il convient de manier avec précaution le critère de la sélectivité d’une disposition nationale. Si la disposition ne concerne ni un ou plusieurs secteurs identifiables individuellement, susceptibles d’être délimités d’après leur activité économique, ni des entreprises identifiables individuellement, comme le requiert le libellé de l’article 107, paragraphe 1, TFUE, alors, *a priori*, il est impossible de considérer qu’elle est sélective” (points 114 et 115). Elle en concluait à l’absence d’aide en l’espèce, “la limitation de l’amortissement de la valeur commerciale de l’entreprise à l’acquisition de participations dans des sociétés résidentes ne reve[nant] pas à favoriser “certaines entreprises ou certaines productions” au sens de l’article 107, paragraphe 1, TFUE” (point 116 des conclusions). La mesure favorisait, sans distinction, toutes les entreprises résidentes, quel que soit le secteur auquel elles appartiennent.

La Cour allait toutefois déclarer la question préjudicielle relative aux aides d’État irrecevable et confirmer que la mesure violait la liberté d’établissement.

En tout état de cause, on ne trouve, dans l’arrêt annoté de la Cour, aucun écho à cette légitime inquiétude de l’équilibre des compétences institutionnelles. La Cour ne répond aucunement à l’argument. Elle aurait pu au moins rappeler le principe selon lequel les pouvoirs fiscaux des États membres doivent s’exercer dans le respect des règles du traité et notamment de celles sur les règles d’État.

### Cohérence avec l’arrêt *MOL* ?

Il est un arrêt en tout cas que la Cour ne tente pas de réconcilier avec sa position actuelle. Il s’agit de l’arrêt *MOL*, de la 1<sup>ère</sup> chambre, du 4 juin 2015 (C-15/14 P), auquel la Cour ne fait référence qu’une seule fois dans son arrêt du 21 décembre 2016 (au point 60) pour un rappel de principes généraux.

Les deux arrêts demeurent toutefois contradictoires.

Dans l’affaire *MOL* (voir *Concurrences*, 3/2015, pp. 137-138), il s’agissait de déterminer le caractère sélectif d’une mesure consistant en la combinaison d’un accord tarifaire conclu entre l’État et *MOL* (un accord de 2005, fixant les taux des redevances minières de l’ensemble des gisements de *MOL*, mis en exploitation ou prorogés, pour chacune des quinze années de sa durée) et une modification législative ultérieure d’augmentation tarifaire non applicable à ladite entreprise (la loi minière modifiée, augmentant les taux de redevances minières pour tous les gisements d’hydrocarbures sous permis d’exploitation, sans contenir de disposition visant les gisements ayant déjà fait l’objet d’un accord de prorogation). Du fait de cette modification, *MOL* devenait la seule entreprise à bénéficier du tarif favorable.

Selon le Tribunal, dans une telle configuration, la mesure contestée ne pouvait être qualifiée d’aide d’État dès lors que les termes de l’accord conclu n’ont pas été proposés sélectivement par l’État à un ou plusieurs opérateurs, mais l’ont été sur le fondement de critères objectifs ressortant d’un texte de portée générale et applicables à tout opérateur. Du fait notamment de cette absence de sélectivité caractérisant le cadre juridique régissant la conclusion des accords de prorogation et de tout indice selon lequel *MOL* aurait été favorisé par rapport à toute autre entreprise se trouvant dans une situation comparable, le Tribunal a conclu que le caractère sélectif de l’accord de 2005 n’était pas établi. Par ailleurs, la hausse des redevances en vertu de la loi minière modifiée (en 2008) ayant eu lieu dans un contexte d’augmentation des cours mondiaux du pétrole brut (sans que l’accord de 2005 puisse être interprété comme ayant été conclu dans l’anticipation de cette hausse des redevances minières), la combinaison de cet accord avec cette loi modifiée ne pouvait être qualifiée d’aide d’État.

Sur pourvoi, la Cour confirme l’approche du Tribunal. On rappellera qu’au point 59 de l’arrêt *MOL*, la Cour juge que “l’exigence de sélectivité (...) doit être clairement distinguée de la détection concomitante d’un avantage économique en ce que, lorsque la Commission a décelé la présence d’un avantage, pris au sens large, découlant directement ou indirectement d’une mesure donnée, elle est tenue d’établir, en outre, que cet avantage profite spécifiquement à une ou à plusieurs entreprises. Il lui incombe, pour ce faire, de démontrer, en particulier, que la mesure en cause introduit des différenciations entre les entreprises se trouvant, au regard de l’objectif poursuivi, dans une situation comparable. Il faut donc que l’avantage soit octroyé de façon sélective et qu’il soit susceptible de placer certaines entreprises dans une situation plus favorable que d’autres” (point répété en 2016 par l’arrêt “Bovins” précité).

Sans rappeler les détails du raisonnement en l’espèce, on peut relever que, s’agissant d’une mesure à portée générale mais qui ne se trouvait qu’à s’appliquer à une seule entreprise dans les conditions en cause, la Cour déduit dans l’affaire *MOL* l’absence d’aide “premièrement, de l’absence de sélectivité caractérisant le cadre

juridique régissant la conclusion des accords de prorogation des droits miniers ainsi que des considérations justifiant l'octroi d'une marge d'appréciation et, deuxièmement, de l'absence de tout indice selon lequel ces autorités auraient réservé un traitement favorable à *MOL* par rapport à toute autre entreprise se trouvant dans une situation comparable" (point 69 de l'arrêt *MOL*).

Dans son arrêt *World Duty Free Group*, la Cour ne suit pas cette orientation en décidant que la mesure est sélective, quelle qu'en soit sa nature, du moment qu'elle ait pour effet de favoriser une entreprise par rapport à une autre.

## Et maintenant ?

À quoi doit-on s'attendre de la part des États membres en réaction à cet arrêt étendant la notion d'aide d'État à des mesures fiscales qui jusqu'ici n'étaient pas considérées comme telles ? Et la Commission va-t-elle s'engouffrer dans la brèche ouverte par cet arrêt ?

Sans doute que, plutôt qu'une inondation de nouvelles notifications, on verra les États membres s'adapter et éviter à l'avenir de prendre de telles mesures mais ils auront besoin d'orientations de la part de la Commission, sinon de la Cour.

La communication de mai 2016 sur la notion d'aide d'État est déjà dépassée sur ce point. Son chapitre sur la sélectivité, qui était déjà le plus fourni, est à présent obsolète en partie. Il semble improbable que la Commission vienne modifier aussi rapidement sa communication. Le lecteur averti saura faire la part des choses. Mais, on perdra là, s'agissant de la sélectivité, l'un des effets positifs de cette communication qui était de servir d'outil pédagogique à l'égard des juridictions nationales. Les débats devant celles-ci continueront à nous faire jongler avec les incertitudes juridiques.

On a pu lire, avant cet arrêt, la suggestion de l'adoption par la Commission d'une directive de clarification en vertu de l'article 106, paragraphe 3, TFUE pour ce qui concerne notamment l'application des règles sur les aides d'État aux "*tax rulings*" (voir P. Rossi-Maccanico, *A New Framework for State Aid Review of Tax Rulings, EStA*, 3/2015, 1-11). L'idée est séduisante tant elle a pu générer, dès 1988, des résultats si positifs lors de la libéralisation du secteur des télécommunications (et dont le défaut d'application, si regrettable juridiquement, a tant manqué à d'autres secteurs, tels que les secteurs postaux et de l'énergie). Toutefois, on peut former quelques doutes quant à l'applicabilité de l'article 106, paragraphe 3, TFUE dont les droits exclusifs ou spéciaux ne sont pas évidents à identifier s'agissant de mesures fiscales.

En tout état de cause, on peut s'attendre à de nouvelles plaintes à la Commission ou à des actions devant les juridictions nationales remettant en cause de nombreuses mesures d'incitations fiscales qui jusqu'ici restaient hermétiques à tout contrôle d'aides d'État, en quelque sorte "protégées" par la souveraineté fiscale des États membres.

Effet boomerang de cet arrêt ?

J. D. ■

**Avantage – Licences exclusives – Difficultés sérieuses :** La Cour de justice de l'Union européenne confirme que, compte tenu du conteste de ces opérations, la Commission européenne a pu examiner conjointement l'octroi de deux licences exclusives à un bénéficiaire pour déterminer si elles constituaient un avantage à son profit (*CJUE*, 21 déc. 2016, *Club Hotel Loutraki*, aff. C-131/15 P)

En vue de la privatisation de l'OPAP, organisme public de pronostics de matchs de football, et monopole traditionnel, les autorités grecques ont décidé de proroger de 10 ans les droits exclusifs déjà accordés à celui-ci pour l'exploitation de 13 jeux de hasard. Cette prorogation a été consentie en contrepartie d'un montant forfaitaire ainsi que d'une redevance prélevée par l'État grec correspondant à 5 % des recettes brutes générées par les jeux concernés durant la période de prorogation. Simultanément à cette prorogation, les autorités grecques ont octroyé à l'OPAP, en échange d'un montant forfaitaire, une licence exclusive pour l'exploitation de 35 000 appareils de loterie vidéo pour une période de 10 ans (licence ALV). Cette double mesure a été notifiée à la Commission qui a observé que la contrepartie versée par l'OPAP au titre de l'*addendum* était supérieure à la valeur actuelle nette de celui-ci, tandis que la contrepartie versée par cet organisme au titre de la licence ALV était inférieure à la valeur actuelle nette de cette licence.

Procédant à un examen conjoint de ces deux mesures, la Commission a considéré que le surpris payé par l'OPAP pour l'*addendum* réduisait l'avantage que lui procurait le contrat ALV sans le neutraliser complètement. Elle a donc entamé des discussions techniques ainsi qu'une négociation avec les autorités grecques, au terme de laquelle ces dernières se sont engagées à introduire un complément à la rémunération initialement prévue pour la licence ALV. Compte tenu de cet engagement, elle a estimé, sans ouvrir la procédure formelle d'examen, que les mesures notifiées ne comportaient pas d'avantage au profit de l'OPAP et ne constituaient donc pas des aides d'État.

Par un arrêt du 8 janvier 2015 (Trib. UE, *Club Hotel Loutraki c/ Commission*, aff. T-58/13, *Concurrences* n° 2-2015), le Tribunal a rejeté les recours en annulation déposés contre cette décision par plusieurs casinos exploitants de machines à sous, mécontents de l'octroi à l'OPAP d'une licence exclusive pour les appareils de loterie vidéo. La Cour confirme en pourvoi l'arrêt du Tribunal, après avoir procédé à l'examen des trois griefs formulés par les requérantes, largement repris de leur recours en première instance, et tenant à un défaut d'ouverture de la procédure formelle d'examen (alors que la Commission ne s'était pas limitée à un examen *prima facie* des mesures notifiées), à une occultation de nombreuses données dans la version non confidentielle de la décision attaquée, et à un examen conjoint des deux mesures notifiées (que les requérantes considéraient comme distinctes).

## Sur les échanges et les négociations ayant eu lieu durant la procédure préliminaire d'examen

La jurisprudence du Tribunal, au cours des dernières années, avait admis que la procédure préliminaire d'examen puisse comporter des échanges techniques détaillés avec l'État membre et même une négociation entre la Commission et cet État, visant à obtenir un aménagement des mesures notifiées, sans pour autant qu'il soit nécessaire d'ouvrir la procédure formelle d'examen. Dans cette perspective, c'est l'existence ou l'absence de difficultés sérieuses au terme de la procédure préliminaire qui déterminait la nécessité ou non de recourir à une ouverture de la procédure formelle d'examen.

Ce faisant, il semblait que l'on s'éloigne de la notion d'examen *prima facie* censée caractériser la phase préliminaire d'examen. Cependant, la Cour consacre cette évolution jurisprudentielle et va même un pas plus loin, en mettant particulièrement en exergue la nécessité (et non plus la simple faculté) d'un dialogue entre l'État membre et la Commission durant la procédure formelle d'examen, lorsqu'il est malaisé de déterminer si la mesure examinée constitue une aide, rappelant à cet égard la jurisprudence qu'elle avait esquissée il y a plus de dix ans. Le point 34 de l'arrêt mérite à cet égard d'être cité :

*“Compte tenu des conséquences juridiques de l'ouverture de la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, TFUE, en ce qui concerne des mesures traitées en tant qu'aides nouvelles, lorsque l'État membre concerné allègue que ces mesures ne constituent pas des aides, au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, la Commission doit procéder à un examen suffisant de la question sur la base des informations qui lui ont été communiquées à ce stade par ledit État, même si cet examen aboutit à porter une appréciation non définitive. Dans le cadre du principe de coopération loyale entre les États membres et les institutions tel qu'il découle de l'article 4, paragraphe 3, TUE, et afin de ne pas retarder la procédure, il appartient de son côté à l'État membre qui estime que les mesures en cause ne constituent pas des aides de fournir au plus tôt à la Commission, à partir du moment où elle le saisit de ces mesures, les éléments motivant cette position. Si ces éléments permettent de dissiper les doutes dans le sens d'une absence d'éléments d'aide dans les mesures examinées, la Commission ne peut pas ouvrir la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, TFUE (arrêt du 10 mai 2005, Italie/Commission, C-400/99, EU:C:2005:275, point 48).”*

On ne manquera pas d'établir un parallèle entre cette approche et celle suivie par la Cour dans l'arrêt du même jour *Commission c/ Hansestadt Lübeck* (aff. C-524/14 P), qui encadre plus strictement les conditions d'ouverture de la procédure formelle d'examen.

D'une manière plus générale, la Cour reconnaît à la Commission la possibilité d'engager un dialogue avec l'État notifiant ou avec des tiers au cours de la procédure préliminaire d'examen, afin de surmonter les difficultés rencontrées, la possibilité d'adapter sa position en fonction des résultats de ce dialogue et notamment de

prendre acte des engagements pris par l'État membre. Elle en déduit logiquement qu'en l'espèce, *“le fait que la Commission a estimé, au cours de l'examen préliminaire et préalablement à la négociation du prélèvement additionnel, que l'accord ALV conférerait un avantage à l'OPAP n'était nullement de nature à obliger celle-ci à ouvrir, [...] la procédure formelle d'examen [...]”* (point 37).

## Sur l'occultation de nombreuses données dans la version publique de la décision

La Cour confirme qu'en dépit de l'occultation d'un grand nombre de données économiques et de l'absence d'accès à ces données (qui ne permettent donc pas de vérifier l'exactitude des calculs effectués par la Commission), cette institution n'a pas manqué à son obligation de motivation de la décision attaquée, ni violé le droit des requérants à un recours juridictionnel effectif. En effet, *“la version non confidentielle de la décision litigieuse fait apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement de la Commission ainsi que la méthodologie employée par celle-ci, de manière à permettre aux intéressés, dont notamment les requérants, de connaître ces justifications et au Tribunal d'exercer son contrôle à leur égard”* (point 55).

On observe toutefois que la Cour procède à un examen détaillé et même minutieux des éléments figurant dans la version publique de la décision attaquée (voir notamment le point 52 de l'arrêt) avant de parvenir à une conclusion et rappelle qu'un défaut de motivation ne saurait être justifié par l'obligation de respecter le secret professionnel (point 48). Elle tient compte également du fait que les requérants n'ont pas établi de lien entre les données occultées et l'existence des difficultés sérieuses alléguées, qui auraient, selon eux, justifié l'ouverture de la procédure formelle d'examen.

## Sur l'examen conjoint des deux mesures notifiées

La Cour confirme qu'il n'était pas nécessaire que la Commission définisse, préalablement à toute recherche de l'octroi d'un avantage économique en faveur de l'OPAP, le ou les marchés concernés par l'intervention étatique examinée, contrairement à ce que soutenaient les requérantes. L'examen d'un avantage par rapport aux conditions normales de marché suppose seulement que la Commission détermine les conditions régissant l'économie d'un État membre lorsque celui-ci n'intervient pas en faveur de certaines entreprises.

Elle en déduit que *“rien ne s'oppose, en principe, à ce que la Commission dispose de la faculté, lorsque plusieurs interventions étatiques affectent la situation financière de la même entreprise, de les examiner conjointement, lorsque cela s'avère approprié”* (point 75).

Il restait à déterminer si cet examen conjoint était approprié en l'espèce. Selon la Cour, quatre circonstances justifient un tel examen conjoint :

- l'adoption simultanée des deux mesures, dans la perspective d'une seule et même opération de privatisation de l'OPAP;

- la notification conjointe des deux mesures à la Commission;
- le fait que les redevances payables par l'OPAP pour l'octroi des deux mesures étaient dues au même moment, par un paiement en avance;
- enfin, il n'apparaissait pas que la situation financière de l'OPAP aurait été différente si la somme totale payée par cet organisme s'était décomposée en pourcentages différents pour les deux accords (en tout cas, les requérantes ne l'avaient pas expliqué).

On observe une certaine prudence de la Cour dans la manière d'aborder la question assez nouvelle de l'examen conjoint, par la Commission, de plusieurs mesures pour déterminer si elles sont constitutives d'une aide d'État. Ce cas de figure assez particulier est à distinguer des hypothèses plus fréquentes, où l'État tente au contraire de saucissonner un ensemble de mesures pour les faire échapper, en les considérant isolément, à la qualification d'aides et des cas où les États membres tentent de justifier l'existence d'un avantage par un désavantage structurel.

Finalement cet arrêt privilégie une approche prudente et casuistique sur le fond, tandis qu'il apparaît davantage comme un arrêt de principe sur les questions de procédure.

B. S. ■

## Sélectivité – Redevances aéroportuaires – Procédure formelle d'examen :

La Cour de justice de l'Union européenne confirme un arrêt du Tribunal de l'Union européenne annulant une décision de la Commission européenne pour erreur manifeste d'appréciation relative à la condition de sélectivité (*CJUE, 21 déc. 2016, Hansestadt Lübeck, aff. C-524/14*)

Comme commenté précédemment (*Concurrences* n° 4-2014, pp. 198-199), cette affaire est assez spécifique à deux titres : d'une part, elle concerne l'annulation, assez rare, par le Tribunal d'une décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen et, d'autre part, cette annulation est fondée sur une erreur d'appréciation de la condition de sélectivité alors que la décision de la Commission n'y avait guère prêté attention (Trib., 9 septembre 2014, *Hansestadt Lübeck c/ Commission*, aff. T-461/12).

La Cour rejette le pourvoi de la Commission qui entendait défendre sa position visant à remettre en cause les modalités de redevances aéroportuaires à l'aéroport de Lübeck (la ville de Lübeck venant aux droits de l'exploitant de l'aéroport, *Flughafen Lübeck*, "FL" dont la propriété est passée en diverses mains publiques et privées depuis 2005).

L'arrêt de la Cour rejette deux moyens d'irrecevabilité soulevés par la Commission qu'on n'examinera pas ici. Seule la partie relative à l'appréciation de la sélectivité retiendra notre attention.

## Faits pertinents

FL a adopté un règlement en 2006 s'appliquant à l'ensemble des compagnies aériennes utilisant l'aéroport de Lübeck. Estimant que cette mesure était susceptible de constituer une aide d'État, la Commission a ouvert la procédure formelle d'examen prévue à l'article 108, paragraphe 2, TFUE. L'arrêt du Tribunal annule ladite décision en jugeant que la mesure constituée par le règlement de 2006 n'était pas sélective.

## Positions de la Commission et du Tribunal

Dans son pourvoi, la Commission faisait valoir une erreur du Tribunal s'agissant de la condition relative à la sélectivité pour avoir jugé qu'"afin d'apprécier le caractère éventuellement sélectif d'un barème tarifaire établi par une entité publique pour l'utilisation d'un bien ou d'un service, il convenait de vérifier si ce barème tarifaire s'appliquait de manière non discriminatoire à l'ensemble des entreprises utilisant, ou pouvant utiliser, ce bien ou ce service et que la circonstance en l'espèce que le règlement de 2006 ne s'appliquait qu'aux compagnies aériennes utilisant l'aéroport de Lübeck n'était pas pertinente" (point 33 de l'arrêt).

Pour la Commission, toute mesure qui ne s'applique qu'à certains secteurs de l'économie ou à certaines entreprises au sein d'un secteur donné serait sélective. En l'espèce, le règlement de 2006 établissant les conditions auxquelles FL propose ses propres biens ou ses services aux compagnies aériennes, il ne s'appliquerait pas à tous les opérateurs économiques et constituerait nécessairement une mesure sélective. La Commission poursuit en soutenant essentiellement que la question d'une inégalité de traitement ou d'une discrimination ne serait pas pertinente pour juger de l'existence d'une aide (en l'espèce, il importerait peu que le règlement s'applique de manière non discriminatoire à l'ensemble des compagnies aériennes utilisant ou pouvant utiliser les biens et services offerts par FL).

Selon le Tribunal (et la Cour), la sélectivité retenue par la Commission dans sa décision litigieuse se fondait "sur le seul motif que les avantages en cause étaient accordés uniquement aux compagnies aériennes utilisant l'aéroport de Lübeck" (point 42). Le régime juridique spécifique des règlements sur les redevances aéroportuaires est également pertinent : il ne s'applique qu'aux compagnies aériennes fréquentant l'aéroport en cause et les compagnies opérant sur d'autres aéroports ne se trouvent donc pas dans une situation comparable à celle des compagnies utilisant l'aéroport de Lübeck. La jurisprudence concluant à la sélectivité de mesures concernant tout un secteur économique, ne serait donc pas directement pertinente. En effet, en l'espèce, la mesure en cause concerne non pas tout le secteur aéroportuaire, mais les seules compagnies aériennes utilisant l'aéroport de Lübeck. Enfin, selon le Tribunal, le caractère sélectif d'une telle mesure "s'évalue en se référant à l'ensemble des entreprises utilisant, ou pouvant utiliser, ces biens ou ces services et en examinant si toutes ou seulement certaines d'entre elles bénéficient, ou sont en mesure de bénéficier,

d'un éventuel avantage" (voir points 43 à 45 de l'arrêt reprenant les motifs du Tribunal).

En conclusion, le Tribunal a jugé que "la seule circonstance que le règlement de 2006 ne s'appliquait qu'aux compagnies aériennes utilisant l'aéroport de Lübeck n'était pas pertinente pour considérer que celui-ci présentait un caractère sélectif" (point 46). Au contraire, toutes les compagnies aériennes pouvant bénéficier des dispositions tarifaires dudit règlement, le règlement de 2006 n'est donc pas sélectif.

## Position de la Cour

La Cour rejette tout d'abord l'affirmation de la Commission selon laquelle une mesure par laquelle une entreprise publique établit les conditions d'utilisation de ses biens ou de ses services est par nature sélective. Selon la Cour, cela dépend des effets de la mesure, quelle qu'en soit sa nature : il convient de rechercher "si l'avantage qu'elle est supposée procurer ne profite en réalité qu'à certaines de ces entreprises par rapport aux autres, alors même que, au regard de l'objectif poursuivi par le régime concerné, l'ensemble desdites entreprises se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable" (point 49).

Cet examen "coïncide ainsi, en substance, avec celui de savoir si cette mesure s'applique à cet ensemble d'opérateurs économiques de manière non discriminatoire (...). Le concept de sélectivité est donc lié, (...) à celui de discrimination" (point 53).

La Cour souligne également que "cet examen de la sélectivité doit être effectué 'dans le cadre d'un régime juridique donné'" (point 54) : il convient donc "de définir au préalable le cadre de référence dans lequel s'inscrit la mesure concernée" (point 55), ce qui n'est pas nécessairement réservé à l'examen des mesures fiscales même si cela "revêt une 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'" (point 55).

La Cour poursuit en considérant qu'une "mesure dont ne bénéficie qu'un secteur d'activité ou une partie des entreprises de ce secteur n'est pas nécessairement sélective" : elle ne l'est en effet que si, "dans le cadre d'un régime juridique donné, elle a pour effet d'avantager certaines entreprises par rapport à d'autres appartenant à d'autres secteurs ou au même secteur et se trouvant, au regard de l'objectif poursuivi par ce régime, dans une situation factuelle et juridique comparable" (point 58).

## Importance de la détermination du régime juridique de référence

C'est ainsi que le fait que l'aéroport de Lübeck soit en concurrence directe avec celui de Hambourg ou avec d'autres aéroports allemands et que seules les compagnies aériennes utilisant l'aéroport de Lübeck profitent du règlement de 2006 ne suffit pas à démontrer le caractère sélectif de ce règlement. Cela ne pourrait être le cas que s'il devait être établi que, "dans le cadre du régime

juridique dont relèveraient tous ces aéroports", ce règlement "avantage les compagnies aériennes utilisant l'aéroport de Lübeck au détriment des compagnies utilisant les autres aéroports se trouvant, au regard de l'objectif poursuivi par ce régime, dans une situation factuelle et juridique comparable" (point 59).

La Cour termine en concluant que le Tribunal a exercé correctement son pouvoir d'interprétation du droit national applicable : pour déterminer l'ensemble des entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable, le Tribunal devait définir au préalable le régime juridique au regard de l'objectif duquel la situation factuelle et juridique respective des entreprises devait être comparée (celles qui sont favorisées par la mesure en cause et celles qui ne le sont pas). Or, le Tribunal a constaté que c'est le gestionnaire d'un aéroport qui élabore le barème des redevances aéroportuaires applicables à cet aéroport. Le cadre de référence pertinent pour examiner si le règlement de 2006 avait pour effet de favoriser certaines compagnies aériennes par rapport à d'autres se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable, était donc celui du régime applicable au seul aéroport de Lübeck (point 62).

La Cour rejette donc le pourvoi sur ce point car le Tribunal avait bien circonscrit le régime juridique pertinent en l'espèce pour considérer que "les compagnies aériennes desservant les autres aéroports allemands ne se trouvaient pas dans une situation comparable à celle des compagnies aériennes utilisant l'aéroport de Lübeck" (point 63). Le règlement de 2006 s'appliquant de manière non discriminatoire à l'ensemble des compagnies aériennes utilisant ou étant susceptibles d'utiliser l'aéroport de Lübeck, il ne présente pas de caractère sélectif.

Par ailleurs, la Cour rejette également un moyen tiré de défauts de motivation de l'arrêt attaqué et un moyen, tiré d'une méconnaissance des limites du contrôle juridictionnel s'exerçant sur une décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen en matière d'aides d'État, qu'il n'est pas nécessaire d'examiner ici.

La solution de cette affaire somme toute résultait d'une interprétation précise du droit national applicable à la mesure octroyant l'avantage. A partir du moment où cette interprétation conduit à définir, pour des raisons de droit national, le régime de référence comme se limitant à l'aéroport de Lübeck, l'absence de sélectivité se déduit automatiquement du fait de son application non discriminatoire à toutes les compagnies aériennes concernées par la mesure.

En termes de sélectivité, tout est une question de point de vue. Parfois, cela peut apparaître évident. Parfois pas... D'où, la casuistique entourant cette condition de la notion d'aide.

J. D. ■



**Transport aérien – Taxe – Récupération :**  
La Cour de justice de l'Union européenne confirme que la récupération d'une aide implique la restitution de l'avantage procuré par celle-ci à son bénéficiaire, et non pas la restitution de l'éventuel bénéfice économique que celui-ci a réalisé par l'exploitation de cet avantage (CJUE, 21 déc. 2016, *Aer Lingus et Ryanair*, aff. jtes C-164/15 P et C-165 P)

À la faveur d'un arrêt concernant la taxe irlandaise sur le transport aérien (ci-après la "TTA"), la Cour a apporté d'importantes précisions sur la récupération des aides d'État, en tranchant notamment la question de savoir si la Commission doit, pour déterminer le montant de l'aide à récupérer, prendre en considération le fait que les bénéficiaires ont répercuté sur leurs clients l'avantage économique obtenu.

## Contexte

L'Irlande a instauré, à compter du 30 mars 2009, la TTA, laquelle est perçue directement auprès des compagnies aériennes, pour tout passager embarqué sur un vol au départ d'un aéroport irlandais. Calculée initialement sur la base de la distance entre l'aéroport de départ et celui d'arrivée, la TTA était fixée à 2 euros par passager dans le cas d'un vol vers une destination située à une distance maximale de 300 km de l'aéroport de Dublin ("taux réduit") et à 10 euros par passager dans tous les autres cas ("taux supérieur"). À la suite d'une mise en demeure de la Commission, initiée par une plainte de *Ryanair*, concernant une infraction à l'article 56 TFUE, l'Irlande a modifié, à compter du 1<sup>er</sup> mars 2011, les modalités de calcul de la TTA, celle-ci s'établissant désormais à 3 euros par passager, pour tous les vols, quelle que soit la distance parcourue.

En 2012, à la suite d'une autre plainte de *Ryanair*, concernant une infraction aux règles relatives aux aides d'État, et de l'ouverture d'une procédure formelle d'examen, la Commission a adopté la décision 2013/199/UE (JO 2013, L 119, p. 30). Par cette dernière, la Commission constate que le taux réduit de la TTA constitue une aide d'État illégale et incompatible avec le marché intérieur enjoint à l'Irlande de récupérer l'aide illégale. La décision en cause précise que le montant de l'aide à récupérer correspond à la différence entre le taux réduit de la TTA et le taux supérieur de la TTA, à savoir à 8 euros par passager transporté.

*Aer Lingus* et *Ryanair* ont introduit des recours tendant à l'annulation de la décision 2013/199, que le Tribunal a partiellement accueillis par deux arrêts du 5 février 2015 (*Aer Lingus* c/ Commission, T-473/12, et *Ryanair* c/ Commission, T-500/12). Dans ce cadre, le Tribunal a notamment considéré que la Commission avait à tort fixé le montant de l'aide à récupérer auprès des bénéficiaires à 8 euros. Selon le Tribunal, dans la mesure où l'avantage économique résultant de l'application du taux réduit de la TTA a pu être, ne fût-ce que partiellement, répercuté

sur les passagers, la Commission n'était pas en droit de considérer que l'avantage dont ont bénéficié les compagnies aériennes concernées s'élevait automatiquement, dans tous les cas, à 8 euros par passager. Elle aurait dû déterminer dans quelle mesure les compagnies avaient effectivement répercuté auprès de leurs passagers le bénéfice économique résultant de l'application de la TTA au taux réduit et aurait dû se limiter à ordonner la récupération des montants correspondant effectivement à cet avantage. Le Tribunal a donc annulé la décision en ce qu'elle ordonnait la récupération de l'aide auprès des bénéficiaires, pour un montant de 8 euros par passager. Il a rejeté le recours pour le surplus, en ayant, notamment, confirmé que c'était à bon droit que la Commission avait retenu le taux supérieur de 10 euros comme taux de référence aux fins d'établir l'existence d'un avantage sélectif.

C'est dans ces conditions que la Commission a saisi la Cour de deux pourvois, *Aer Lingus* et *Ryanair* ayant, quant à elles, introduit des pourvois incidents. Confirmant la solution préconisée par l'avocat général Mengozzi, la Cour a fait droit aux pourvois de la Commission, a rejeté les pourvois incidents, et, évoquant les litiges de première instance, a rejeté les recours d'*Aer Lingus* et de *Ryanair*.

Si les pourvois incidents, par lesquels *Aer Lingus* et de *Ryanair* contestaient l'existence d'une aide d'État, posaient l'intéressante question de la détermination du cadre de référence aux fins de l'appréciation du caractère sélectif de l'avantage résultant de l'imposition du taux réduit de la TTA, le principal apport de l'arrêt sous commentaire réside dans les précisions apportées concernant la détermination de l'aide à récupérer.

## La détermination du cadre de référence aux fins de l'appréciation du caractère sélectif

Dans la décision 2013/199, la Commission a considéré que, aux fins d'établir le caractère sélectif de la TTA, elle devait identifier un "système de référence". Ayant constaté que le taux réduit de la TTA n'était appliqué qu'à des destinations nationales et qu'à environ 10 % à 15 % de l'ensemble des vols soumis à la TTA, la Commission a conclu que le taux supérieur de la TTA devait être considéré comme le taux normal du système de référence, alors que le taux réduit constituait une exception.

*Aer Lingus* et *Ryanair* ont contesté devant le Tribunal, l'emploi, aux fins d'établir le caractère sélectif de la TTA, du taux supérieur de cette taxe comme taux de référence. En vain, le Tribunal ayant confirmé l'analyse de la Commission.

Dans le cadre de leurs pourvois incidents, *Aer Lingus* et *Ryanair* contestaient de nouveau cet aspect, en avançant, en substance, 4 séries d'arguments, dont aucun n'emporte la conviction de la Cour.

Premièrement, *Ryanair* soutenait que le taux de référence approprié était celui de 3 euros appliqué à partir de mars 2011. La Cour écarte sèchement cette allévation, en soulignant que l'appréciation de la sélectivité de la mesure en cause ne peut pas être effectuée en procédant

à une comparaison entre le montant dont devaient s'acquitter les compagnies aériennes soumises au taux réduit de la TTA et un montant d'imposition hypothétique, calculé sur la base d'un taux qui n'était applicable à aucun vol ni à aucune compagnie aérienne pendant la période concernée. Elle confirme ainsi l'appréciation du Tribunal selon laquelle la fixation d'un autre taux de référence que celui qui a effectivement été appliqué pendant la période concernée ne permettrait pas de saisir tous les effets de la TTA (point 52). Cette conclusion s'imposait à l'évidence, dès lors que le taux de 3 euros ne correspondait pas à une situation envisageable lors de la période concernée, de sorte qu'il ne pouvait en aucun cas servir de référence.

Deuxièmement, *Ryanair* prétendait que le fait d'avoir introduit les deux taux simultanément était pertinent pour apprécier l'existence d'une aide. À cet égard, la Cour valide la position du Tribunal selon laquelle considérer que le taux réduit de la TTA ne procurait pas aux entreprises qui y étaient soumises un avantage sélectif au seul motif que ce taux a été introduit en même temps que le taux de 10 euros par passager équivaldrait à faire dépendre le caractère d'aide d'État d'une intervention étatique de la technique utilisée. Or, l'article 107, paragraphe 1, TFUE n'établit pas de distinction entre les interventions étatiques en fonction de techniques utilisées par les autorités nationales (point 58). Au demeurant, eu égard au caractère alambiqué de l'argument de *Ryanair*, celui-ci ne pouvait, à l'évidence, qu'être rejeté.

Troisièmement, *Aer Lingus* avançait que le Tribunal n'aurait pas dû retenir que l'examen du caractère d'aide d'État d'une mesure déterminée ne doit pas tenir compte du caractère éventuellement contraire à des dispositions du droit de l'Union autres que les articles 107 et 108 TFUE. Là encore, l'argument est rejeté par la Cour. Elle rappelle à cet égard que la circonstance qu'une mesure fiscale est contraire à des dispositions du droit de l'Union autres que les articles 107 et 108 TFUE ne permet pas d'exclure de la qualification d'aide d'État l'exemption de cette mesure dont bénéficient certains contribuables, aussi longtemps que la mesure en question produit des effets à l'égard des autres contribuables et n'a été ni abrogée ni déclarée illégale et, partant, inapplicable. Or, c'est précisément ce que le Tribunal a en substance relevé à bon droit. Quant à la jurisprudence invoquée par *Aer Lingus* au soutien de son argument, la Cour rappelle qu'il en ressort que ne constitue pas une aide d'État le remboursement, à une entreprise, du montant d'une taxe à laquelle elle s'était vu soumise en violation du droit de l'Union ou les dommages et intérêts que les autorités nationales sont condamnées à payer à des entreprises en réparation d'un préjudice qu'elles leur auraient causé. Or, l'aide d'État en cause en l'espèce ne trouve son origine ni dans le remboursement d'une taxe contraire à des dispositions du droit de l'Union autres que les articles 107 et 108 TFUE et payée par *Aer Lingus* et *Ryanair* ni dans le versement, à ces deux entreprises, de dommages et intérêts. Cette jurisprudence ne pouvait donc utilement soutenir l'argumentation de *Aer Lingus* (points 69 à 73).

Quatrièmement, *Aer Lingus* et *Ryanair* avançaient une argumentation fondée, en substance, sur la prétendue contrariété de la TTA à des dispositions du droit de l'Union autres que celle relative aux aides d'État. Cette contrariété serait, selon ces compagnies aériennes, susceptible d'exercer une influence sur l'appréciation du caractère d'aide d'État de l'exemption totale ou partielle de cette taxe dont bénéficiaient certains opérateurs, dans la mesure où elle pourrait conduire, au moyen d'une procédure devant les juridictions nationales, au remboursement de l'ensemble ou d'une partie de la taxe en question aux autres opérateurs qui n'auraient pas bénéficié de l'exemption en question. À cet égard, la Cour fait noter que, lorsque la Commission a arrêté la décision litigieuse, la mesure en cause produisait des effets, en ce sens que certaines compagnies aériennes payaient la TTA au taux réduit, alors que d'autres, qui se trouvaient dans une situation juridique et factuelle comparable aux regards des objectifs de cette mesure, payaient la même taxe au taux supérieur. Or, de l'avis de la Cour, la Commission devait tenir compte de ces effets et ne pouvait les ignorer. Le fait que les compagnies aériennes soumises à un traitement fiscal moins favorable pouvaient éventuellement obtenir le remboursement du trop-perçu de la taxe dont elles s'étaient acquittées, au moyen d'une procédure devant les juridictions nationales, le cas échéant sur le fondement de dispositions du droit de l'Union autres que les articles 107 et 108 TFUE, est sans influence à cet égard. En effet, la Cour insiste sur le fait qu'"il appartient non pas à la Commission mais aux juridictions nationales de statuer définitivement sur l'éventuel remboursement d'une taxe prétendument illégale à l'égard du droit de l'État membre concerné, ou contraire à des dispositions du droit de l'Union autres que les articles 107 et 108 TFUE, le cas échéant après que ces juridictions ont obtenu de la part de la Cour, par la voie d'un renvoi préjudiciel, les précisions nécessaires sur la portée et l'interprétation du droit de l'Union. L'effet utile de l'article 107 TFUE se trouverait substantiellement réduit si la Commission était obligée, avant de qualifier une mesure fiscale d'"aide d'État", au sens de cet article, d'attendre la décision des juridictions compétentes en ce qui concerne un éventuel remboursement du trop-perçu d'impôt ou de taxe payé par certains assujettis" (points 77 et 78).

Ce faisant, la Cour apporte un éclairage nouveau sur les rapports entretenus entre une mesure nationale et les différents domaines d'application du droit de l'Union, dont celui des aides d'État.

Si l'on peut admettre la position ainsi adoptée, en tant qu'elle vise à donner un effet utile aux dispositions du traité relatives au contrôle des aides d'État, l'on regrettera que la Cour n'ait pas pris le soin de préciser que, dans l'hypothèse où une juridiction nationale serait amenée à ordonner le remboursement évoqué par la Cour, il appartiendrait à la Commission de modifier sa décision en conséquence, en particulier, s'agissant, non pas de l'existence de l'aide en tant que telle, mais de son montant.

Au final, tous les arguments de *Aer Lingus* et *Ryanair* ayant été écartés, la Cour rejette leurs pourvois incidents.

## La récupération d'une aide implique la restitution de l'avantage qu'elle procure et non de l'éventuel bénéfice économique réalisé par l'exploitation de cet avantage

Question centrale des pourvois principaux, la Cour devait se prononcer sur la question de savoir si c'est à bon droit que le Tribunal a considéré que la Commission aurait dû tenir compte de la répercussion sur les passagers de l'avantage résultant de l'application de la TTA au taux réduit.

Se faisant, la Cour devait préciser l'objet de la récupération d'une aide illégale et incompatible avec le marché intérieur.

À cet égard, la Cour rappelle, de manière didactique, que, selon la jurisprudence, l'obligation pour l'État membre concerné de supprimer, par voie de récupération, une aide considérée par la Commission comme incompatible avec le marché unique vise au rétablissement de la situation antérieure à l'octroi de l'aide. Cet objectif est atteint dès que les aides en cause, augmentées le cas échéant des intérêts de retard, ont été restituées par le bénéficiaire ou, dans d'autres termes, par les entreprises qui en ont eu la jouissance effective. Par cette restitution, le bénéficiaire perd en effet l'avantage dont il avait bénéficié sur le marché par rapport à ses concurrents et la situation antérieure au versement de l'aide est rétablie. La Cour souligne aussi que la récupération d'une aide illégale en vue du rétablissement de la situation antérieure n'implique pas une reconstitution différente du passé en fonction d'éléments hypothétiques, tels que les choix, souvent multiples, qui auraient pu être faits par les opérateurs intéressés, d'autant plus que les choix effectivement opérés avec le bénéfice de l'aide peuvent s'avérer irréversibles (points 89 à 91).

La Cour en déduit – et c'est là le point central de son appréciation – que “la récupération de cette aide implique la restitution de l'avantage procuré par celle-ci à son bénéficiaire et non pas la restitution de l'éventuel bénéfice économique réalisé par celui-ci par l'exploitation de cet avantage. Un tel bénéfice peut ne pas être identique à l'avantage constituant ladite aide, voire s'avérer inexistant, sans que cette circonstance puisse justifier la non-récupération de cette même aide, ou la récupération d'une somme différente de celle constituant l'avantage procuré par l'aide illégale en cause” (point 92).

C'est donc, de l'avis de la Cour, le montant de l'avantage conféré qui doit être récupéré et non pas le bénéfice effectivement tiré par l'exploitation de cet avantage par son bénéficiaire.

Cette position est en adéquation avec la jurisprudence selon laquelle la récupération d'une aide illégale octroyée sous la forme d'un avantage fiscal implique la soumission des opérations effectivement réalisées par les bénéficiaires de l'aide en cause au traitement fiscal qui, en l'absence de l'aide illégale, leur aurait été applicable (voir, en ce sens, arrêt du 15 décembre 2005, *Unicredito Italiano*, aff. C-148/04, point 119). Or, en l'espèce, l'avantage fiscal

conféré par la TTA consistait en l'application de taux d'imposition différents, conduisant à faire bénéficier aux compagnies aériennes qui ont dû s'acquitter du taux de 2 euros d'un avantage par rapport à celles qui ont dû s'acquitter du taux de 10 euros.

La Cour en conclut que la restitution de l'avantage procuré par la mesure d'aide, tel qu'identifié par la décision litigieuse, nécessitait la récupération par les autorités fiscales irlandaises, auprès des bénéficiaires du taux réduit de la TTA, de la différence entre le montant de la TTA qui, en l'absence de l'aide illégale, aurait dû être payé pour chacun des vols en question, à savoir celui de la TTA au taux supérieur, et le montant de la TTA effectivement payé, à savoir celui calculé sur la base du taux réduit de la TTA.

En résumé, ainsi que la décision 2013/199 l'énonçait, la restitution de l'aide exigeait la récupération d'une somme de 8 euros par passager de chacun des vols concernés.

Tirant les conséquences de son appréciation de l'objet de la récupération d'une aide illégale et incompatible avec le marché intérieur, la Cour poursuit en relevant que, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, l'avantage ne consistait pas dans le fait que les compagnies aériennes soumises à ce taux ont pu “offrir des prix plus compétitifs” mais dans le fait que ces mêmes compagnies devaient s'acquitter d'un montant de TTA inférieur à celui qu'elles auraient dû payer si leurs vols étaient soumis au taux supérieur de la TTA. La question de savoir si cet avantage leur a permis de proposer des prix de billets plus compétitifs, ou si elles ont exploité cet avantage d'une autre manière, concerne l'évaluation de l'éventuel bénéfice qu'elles ont pu réaliser par l'exploitation de l'avantage accordé, une telle évaluation étant sans pertinence pour la récupération de l'aide.

La Cour censure donc les arrêts du Tribunal dans la mesure où ils annulent la décision 2013/199 en ce qu'elle ordonne la récupération de l'aide auprès des bénéficiaires, pour un montant de 8 euros par passager.

Estimant être en mesure de statuer elle-même définitivement sur les litiges, la Cour poursuit son examen, en se penchant sur certains moyens soulevés en première instance par *Aer Lingus* et *Ryanair*, dont l'examen demeurerait pertinent.

Ainsi, premièrement, le grief pris de ce que la Commission avait à tort fixé le montant de l'aide à récupérer à 8 euros par passager, pour chacun des vols soumis au taux réduit de la TTA, ne pouvait à l'évidence qu'être rejeté, eu égard aux appréciations portées dans le cadre de l'examen des pourvois de la Commission.

Deuxièmement, *Aer Lingus* et *Ryanair* avançaient que, dans la mesure où elles n'ont plus la possibilité de récupérer, auprès de chacun des passagers des vols soumis au taux réduit de la TTA, les 8 euros qu'elles doivent restituer, l'obligation de payer cette somme équivaut à l'imposition d'une taxe additionnelle ou d'une sanction, violant en outre le principe de proportionnalité et d'égalité de

traitement. Cette argumentation est bien évidemment rejetée par la Cour (points 114 à 117). À cet effet, celle-ci souligne, tout d'abord, que la récupération d'un montant égal à la différence entre la taxe qui aurait été due en l'absence d'une mesure d'aide illégale et le montant moins important payé en application de cette mesure ne constitue pas une nouvelle taxe, imposée rétroactivement, ni une sanction (point 114). Elle rappelle ensuite que la récupération d'une aide illégale ne saurait, en principe, être considérée comme une mesure disproportionnée par rapport aux objectifs des dispositions du traité FUE en matière d'aides d'État. Elle rejette par ailleurs toute violation du principe d'égalité de traitement en relevant que les bénéficiaires de l'aide, qui sont tenus de la restituer, ne se trouvent pas dans la même situation que les compagnies aériennes qui n'ont pas bénéficié de l'aide et ne sont pas concernées par la récupération. Elle indique, enfin, s'agissant de la prétendue impossibilité de récupérer l'aide auprès des clients, que, dès lors que l'aide illégale en cause consistait en l'application du taux réduit de la TTA, à savoir en une exonération partielle d'une taxe qui frappait non pas les clients de ces compagnies aériennes, mais ces dernières elles-mêmes, la récupération de cette aide impliquait nécessairement la restitution de la différence entre les deux taux applicables. Tel est également le cas, en application du raisonnement de la Cour concernant la nature de la récupération, même dans l'hypothèse où les bénéficiaires de l'aide n'ont tiré aucun bénéfice de l'avantage en question.

Troisièmement, *Aer Lingus* et *Ryanair* faisaient valoir que les compagnies aériennes assujetties au taux supérieur de la TTA pouvaient obtenir le remboursement du trop-perçu, tant en raison de la violation de l'article 56 TFUE qu'en application de la jurisprudence *Laboratoires Boiron* (aff. C-526/04), de sorte que, à la suite de la récupération, ce seraient les compagnies aériennes en ayant fait l'objet qui seraient placées dans une situation préjudiciable.

Pour écarter cette argumentation – qui n'apparaissait pas, *a priori*, dénuée de toute pertinence –, d'une part, la Cour relève que la nature de la mesure concernée par la décision litigieuse n'est en rien analogue à celle concernée par la jurisprudence *Laboratoires Boiron* (point 120). D'autre part, la Cour rappelle, à nouveau, que la Commission ne saurait s'abstenir de constater l'existence d'une aide d'État au seul motif qu'il existerait une possibilité que les juridictions nationales ordonnent le remboursement du trop-perçu de la TTA aux compagnies aériennes n'ayant pas bénéficié du taux réduit de celle-ci. Dès lors qu'elle était tenue de constater l'existence d'une aide d'État, la Commission était également tenue d'ordonner la récupération de cette aide (point 122).

La Cour prend néanmoins le soin d'ajouter "qu'il appartient à l'État membre concerné [...] de s'assurer, par tout moyen approprié et conforme à sa législation interne ainsi qu'au droit de l'Union, que d'éventuelles mesures nationales ayant pour effet le remboursement, à certaines entreprises, d'une taxe n'aboutissent pas à une nouvelle aide, incompatible avec les dispositions du traité FUE, au profit des entreprises qui bénéficient de ce remboursement".

C'est ainsi que, plutôt que d'inciter la Commission, en présence d'un tel remboursement, à modifier sa décision en particulier quant au montant de l'aide initialement accordée, comme on l'a suggéré plus haut, la Cour renvoie à l'État membre concerné la responsabilité de faire le nécessaire pour qu'un tel remboursement n'aboutisse pas à l'octroi d'une nouvelle aide incompatible.

Gageons que, de ces deux alternatives, celle choisie par la Cour sera la moins aisée à mettre en œuvre concrètement.

R. V. ■

### **Sélectivité – Garantie des dépôts – Obligation de *standstill***: La Cour de justice de l'Union européenne confirme la validité d'une décision de la Commission européenne qui qualifie d'aide d'État un régime de garantie protégeant les parts des associés personnes physiques de sociétés coopératives financières agréées (*CJUE, 21 déc. 2016, Vervloet, aff. C-76/15*)

Dans le cadre de la crise financière de 2008, les autorités belges ont mis en place un système de garantie au profit des personnes physiques qui détenaient des parts dans trois sociétés financières coopératives du groupe *ARCO*, qui était à l'époque l'un des principaux actionnaires de *Dexia*. Ce régime a été notifié par les autorités belges à la Commission le 7 novembre 2011. En 2014, celle-ci a considéré qu'il constituait une aide d'État incompatible avec le marché intérieur.

La décision de la Commission a fait l'objet de deux recours en annulation devant le Tribunal, qui sont toujours pendants. De manière parallèle, certains investisseurs qui ne bénéficiaient pas d'une garantie similaire à celle ici en cause ont formé un recours devant le juge national, en invoquant notamment une atteinte au principe d'égalité de traitement garanti par la constitution belge. Interrogée sur cette question, la Cour constitutionnelle belge a estimé qu'il lui était nécessaire, pour trancher le litige, de déterminer tout d'abord si la garantie litigieuse avait été accordée en conformité avec le droit de l'Union. C'est dans ce contexte que la Cour de justice a été saisie par la Cour constitutionnelle belge de plusieurs questions préjudicielles, dont certaines portaient sur la validité de la décision de la Commission.

Dans un premier temps, la Cour examine si la garantie était interdite ou au contraire imposée par la directive 94/19/CE relative au système de garantie des dépôts (applicable *ratione temporis* avant d'être abrogée par la directive 2014/49/UE). Puis elle vérifie si la Commission a eu raison de qualifier cette garantie d'aide illégale. Son examen porte plus particulièrement sur les critères de l'avantage sélectif, de la distorsion de concurrence et de l'affectation du commerce intracommunautaire, ainsi que sur le respect de l'obligation de *standstill*. Sur ces différents points, elle suit les conclusions de l'avocat général.

## La garantie n'est pas couverte par la directive relative au système de garantie des dépôts

La Cour estime que la garantie protégeant les parts des associés – personnes physiques de sociétés financières agréées – échappe au champ d'application matériel et personnel de la directive 94/19/CE. En effet, l'acquisition de parts de sociétés financières, fussent-elles coopératives, s'apparente davantage à l'acquisition d'actions de sociétés, à l'égard desquelles la directive 94/19/CE ne prévoit aucune garantie, qu'à un placement sur un compte bancaire. Par ailleurs, ces coopératives financières ne constituent pas des établissements de crédit et échappent donc également pour ce motif au champ d'application de la directive.

Aussi la directive n'impose-t-elle pas la constitution d'une garantie au profit des associés – personnes physiques de sociétés financières agréées –, pas davantage d'ailleurs qu'elle ne l'interdit.

La Cour apporte une nuance à cette analyse. Il faut encore, pour ne pas violer la directive, que la garantie accordée aux parts de sociétés coopératives agréées actives dans le secteur financier ne compromette pas l'efficacité pratique du régime de garantie des dépôts imposé par cette directive (par exemple en créant une charge non compensée pesant sur le système de garantie qui ne permettrait plus à ce dernier de secourir efficacement les déposants). Sur ce dernier point, la Cour laisse à la juridiction nationale le soin d'apprécier l'impact de la garantie litigieuse sur le fonctionnement du système de garantie des dépôts.

## La garantie procure un avantage sélectif à son bénéficiaire

Les sociétés du groupe *ARCO* prétendaient que la garantie litigieuse ne leur procurait pas d'avantage. Selon elles, les bénéficiaires véritables de cette mesure étaient *Dexia*, dont cette mesure devait favoriser le sauvetage (*ARCO* étant l'un de ses principaux actionnaires), et les actionnaires personnes physiques du groupe *ARCO*, dont les parts étaient garanties.

La Cour estime que l'existence d'autres bénéficiaires éventuels de la mesure n'exclut pas qu'*ARCO* en soit bénéficiaire. Or cette mesure a préservé le groupe *ARCO* d'un retrait imminent des investisseurs privés de ses sociétés, ce qui a constitué un avantage à son profit et lui a permis de contribuer à la recapitalisation de *Dexia* en qualité d'actionnaire principal.

S'agissant de la sélectivité de cet avantage au profit d'*ARCO*, la Cour observe que le régime général de garantie des dépôts (élargi par la Belgique aux parts des personnes physiques des sociétés financières coopératives) consiste à apporter une garantie aux épargnants en cas d'indisponibilité des dépôts et à renforcer la stabilité du système bancaire.

Or, au regard de ces objectifs, les sociétés coopératives financières agréées se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable à celle des sociétés

(coopératives ou non) qui vendent au public leurs actions (et qui ne relèvent pas du régime de garantie des dépôts et ne bénéficient pas de la garantie litigieuse). La mesure favorise donc certaines entreprises par rapport à d'autres entreprises se trouvant dans une situation juridique et factuelle comparable. Le fait que les bénéficiaires soient des coopératives n'y change rien.

## La garantie provoque une distorsion de concurrence et une affectation des échanges intercommunautaires

*ARCO* faisait valoir que chaque associé personne physique bénéficiant de la garantie détenait une participation d'un montant modeste, dont la garantie était donc, toujours selon *ARCO*, peu susceptible d'engendrer des distorsions de concurrence ou une affectation des échanges intercommunautaires.

La Cour écarte cet argument en soulignant notamment que l'effet de la garantie doit s'apprécier au regard de la totalité des parts de sociétés coopératives agréées dans le secteur financier. Or, *ARCO* a pu préserver sa part de marché grâce à la garantie litigieuse et limiter les retraits de capitaux, ce qui l'a favorisé par rapport à ses concurrents.

La Cour procède à une série de rappels jurisprudentiels, en soulignant notamment que la libéralisation du secteur financier est de nature à caractériser une incidence réelle ou potentielle des aides dans ce secteur sur les échanges entre États membres et qu'il n'est pas nécessaire que l'entreprise bénéficiaire participe elle-même aux échanges entre États membres pour caractériser une affectation du commerce intracommunautaire.

Sans grande surprise, la Cour parvient à la conclusion que les conditions liées à la distorsion de concurrence et à l'affectation du commerce intracommunautaire étaient remplies en l'espèce.

## L'obligation de *standstill* n'a pas été respectée

Trois des six questions posées par la juridiction de renvoi concernaient le respect de l'obligation de *standstill* posée par l'article 108, paragraphe 3, TFUE. Si la juridiction de renvoi a posé plusieurs questions à ce sujet, c'est parce qu'elle éprouvait des doutes sur le moment où la garantie avait été octroyée. En effet, toute une série d'événements s'étaient produits avant qu'*ARCO* ne soit formellement admise au bénéfice de la garantie par un arrêté royal du 7 novembre 2011, depuis l'annonce de la mesure par un communiqué du 10 octobre 2008.

La Cour ne se prononce pas sur la date à laquelle l'aide a été octroyée. Elle indique, sous la forme d'un rappel de principe, que l'interdiction prévue par l'article 108, paragraphe 3, TFUE “ *vise à garantir que les effets d'une aide ne se produisent pas avant que la Commission ait eu un délai raisonnable pour examiner le projet en détail* ” et, le cas échéant, ouvrir la procédure formelle d'examen (point 120).

Or, en l'espèce, la mesure formelle d'octroi de la garantie par arrêté royal à *ARCO* a été notifiée à la Commission le 7 novembre 2011, c'est-à-dire le jour-même de l'adoption de l'arrêté, ce qui suffit pour conclure que l'obligation de *standstill* n'a pas été respectée.

La Cour aurait tout aussi bien pu constater que le régime d'aides n'avait jamais été autorisé avant l'octroi de la garantie à *ARCO* (car il ne suffit pas que l'aide soit notifiée préalablement pour que l'obligation de *standstill* soit respectée; il faut encore qu'elle soit autorisée). Il semble qu'elle ait toutefois préféré mettre l'accent sur le comportement peu coopératif de l'État membre en l'espèce et voulu rappeler aux États la nécessité de procéder aux notifications suffisamment tôt.

B. S. ■

## 2. Tribunal de l'Union européenne

**Récupération – Impossibilité absolue – Entités non commerciales:** Le Tribunal de l'Union européenne estime qu'il était absolument impossible de procéder à la récupération d'une aide résultant d'une exonération de taxe municipale sur les biens immobiliers en l'absence de données cadastrales appropriées (*Trib. UE, 15 sept. 2016, Pietro Ferracci, aff. T-219/13*)

La législation italienne accordait un certain nombre d'avantages aux entités non commerciales, y compris dans le cadre de leurs activités commerciales, lorsqu'elles en avaient. Parmi les bénéficiaires concernés, on comptait de nombreuses entités religieuses.

Saisie de plaintes, la Commission a examiné, au regard de la discipline des aides, une exonération italienne de la taxe municipale sur les biens immobiliers (l'"ICI"). Les bénéficiaires de cette exonération étaient les entités non commerciales exerçant, dans les biens immeubles concernés, exclusivement des activités dans les domaines de l'assistance sociale, du bien-être, des soins de santé, de l'éducation, de l'hébergement, de la culture, des loisirs, des sports, de la religion et du culte, étant précisé (et c'était là tout le problème) que cette exonération était également applicable à ces activités indépendamment de leur nature éventuellement commerciale.

Elle a également examiné l'article 149, paragraphe 4, du texte unique des impôts sur les revenus ("TUIR"), qui disposait qu'à la différence de toutes les autres entités, les entités ecclésiastiques reconnues comme personnes morales de droit civil et les clubs de sport amateur n'étaient pas soumis aux critères prévus par ce texte aux fins de la perte de qualité d'entité non commerciale.

En 2010, la Commission a ouvert la procédure formelle d'examen au sujet de ces exonérations et de cette disposition. En 2012, les autorités italiennes ont cependant

réformé le régime litigieux d'exonération (qui s'appliquerait au nouvel impôt remplaçant l'ICI, à savoir la taxe municipale unique, l'"IMU"). À compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012, l'exonération serait limitée aux activités spécifiques exercées par des entités non commerciales selon des modalités non commerciales. Un paiement proportionnel de l'IMU serait prévu dans les cas où le bien immobilier concerné serait utilisé pour des activités à la fois commerciales et non commerciales. Un règlement d'application définirait le caractère non commercial des activités spécifiques auxquelles s'appliquerait l'exonération de l'IMU.

En décembre 2012, prenant en compte cette réforme, la Commission a adopté une décision finale qualifiant d'aide d'État illégale et incompatible le régime d'exonération de l'ICI applicable avant le 1<sup>er</sup> janvier 2012, et écartant au contraire la qualification d'aide pour les exonérations au régime de l'IMU applicables après le 1<sup>er</sup> janvier 2012 et pour l'article 149, paragraphe 4, du TUIR. Elle n'a pas exigé la récupération des aides illégales et incompatibles accordées avant le 1<sup>er</sup> janvier 2012, au motif qu'une telle récupération était en l'espèce absolument impossible.

Deux des plaignants ont cependant estimé que la récupération des aides illégales et incompatibles était possible et que le nouveau système d'exonération de l'IMU continuait à receler certaines aides d'État, ce qui les a conduits à déposer deux recours en annulation contre la décision de la Commission. Avant de procéder à l'examen de leurs griefs, le Tribunal devait d'abord statuer sur la recevabilité des recours et il s'agit là de l'un des intérêts majeurs de l'arrêt. Seul sera évoqué l'arrêt *Ferracci c/ Commission*, car le second arrêt rendu le même jour (*TUE, 15 septembre 2016, Scuola Elementare Maria Montessori c/ Commission, Aff. T-220/13*) lui est pratiquement similaire.

### Sur la recevabilité du recours

Pietro Ferracci est le propriétaire d'un "bed and breakfast" composé de deux chambres et situé à proximité de Rome. Selon la Commission, il n'était pas individuellement concerné par la décision attaquée (qui, rappelons-le, concernait un régime d'aides), et il ne pouvait pas non plus se prévaloir utilement des modifications des conditions de recevabilité introduites par le traité de Lisbonne en faveur des personnes directement concernées par un acte réglementaire ne comportant pas de mesures d'exécution, premièrement parce que la décision attaquée était adressée uniquement à l'Italie et ne constituait pas un acte de portée générale, deuxièmement parce qu'elle comportait des mesures d'exécution, et troisièmement parce que le requérant n'était pas directement concerné par les mesures visées par la décision attaquée.

Sans se prononcer sur le point de savoir si le requérant est individuellement concerné par la décision attaquée, le Tribunal considère que son recours est recevable au motif que la décision attaquée le concerne directement, et qu'elle constitue un acte réglementaire ne comportant pas à son égard de mesures d'exécution.

S'agissant de l'affectation directe du requérant, le Tribunal relève qu'il pourrait entretenir un rapport direct de concurrence avec d'autres structures d'hébergement, notamment certaines structures ecclésiastiques et religieuses, de sorte que sa situation juridique serait affectée par la décision attaquée. Par ailleurs la décision déploie ses effets de manière purement automatique en ce qu'elle permet à l'Italie de ne pas procéder à la récupération d'aides illégales et incompatibles et en ce qu'elle qualifie certaines exonérations comme n'étant pas des aides.

En ce qui concerne la nature réglementaire de la décision attaquée, le Tribunal estime que la décision reflète, même si elle n'a qu'un seul destinataire, la portée des instruments nationaux faisant l'objet de l'examen effectué par la Commission. Comme en l'espèce les exonérations examinées (et les dispenses de récupération) ont une portée générale, le Tribunal conclut que la décision est un acte réglementaire au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE.

Enfin, la décision ne comporte pas de mesure d'exécution à l'égard du requérant. Le Tribunal observe que les autorités nationales ne devront en effet prendre aucune mesure au sujet des aides illégales et incompatibles dont la récupération est considérée comme impossible par la Commission. Elles ne prendront pas davantage de mesures d'exécution de la décision dans le cas où les exonérations ne sont pas considérées comme des aides d'État par cette dernière. En outre, le requérant sera dans l'impossibilité de demander que l'exonération dont il conteste la légalité soit appliquée par extension à sa situation.

La solution retenue par le Tribunal en ce qui concerne la recevabilité du recours aurait d'importantes conséquences si elle devait être confirmée. En pratique, dans le domaine des aides d'État, elle conduirait à reconnaître un droit de recours direct devant le Tribunal contre les décisions finales positives et contre les décisions finales négatives portant sur des aides illégales et non assorties de récupération, au profit des concurrents des bénéficiaires d'aides dans la vaste majorité des cas où cette décision porte sur un régime d'aides, sans que ces concurrents n'aient même à démontrer que leur position concurrentielle est substantiellement affectée par la décision attaquée. Il s'agirait là d'une ouverture majeure du droit de recours devant le Tribunal.

## Sur l'impossibilité absolue de récupération des aides illégales et incompatibles

En dehors des cas particuliers d'insolvabilité des bénéficiaires d'aides illégales et incompatibles (cas dans lesquels la récupération peut prendre des formes inhabituelles), l'impossibilité absolue de récupération d'une aide n'est, en pratique, presque jamais reconnue par la jurisprudence de la Cour (et très rarement par la pratique décisionnelle de la Commission). Si la Cour évoque souvent l'hypothèse d'une impossibilité d'exécution, c'est pour conclure que les conditions d'une telle impossibilité ne sont pas réunies dans les affaires qu'elle examine. C'est

qu'en effet la notion d'impossibilité absolue de récupération s'entend en principe de manière stricte, quasiment littérale. Elle est généralement comprise comme une impossibilité matérielle insurmontable, et non comme une grande difficulté d'exécution.

En outre, la question de l'impossibilité d'exécution de la récupération est généralement traitée, non pas dans la décision dont l'exécution est en cause, mais ultérieurement, lors des discussions entre les autorités nationales et les services de la Commission, qui accompagnent une tentative pratique d'exécution.

Aussi le requérant soutenait-il, d'une part, que la Commission avait commis une erreur de droit en constatant, dans la décision elle-même, l'impossibilité absolue de récupération et d'autre part, que la Commission n'avait pas démontré qu'il soit absolument impossible de récupérer, même partiellement, les aides litigieuses auprès de la totalité de leurs bénéficiaires.

Sur le premier point, le Tribunal relève que ni la jurisprudence ni la réglementation en vigueur n'interdisent à la Commission de constater une impossibilité absolue de récupération dans la décision qui déclare l'aide incompatible. Il estime que la reconnaissance de l'impossibilité absolue d'exécution peut résulter d'une coopération loyale entre l'État membre et la Commission et peut intervenir avant que la décision relative à l'incompatibilité de l'aide soit prise. Or, en l'espèce, une coopération loyale entre l'Italie et la Commission a bien eu lieu à ce stade. Le Tribunal rejette donc la première ligne d'argumentation du requérant.

Sur le second point, le Tribunal admet que l'impossibilité absolue de récupération ne peut se résumer à des difficultés juridiques, politiques ou pratiques, ni au fait qu'il existerait un grand nombre d'entreprises concernées par la récupération, même lorsque ce grand nombre est combiné à de nombreux facteurs individuels de calcul. Il reconnaît aussi que l'impossibilité absolue doit être objective.

Toutefois, il reproche au requérant de n'avoir avancé aucun argument concret destiné à remettre en cause l'appréciation de la Commission. Au-delà de ce reproche, il admet, comme la Commission, qu'il n'était pas possible de retracer le type d'activités, économiques ou non, exercées par les entités non commerciales dans leurs immeubles et de les quantifier aux fins de la récupération, à partir des bases de données cadastrales et fiscales.

Il reste que le requérant proposait quatre méthodes alternatives de calcul du montant des aides illégales et incompatibles à récupérer auprès de chaque bénéficiaire, fondées respectivement sur un système d'extrapolation, un système d'auto-certification des bénéficiaires, d'inspections, ou les informations qu'il avait lui-même fournies au cours de la procédure administrative. Le Tribunal écarte successivement chacune de ces méthodes, en expliquant pourquoi, à son sens, elles sont insatisfaisantes.

## Sur l'existence des aides

La Commission avait écarté la qualification d'aide pour l'article 149, paragraphe 4, du TUIR.

Le requérant estimait, pour sa part, que cette disposition permettait aux entités ecclésiastiques de ne perdre en aucun cas leur qualité d'entité non commerciale, indépendamment de la nature commerciale ou non de leurs activités, de sorte qu'elles pouvaient bénéficier de manière permanente des exonérations prévues dans la législation fiscale.

Le Tribunal, après avoir procédé à un examen détaillé de la législation et de la réglementation italienne, conclut que les autorités ecclésiastiques peuvent perdre leur qualité d'entité non commerciale lorsqu'elles ne répondent plus aux conditions de cette qualification et qu'il est bien prévu un contrôle de la nature commerciale ou non de leurs activités par le ministre de l'Intérieur. Elles ne disposent donc pas, à cet égard, d'un avantage sélectif.

La Commission avait également écarté la qualification d'aide pour les exonérations prévues par l'IMU.

Le requérant critiquait cette appréciation pour plusieurs raisons et notamment pour le caractère prétendument vague des dispositions adoptées par l'Italie, qui aurait permis à certaines activités commerciales de bénéficier des exonérations litigieuses.

Le Tribunal s'assure que les critères énoncés par la législation italienne sont suffisamment détaillés pour qu'une distinction correcte au regard du droit de l'Union soit établie entre activités économiques et activités non-économiques et pour qu'en cas d'utilisation mixte, l'IMU soit payée au prorata de l'utilisation économique du bâtiment. Il rappelle aussi que le requérant a la possibilité de saisir les juridictions nationales si les critères énoncés par la réglementation italienne n'étaient pas correctement appliqués.

Si l'arrêt est assez classique en ce qui concerne la notion d'aide, il est beaucoup plus innovant s'agissant de la recevabilité des recours déposés par les concurrents des bénéficiaires d'un régime contre une décision finale et de la notion d'impossibilité absolue de récupération. Ces questions demeurent toutefois ouvertes, car la Commission (en ce qui concerne la recevabilité) et l'école élémentaire *Montessori* (en ce qui concerne le fond dans le cadre du recours parallèle T-220/13) ont formé des pourvois devant la Cour.

B. S. ■

**Critère de l'investisseur privé – Critère du créancier privé – État agissant en tant que puissance publique:** Le Tribunal de l'Union européenne annule une décision de la Commission européenne au motif qu'elle a appliqué le critère de l'investisseur privé au lieu du critère du créancier privé dans une situation où la créance de l'État résultait de son action en tant que puissance publique (*Trib. UE, 15 sept. 2016, FIH Holding, aff. T-386/14*)

L'arrêt "*FIH*" propose une réponse nouvelle à une question qui semblait résolue par l'arrêt de la Cour *Land Burgenland* (CJUE, 24 octobre 2013, *Land Burgenland e.a c/Commission*, Aff.C-214/12 P e.a.): lors de l'application du test de l'opérateur privé avisé en économie de marché, faut-il prendre en compte les conséquences de décisions antérieures de l'État agissant en tant que puissance publique? Tandis que la Commission, se fondant sur son interprétation de la jurisprudence de la Cour, apporte une réponse négative à cette question, le Tribunal retient une autre approche.

Par ailleurs, l'arrêt *FIH* dessine une distinction beaucoup plus marquée que la jurisprudence antérieure entre le test de l'investisseur privé et le test du créancier privé.

Avant d'aborder ces questions fondamentales, il importe de revenir sur les faits de l'espèce. *FIH* est une banque danoise qui a bénéficié dès 2009 de mesures prises par le Danemark pour stabiliser son secteur bancaire. Deux mesures en particulier ont été approuvées par la Commission au titre de régimes d'aides compatibles avec le marché intérieur: l'une consistait en un apport de capital hybride de catégorie A, l'autre était une garantie de l'État utilisée par *FIH* pour émettre des obligations.

Entre 2009 et 2011, l'agence de notation *Moody's* a abaissé la note de *FIH*, qui est passée de A2 à B1 avec perspective négative. En 2012, le Danemark a notifié à la Commission un nouveau paquet de mesures en faveur de *FIH*. Ces mesures visaient en substance à transférer les actifs les plus problématiques de *FIH* vers une nouvelle filiale de celle-ci (*NewCo*). La FSC, entité publique danoise mise en place par l'État dans le contexte de la crise financière, rachèterait les actions de *NewCo* et financerait le rachat par cette dernière des actifs problématiques, ce qui permettrait à *FIH* de rembourser les prêts garantis par l'État. *NewCo* serait ensuite liquidée de manière ordonnée.

La Commission a provisoirement approuvé pour une période limitée ce paquet de mesures, tout en ouvrant la procédure formelle d'examen. En 2013, un plan de restructuration de *FIH* a été présenté par le Danemark, complété par une série d'engagements pris par cet État membre à l'égard de la Commission en vue de répondre aux préoccupations qu'elle avait exprimées dans le cadre de l'ouverture de la procédure formelle d'examen. Finalement, en 2014, la Commission a décidé que le paquet de mesures constituait une aide d'État compatible



avec le marché intérieur en vertu de l'article 107, paragraphe 3, sous b) TFUE, compte tenu du plan de restructuration et des engagements présentés.

Si la décision de la Commission comprenait de nombreux calculs complexes destinés d'une part à déterminer si le principe de l'opérateur privé avisé en économie de marché était respecté en l'espèce, et, d'autre part, une fois établie l'existence d'une aide, à déterminer si les engagements pris par le Danemark étaient suffisants pour rendre l'aide compatible avec le marché intérieur, l'arrêt du Tribunal est en grande partie consacré à une question de méthode dans l'application du principe de l'opérateur privé avisé en économie de marché, et dans une moindre mesure à l'examen de la motivation de cette décision.

## Investisseur privé et créancier privé

La Commission a analysé le paquet de mesures notifiées par le Danemark sous l'angle de l'investisseur privé avisé en économie de marché. Le Tribunal considère que le comportement du Danemark aurait cependant dû être analysé au regard du test du créancier privé avisé en économie de marché. En effet, le Danemark, à la suite des mesures adoptées en 2009, était un important créancier de *FIH* et courait un risque financier à ce titre en raison des graves difficultés rencontrées par cette banque. Toujours selon le Tribunal, ce risque devait être pris en considération lors de l'évaluation de la rationalité du comportement de l'État lorsqu'il a envisagé d'adopter le paquet de mesures notifiées.

Tandis que l'on pouvait penser, à la lumière de la jurisprudence récente, que le test de l'investisseur privé avisé et le test du créancier privé avisé n'étaient pas substantiellement différents, le Tribunal semble vouloir accentuer la distinction entre les deux tests.

Ainsi, au point 57 de l'arrêt, il énonce que “[...] lorsqu'il s'agit de recouvrer des créances publiques, il n'y a pas à examiner si les organismes publics en cause se sont comportés comme des investisseurs publics dont l'intervention devrait être comparée au comportement d'un investisseur privé poursuivant une politique structurelle, globale ou sectorielle et guidée par des perspectives de rentabilité à long terme des capitaux investis. Ces organismes doivent, en réalité, être comparés à un créancier privé cherchant à obtenir le paiement des sommes qui lui sont dues par un débiteur connaissant des difficultés financières”.

Dans une situation comme celle de l'espèce, selon le Tribunal, un opérateur économique rationnel aurait pris en compte son exposition découlant d'un apport en capital et d'une garantie accordés à une société connaissant ultérieurement des difficultés financières, pour privilégier soit l'inaction, soit l'adoption de mesures telles que celles comprises dans le paquet de mesures notifiées.

Pour le Tribunal, il existe bien une différence fondamentale entre l'investisseur privé et le créancier privé : “[...] un opérateur économique dans une situation comme celle de l'espèce, dans laquelle il a accordé au préalable à la société concernée un apport en capital et une garantie, s'apparente

à un créancier privé visant à minimiser ses pertes plutôt qu'à un investisseur privé visant à maximiser la rentabilité des fonds qu'il peut investir où il le souhaite. En effet, alors que la simple inaction d'un créancier privé est susceptible d'avoir des conséquences financières pour lui, la décision d'un investisseur privé d'investir pour la première fois dans une société plutôt que dans une autre est essentiellement guidée par ses perspectives de bénéfices” (point 64).

Concrètement, le Tribunal reproche à la Commission de n'avoir pas examiné le coût qui résulterait en l'espèce pour le Danemark (en l'absence des mesures notifiées) de l'apport en capital hybride de catégorie 1 et de la garantie de l'État accordés en 2009, compte tenu de la situation dans laquelle se trouvait *FIH* en 2012.

Or, si la Commission n'a pas pris en compte les coûts résultant de ces interventions antérieures de l'État, c'est parce qu'elles correspondaient, non pas à des interventions de l'État actionnaire ou créancier, mais à des interventions de l'État puissance publique. En effet, il n'était pas contesté que ces interventions antérieures constituaient des aides d'État.

Au-delà de l'opposition entre créancier privé et investisseur privé, c'est donc bien le traitement des conséquences de l'intervention antérieure de l'État en tant que puissance publique dans le cadre de l'application du test de l'opérateur privé à une mesure ultérieure qui est ici posée. En effet, si l'on fait abstraction de la position de créancier de l'État qui résulte ici de son action de puissance publique, il ne fait plus de doute que le paquet de mesures notifiées par le Danemark doivent être examinées au regard du test de l'investisseur privé et non du créancier privé.

## La prise en compte de l'action de l'État puissance publique dans l'application du test de l'opérateur privé

Selon le Tribunal, “eu égard à l'objectif des règles sur le contrôle des aides d'État, il serait illogique que, afin de respecter celles-ci, un État membre soit contraint de réaliser un transfert de fonds considérable devenu hautement probable au profit d'une entreprise, s'il est démontré qu'il peut éviter cette dépense en adoptant des mesures ayant un coût moindre, ce qui serait un comportement économiquement rationnel” (point 67).

Au-delà de cette appréciation générale qui rend compte de la logique suivie par le Tribunal, l'arrêt procède à une discussion jurisprudentielle qui porte essentiellement sur trois arrêts importants, *ING* (CJUE, 3 avril 2014, Commission c/ Pays-Bas et *ING Groep*), *EDF* (CJUE, 5 juin 2012, Commission c/ *EDF*, Aff. C-124/10P), et *Land Burgenland* (CJUE, 24 octobre 2013, *Land Burgenland e.a.* c/ Commission, Aff. C-214/12 P e.a.).

Selon le Tribunal, la présente affaire est assez similaire à l'affaire *ING* dans laquelle la Cour a estimé que le test de l'investisseur privé avisé était applicable à une créance qui résultait de l'action de l'État puissance publique (dispensateur d'aide). Le Tribunal veut voir un appui à son

analyse aussi bien dans cette affaire *ING* que dans l'affaire *EDF*, où la Cour considère que l'application du test de l'investisseur privé ne pouvait être écartée au seul motif que l'investissement était réalisé au moyen d'une créance fiscale (c'est-à-dire un moyen de puissance publique).

Il reste que, dans l'arrêt *ING*, était en cause l'applicabilité du test de l'investisseur privé avisé et non son application. Dans l'affaire *EDF*, la Cour a expressément précisé que seuls les bénéfices et actions des bénéficiaires et obligations liés à la situation de l'État en qualité d'actionnaire, à l'exclusion de ceux qui étaient liés à sa qualité de puissance publique étaient à prendre en compte dans l'application du test de l'investisseur privé.

Surtout, dans l'affaire *Land Burgenland*, la Cour a précisé que, dans l'application du test du vendeur privé, il ne fallait pas prendre en compte les conséquences de l'octroi antérieur d'une garantie accordée par l'État à la banque vendue, puisque, par cette garantie, l'État avait poursuivi des objectifs de puissance publique (là encore, la garantie correspondait à l'octroi d'une aide).

Le seul élément distinctif avec l'affaire *Land Burgenland* que mette en exergue le Tribunal est le fait que, dans cette affaire, le test du vendeur privé était en tout état de cause applicable, avec ou sans prise en compte de la garantie. En d'autres termes, l'action antérieure de puissance publique était sans incidence sur la nature du test applicable.

Qu'il soit permis de rester perplexe face à cette distinction. En effet, la question clef apparaît bien comme étant celle de la prise en compte d'actions antérieures de l'État dans l'application à une mesure ultérieure du test de l'opérateur privé avisé, qu'il s'agisse de l'investisseur privé, du créancier privé ou du vendeur privé.

## Sur la motivation de la décision

La partie de l'arrêt consacrée au grief tiré du défaut de motivation est par nature plus casuistique et présente donc un intérêt plus limité. Néanmoins, on notera que, tout en accueillant le recours sur le fond, le Tribunal écarte le grief tiré du défaut de motivation de la décision (on pouvait notamment comprendre à la lecture de la décision que la Commission avait appliqué le test de l'investisseur privé et non celui du créancier privé), et apporte deux précisions intéressantes.

D'une part, un requérant ne peut pas invoquer un défaut de motivation à l'égard d'un tiers. Il ne peut pas utilement soutenir qu'il était impossible pour un tiers (qu'il s'agisse d'un État membre ou d'une partie intéressée) de comprendre un calcul de la Commission, si lui-même disposait par ailleurs des éléments qui lui permettaient de la comprendre (parce qu'en l'occurrence, le requérant avait bénéficié d'informations complémentaires qui lui avaient été communiquées par la Commission durant la procédure administrative).

D'autre part, on ne peut faire grief à la Commission d'avoir recouru à une expertise indépendante. Il est loisible à la Commission de faire appel à des experts

indépendants si elle l'estime opportun. Dans ce cas, elle n'est pas tenue de mettre à disposition des requérants les rapports d'expertise. Ainsi le défaut de communication par la Commission à une partie intéressée d'un rapport d'expertise est sans pertinence pour établir une éventuelle violation de l'obligation de motivation.

D'une manière générale, sur le fond, il semble bien que cet arrêt propose à la Cour un revirement de jurisprudence, qui viendrait altérer la distinction entre l'action de l'État puissance publique et l'action de l'État opérateur (actionnaire, vendeur ou créancier) jusque dans l'application du test de l'opérateur privé. La Commission a formé un pourvoi contre l'arrêt du Tribunal.

B. S. ■

## Procédure – Décision de ne pas soulever d'objections: Le Tribunal de l'Union européenne confirme la décision de la Commission européenne, adoptée à l'issue de la phase préliminaire d'examen, déclarant le régime d'aides d'État danois en faveur de la presse écrite compatible avec le marché intérieur (*Trib. UE, 11 oct. 2016, Søndagsavisen, aff. T-167/14*)

Élément essentiel à la vivacité de la démocratie, le maintien du pluralisme des médias et de la qualité des contenus de ces derniers fait l'objet de soutiens publics dans la plupart des États membres. Eu égard à leurs objectifs, ces soutiens bénéficient, généralement, d'un regard bienveillant de la Commission dans le cadre de son contrôle des aides d'État. Tel fut également le cas du régime mis en place par les autorités danoises. En effet, souhaitant remplacer son précédent régime d'aide à la presse écrite, qui avait été approuvé par la Commission en 2006, le Danemark a notifié à la Commission, en 2013, un projet de loi en faveur de la production et de l'innovation dans le domaine de la presse écrite. Ce projet instituait, notamment, une aide à la production rédactionnelle visant à garantir une offre pluraliste et diversifiée d'informations à caractère politique et socioculturel ainsi que la production et la diffusion d'un contenu rédactionnel de grande qualité au plus grand nombre de citoyens danois, aux fins de promouvoir le débat démocratique au Danemark. Afin d'en bénéficier, les médias de presse écrite devaient remplir certaines conditions. Parmi celles-ci figuraient, entre autres, l'obligation d'être un média indépendant; de s'adresser à un public large et pas uniquement à certaines catégories; d'être distribué ou mis à disposition sur tout le territoire national à des conditions équivalentes pour tous les lecteurs; d'avoir un contenu dont la moitié au moins a un caractère rédactionnel sous la forme d'articles ou autres (ci-après, la "condition de moitié"), couvrant un large éventail de sujets et traitant de l'actualité; d'avoir un contenu rédactionnel portant principalement sur des sujets politiques, sociétaux ou culturels; et d'être publié au moins dix fois par an.

Sans ouvrir la procédure formelle d'examen, la Commission a, par la décision C(2013) 7870 final, du 20 novembre 2013, considéré que le projet notifié constituait un régime d'aides d'État mais que celui-ci était compatible avec le marché intérieur sur le fondement de l'article 107, paragraphe 3, sous c), TFUE.

C'est dans ces conditions que *Søndagsavisen*, une entreprise danoise publiant le principal journal gratuit du Danemark, lequel est entièrement financé par des recettes publicitaires, a introduit un recours contre cette décision de la Commission.

Cette dernière ayant été adoptée sans ouvrir la procédure formelle d'examen, sa légalité dépendait, conformément à une jurisprudence constante, du point de savoir si la compatibilité de l'aide en cause avec le marché commun suscitait objectivement des "doutes", ou pour reprendre une autre terminologie, des "difficultés sérieuses". Et il appartenait à *Søndagsavisen* d'en apporter la preuve (arrêt du 24 janvier 2013, 3F/Commission, aff. C-646/11 P, points 29 et 30).

À cette fin, *Søndagsavisen* prétendait, principalement, que la Commission n'avait pas suffisamment examiné (i) le caractère approprié du régime en cause et (ii) si les avantages de ce dernier compensaient les distorsions de concurrence en découlant.

## Le régime en cause est approprié au regard des objectifs poursuivis

Dans un premier temps, *Søndagsavisen* faisait valoir que la Commission aurait dû conclure au caractère inapproprié du régime en cause. Elle focalisait notamment son attention sur la condition de moitié, qui excluait du bénéfice de ce régime les publications gratuites qui consacrent plus de la moitié de leur contenu à des espaces publicitaires, tout en contribuant aux objectifs visés par les autorités danoises.

À cet égard, le Tribunal constate que, en pratique, "il ne saurait être exclu que les médias de presse écrite gratuits puissent moins facilement remplir la condition de moitié dès lors que leur financement repose, en principe, exclusivement sur des recettes publicitaires". Il note d'ailleurs que le seul journal gratuit au Danemark remplissant cette condition était déficitaire depuis 2008. Il en conclut donc que la condition de moitié est susceptible de faire obstacle à l'octroi d'une aide aux médias de presse écrite gratuits sur le fondement du régime en cause (point 45).

Toutefois, cela ne suffit pas, de l'avis du Tribunal, à caractériser l'existence de difficultés sérieuses. En effet, le régime en cause ayant pour but de favoriser la production rédactionnelle des médias de presse écrite, il estime que les autorités danoises pouvaient réserver le bénéfice des aides aux seuls médias de presse écrite dont une partie suffisamment significative est consacrée à une telle production et que la condition de moitié fixe un critère objectif à cet égard. Il relève également que ce régime ne vise pas à favoriser la production rédactionnelle en tant que telle mais uniquement celle d'une grande qualité, contribuant à promouvoir le débat démocratique au Danemark.

C'est au regard de ces constats que le Tribunal apprécie les arguments de *Søndagsavisen* visant à infirmer les appréciations de la Commission quant au caractère approprié du régime.

## Les rapports entre la publicité et le contenu rédactionnel

Une première série d'arguments concernait les rapports entre la publicité et le contenu rédactionnel.

En premier lieu, s'agissant de la contestation par *Søndagsavisen* de l'existence d'un lien entre la réduction de la publicité et la qualité du contenu rédactionnel, le Tribunal relève que le régime en cause repose sur l'idée que cette réduction contribue à la réalisation des objectifs poursuivis, parmi lesquels figurent la production et la diffusion de contenus rédactionnels de grande qualité.

À cet égard, se fondant sur la jurisprudence en matière de publicité à la télévision, selon laquelle une limitation de la durée ou de la fréquence des messages publicitaires peut être imposée aux fins de protéger les consommateurs contre les excès de la publicité commerciale ou, dans un but de politique culturelle, pour maintenir une certaine qualité des programmes (arrêts du 25 juillet 1991, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, aff. C-288/89, point 27, et du 28 octobre 1999, *ARD*, aff. C-6/98, points 49 et 50), le Tribunal considère que, en ce qui concerne la publicité dans les médias de presse écrite, la Commission peut raisonnablement estimer qu'une limitation du volume de messages publicitaires vise également à protéger les consommateurs et à maintenir une certaine qualité du contenu rédactionnel (point 58). Dans ce contexte, *Søndagsavisen* prétendait que l'effet de répulsion de la publicité, existant en matière de publicité télévisée, n'existait pas en matière de publicité de presse écrite, étant donné que le lecteur n'est pas obligé de la regarder et peut sélectionner les parties du journal qu'il entend lire. Le Tribunal écarte sèchement cette allégation en constatant – ce qui est une évidence – que les téléspectateurs peuvent changer de chaîne, de sorte qu'ils ne sont pas plus contraints de regarder la publicité à la télévision que les lecteurs d'un média de presse écrite.

En second lieu, s'agissant de l'allégation de *Søndagsavisen* selon laquelle la publicité permet de réaliser les objectifs visés par le régime en cause, le Tribunal rejette tout d'abord comme inopérant l'argument pris de ce que la publicité augmenterait le taux de lecture des médias de presse écrite ainsi que la diffusion du contenu rédactionnel au plus grand nombre. En effet, l'objectif principal du régime en cause n'est pas la diffusion de toute information, mais la production et la diffusion d'une information de grande qualité en vue de promouvoir le débat démocratique au Danemark. Ensuite, le Tribunal écarte tous les arguments visant à démontrer que la publicité permet d'améliorer la qualité du contenu rédactionnel. En particulier, l'allégation selon laquelle les médias de presse écrite gratuits investissent davantage que les médias de presse écrite payants dans la production de contenus rédactionnels de qualité est écartée, au motif qu'aucun élément de preuve ne démontre son bien-fondé.

L'argument selon lequel les médias de presse écrite dont le contenu publicitaire est supérieur à 50 % sont de plus grande qualité que ceux dont le contenu publicitaire est inférieur est également rejeté, dès lors qu'il n'est en rien étayé par l'étude *Søndagsavisen* invoqué à cet égard.

### La condition de moitié n'est pas disproportionnée

Une seconde série d'arguments visait à faire valoir qu'un seuil de 25 % de contenu rédactionnel, tel que celui fixé par la loi danoise relative à la taxe sur la publicité, serait plus approprié que la condition de moitié.

À cet égard, le Tribunal relève, en premier lieu, que l'objectif de la loi relative à la taxe sur la publicité est de garantir la permanence de la diffusion des informations locales, et non, comme celui du régime en cause, d'inciter à la production et à la diffusion d'un contenu rédactionnel de grande qualité. Par conséquent, le seuil de 25 % fixé par la loi relative à la taxe sur la publicité n'était pas de nature à faire naître des doutes quant au caractère approprié et proportionné de la condition de moitié. En second lieu, dans la mesure où l'argumentation de *Søndagsavisen* repose sur la prémisse que la compatibilité du régime en cause dépend de la possibilité pour les journaux gratuits d'en bénéficier, le Tribunal l'écarte comme inopérante. En effet, ainsi que le Tribunal le souligne, la compatibilité avec le marché intérieur du régime en cause ne doit pas être appréciée au regard d'une situation dans laquelle *Søndagsavisen* aurait également droit à l'aide ou en se fondant sur l'hypothèse que ce régime aurait pu être conçu différemment, mais par rapport à la situation du marché en l'absence du régime en cause. Or, dans sa décision, la Commission a mis en évidence que les consommateurs étaient de moins en moins enclins à payer pour la production de contenus rédactionnels, y compris de grande qualité, alors que cette activité engendre d'importants coûts, et, partant, que, en l'absence d'intervention étatique, les opérateurs privés ne seraient pas incités à produire lesdits contenus. Le Tribunal en conclut que "la Commission pouvait raisonnablement considérer que l'aide à la production de contenus rédactionnels, dont l'octroi est conditionné au respect de plusieurs conditions qui, dans leur ensemble, visent à garantir un certain niveau de qualité des informations diffusées par les médias de presse écrite, était un moyen adéquat aux fins d'inciter lesdits médias à produire et à diffuser des contenus rédactionnels de grande qualité" (point 78).

Le Tribunal se penche ensuite sur la circonstance que, en application de la condition de moitié, les médias de presse écrite gratuits, comme *Søndagsavisen*, seraient, en pratique, exclus du bénéfice du régime en cause. Il estime néanmoins qu'elle est sans influence en l'espèce. En effet, il relève qu'il ressort, à tout le moins implicitement, de la décision de la Commission que "seuls les médias de presse écrite payants sont concernés par la tendance des consommateurs à vouloir accéder gratuitement à l'information, y compris de grande qualité" (point 79). Nonobstant le caractère relativement obscur de ce constat, il en déduit que les médias de presse écrite

gratuits et les médias de presse écrite payants ne sont pas dans une situation comparable au regard de l'exigence de nécessité du régime en cause.

Le Tribunal estime donc que *Søndagsavisen* n'a apporté aucun élément permettant de constituer d'établir le caractère insuffisant de l'examen du caractère approprié du régime en cause.

### Les avantages du régime en cause l'emportent sur les distorsions de concurrence induites par sa mise en œuvre

Dans un deuxième temps, *Søndagsavisen* reprochait à la Commission de ne pas avoir suffisamment examiné si les avantages du régime en cause compensent les distorsions de concurrence qui découlent de sa mise en œuvre.

L'argumentation développée à cet égard n'emporte pas la conviction du Tribunal qui la rejette point par point.

En particulier, et en premier lieu, il relève que la circonstance que les médias de presse écrite qui ne satisfont pas aux conditions posées par le projet de loi et, en particulier, à la condition de moitié subissent un désavantage concurrentiel par rapport aux médias de presse écrite éligibles au titre du régime en cause ne saurait être constitutif d'une difficulté sérieuse. En effet, le Tribunal relève que "la différence de traitement entre les bénéficiaires d'une aide d'État et les entreprises qui n'en bénéficient pas, ainsi que la distorsion éventuelle de concurrence qui en découle, sont inhérentes à la notion d'aide d'État et ne sauraient, en tant que telles, rendre ladite aide incompatible avec le marché intérieur" (point 90).

Cette formulation mériterait d'être, à tout le moins, nuancée. En effet, l'on peut certes comprendre que le Tribunal entendait indiquer que l'existence d'un avantage au profit du bénéficiaire de l'aide et la distorsion sont des éléments consubstantiels à la notion d'aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. Il n'en demeure pas moins que ces éléments figurent parmi les conditions visées par cet article, qui, si elles sont remplies, impliquent qu'une mesure sera considérée comme incompatible avec le marché intérieur, sauf dérogations prévues par les traités. En tout état de cause, le Tribunal relève que, dans le cadre de la mise en balance des avantages et des inconvénients du régime en cause, la Commission a pris en considération les distorsions de concurrence entre les entreprises actives dans le secteur européen de l'édition, pouvant résulter de la mise en œuvre dudit régime d'aides. Or, parmi ces entreprises figurent, notamment, tous les médias de presse qui s'adressent au public danois et qui ne remplissent pas les conditions d'éligibilité au régime en cause, y compris les médias de presse écrite gratuits. Partant, le Tribunal estime que la Commission a tenu compte de la différence de traitement entre les médias de presse écrite gratuits et payants.

En deuxième lieu, le Tribunal constate, pour l'écartier, que l'argument selon lequel la Commission n'aurait pas tenu compte des distorsions de concurrence sur le marché de la publicité engendrées par le régime en cause, n'est

pas étayé. En particulier, *Sondagsavisen* a omis d'expliquer dans quelle mesure ce régime serait susceptible de fausser la concurrence sur le marché de la publicité entre les médias de presse écrite payants et les médias de presse écrite gratuits. En outre, le seul document invoqué par *Sondagsavisen* à cet égard n'est pas, eu égard aux données qu'il contient, pertinent dans le cadre de l'examen du lien entre l'octroi d'une aide aux médias de presse écrite payants et la prétendue distorsion de concurrence sur le marché de la publicité.

En tout état de cause, le Tribunal souligne qu'une telle distorsion ne pourrait être considérée comme excessive et disproportionnée que si elle était substantielle et manifestement disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi, ce que, au demeurant, *Sondagsavisen* ne prétendait pas. En particulier, celle-ci n'alléguait pas que la prétendue distorsion de concurrence sur le marché de la publicité menaçait l'existence des médias de presse écrite gratuits au Danemark.

En troisième lieu, le Tribunal constate que l'absence de prise en compte des suppléments publicitaires dans le seuil minimal de 50 % de contenu rédactionnel, laquelle permet, dans une certaine mesure, de contourner la condition de moitié, vaut pour tous les médias de presse écrite s'adressant au public danois. Ainsi, les médias de presse écrite gratuits comme celui de *Sondagsavisen* pourraient proposer des suppléments publicitaires afin de faire baisser la proportion de contenu publicitaire prise en compte aux fins de bénéficier dudit régime. Le Tribunal écarte donc l'argument pris de ce que la condition de moitié ne serait pas appliquée de manière systématique.

En définitive, le Tribunal rejette l'ensemble des griefs de *Sondagsavisen*, aucun d'entre eux n'étant susceptible de démontrer l'existence de difficultés sérieuses, qui auraient dû conduire la Commission à ouvrir la procédure formelle d'examen.

Résultat d'un examen minutieux et complet, l'arrêt sous commentaire retient principalement l'attention, en ce qu'il confirme que le contrôle, par le juge de l'Union, de l'existence de difficultés sérieuses ne se limite pas à la recherche de l'erreur manifeste d'appréciation mais procède d'un contrôle complet. Pour le reste, la solution retenue par le Tribunal n'appelle pas de commentaire particulier, tant il apparaissait relativement évident, eu égard à sa nature et ses objectifs, que la mesure danoise n'était pas apte à susciter des "doutes" quant à sa compatibilité avec le marché commun.

R. V. ■

## Activité économique – Avantage – Service d'intérêt économique général:

Le Tribunal de l'Union européenne confirme la décision de la Commission européenne qualifiant d'aide d'État, incompatible avec le marché intérieur, le financement accordé à des opérateurs pour le déploiement de la télévision numérique terrestre dans la communauté espagnole de la Castille-La Manche (*Trib. UE, 15 déc. 2016, Espagne c/ Commission, aff. T-808/14; Trib. UE, 15 déc. 2016, Albertis Telecom Terrestre et Telecom Castilla-La Mancha, aff. jtes. T-37/15 et T-38/15*)

Afin de permettre le passage de la radiodiffusion analogique à la radiodiffusion numérique, les autorités espagnoles ont adopté, entre 2005 et 2009, des mesures visant à financer le déploiement de la télévision numérique terrestre (TNT).

## Contexte

Saisie en 2009 d'une plainte d'un opérateur européen de satellite et de l'opérateur *Radiodifusión Digital*, la Commission a ouvert deux procédures 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. En effet, bien que les mesures soient les mêmes, le cas de la communauté de Castille-La Manche présentait plusieurs aspects justifiant ce traitement séparé. En particulier, contrairement à la majorité des autres communautés autonomes, la Castille-La Manche n'a pas eu recours à des appels d'offres régionaux en vue de l'extension de la couverture de télévision numérique, mais a adopté un décret prévoyant l'attribution directe des fonds nécessaires à la numérisation aux propriétaires des centres d'émission existants. C'est ainsi que, dans cette communauté, *Telecom Castilla-La Mancha (TCLM)* et *Albertis Telecom (AT)* 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 des nouveaux centres d'émission.

En 2013, par une décision 2014/489/UE (JO 2014, L 217, p. 52), la Commission a qualifié d'aide d'État illégale et incompatible avec le marché intérieur le soutien accordé aux opérateurs de la plate-forme de télévision terrestre pour le déploiement, la maintenance et l'exploitation du réseau de TNT dans les régions les moins urbanisées et éloignées (dites de "zone II"), à l'exception de la communauté de la Castille-La Manche. Le 26 novembre 2015, cette décision a été confirmée par le Tribunal à la faveur de 6 arrêts rejetant les recours de l'Espagne, de communautés autonomes et d'opérateurs (*Trib. UE, 26 nov. 2015, Espagne c/ Commission, aff. T-461/13; Comunidad Autónoma del País Vasco et Itelazpi c/ Commission, aff. T-462/13; Comunidad Autónoma de Galicia c/ Commission et Retegal c/ Commission, aff. jtes T-463/13 et T-464/13; Comunidad Autónoma de Cataluña et*

*CTTI c/ Commission*, aff. T-465/13 ; *Navarra de Servicios y Tecnologías c/ Commission*, aff. T-487/13, et *Abertis Telecom et Retevisión I c/ Commission*, aff. T-541/13, comm. R. Vuitton, *Concurrences* n° 1-2016, pp. 168-172).

Et ce n'est que le 1<sup>er</sup> octobre 2014 que, par la décision 2016/1385/UE (JO 2016, L 222, p. 52), la Commission s'est prononcée sur le cas de l'aide en cause dans la communauté de Castille-La Manche. Par cette décision, la Commission a estimé que l'aide d'État octroyée à *TCLM* et *AT* 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.

Aussi, *TCLM* et *AT* (aff. jtes T-37/15 et T-38/15), d'une part, et l'Espagne (aff. T-808/14), d'autre part, ont saisi le Tribunal afin de contester la décision 2016/1385.

Ces recours ont été rejetés par deux arrêts du 15 décembre 2016. Parmi les nombreux aspects abordés par ces arrêts, l'attention est retenue principalement – à l'instar des arrêts du 26 novembre 2015 – par les réponses apportées aux questions relatives à la qualification des mesures en cause d'aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. *TCLM* et *AT* ont également développé un grief, plus original, concernant l'examen par la Commission des transferts de fonds opérés en l'espèce, revenant à contester, de fait, la manière dont elle a identifié les bénéficiaires de l'aide.

## L'identification des bénéficiaires de l'aide

*TCLM* et *AT* estimaient que la Commission avait omis d'examiner si les transferts des fonds en cause de la communauté aux collectivités locales, qui sont des opérateurs de la grande majorité des centres d'émission numérisés, constituaient des aides d'État. Selon ces opérateurs, celle-ci n'aurait pas dû se concentrer sur l'examen de la question de savoir si les transferts des fonds de ces collectivités locales vers eux constituaient une aide d'État.

À cet égard, le Tribunal rappelle que, en examinant l'existence d'une aide d'État, la Commission a l'obligation d'identifier avec précision les bénéficiaires d'une aide et que, pour ce faire, il convient d'identifier les entreprises qui ont eu la jouissance effective de celle-ci.

Or, en l'espèce, la Commission a constaté que les fonds en cause ont été transférés à *TCLM* et *AT*, qui ont été chargés effectivement des travaux de numérisation du réseau de la TNT dans les communes de Castille-La Manche et de la maintenance du réseau. Ces opérateurs avaient donc la jouissance effective de ces fonds, les collectivités locales n'étant à cet égard qu'un intermédiaire gérant les fonds en cause. À cet effet, le Tribunal souligne notamment que, pour l'application de l'article 107 TFUE, ce sont essentiellement les effets de l'aide en ce qui concerne les entreprises bénéficiaires qu'il y a lieu de prendre en considération et non la situation des organismes gestionnaires de l'aide (aff. jtes T-37/15 et T-38/15, point 51).

Il conclut donc que c'est sans commettre d'erreur que la Commission a examiné l'existence d'une aide d'État en faveur de *TCLM* et d'*AT* et non des collectivités locales.

## La qualification d'aide d'État

Dans ce cadre de leur contestation de la qualification des mesures en cause d'aide d'État, l'Espagne ainsi que *TCLM* et *AT* ont développé une argumentation par laquelle il était fait valoir, en substance, que (i) l'exploitation du réseau de TNT ne constituait pas une activité économique, (ii) que les mesures en cause ne conféraient pas un avantage économique, en particulier en ce qu'elles constituaient un service d'intérêt économique général (SIEG), (iii) ne faussaient pas la concurrence ni n'affectaient les échanges entre États membres, et (iv) n'étaient pas sélectives.

## L'exploitation du réseau de TNT constitue une activité économique

Afin de contester l'existence d'une activité économique, l'Espagne soutenait que l'exploitation du réseau de TNT correspondait à l'exercice de pouvoirs de puissance publique.

À cet égard, le Tribunal relève que, selon la décision 2016/1385, l'activité en cause consiste en l'amélioration des centres d'émission, en la construction des nouveaux centres d'émission et en la fourniture d'équipements numériques ou d'exploitation et de maintenance.

D'emblée, l'argumentation prise de ce que l'intérêt des autorités espagnoles était de répondre aux besoins de la population rurale est écartée sèchement. En effet, selon une jurisprudence, tout aussi établie que constante, la finalité poursuivie par des interventions étatiques ne suffit pas à les faire échapper à la qualification d'aide d'État au sens de l'article 107 TFUE (aff. T-808/14, point 59).

Ensuite, le Tribunal vérifie si cette activité, par sa nature, son objet et les règles auxquelles elle est soumise, se rattache à l'exercice des prérogatives de puissance publique, comme le prétendait l'Espagne, ou si elle présente un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du droit de l'Union.

À cet égard, se fondant sur les constats figurant dans la décision 2016/1385, et notamment celui selon lequel un opérateur était disposé à exercer l'activité en cause, le Tribunal estime que tel n'est pas le cas et écarte en outre les arguments avancés par l'Espagne pour contester ces constats.

C'est ainsi, premièrement, qu'il rejette l'argument pris de ce que ce sont principalement les mairies qui ont réalisé l'extension de la TNT. Cette circonstance n'est en effet pas suffisante à exclure la qualification d'activité économique à l'activité en cause (aff. T-808/14, point 63). Deuxièmement, l'argument relatif à l'absence de marché concernant le service visant à garantir le droit de chacun de recevoir une communication audiovisuelle télévisuelle était également voué à l'échec, dès lors que la

décision 2016/1385 indique, à bon droit, qu'il existe un marché pour le service de déploiement du réseau numérique en Espagne (aff. T-808/14, point 63). Prenant appui sur le même motif, le Tribunal écarte aussi l'argument de *TCLM* et *AT* pris de l'absence d'intérêt commercial à fournir le service en cause dans la zone II (aff. jtes T-37/15 et T-38/15, point 88). Troisièmement, l'argument tiré de l'absence de contrepartie économique pour les opérateurs pour l'exercice de cette activité ne convainc pas le Tribunal, qui l'écarte. Il est vrai que l'existence d'une activité économique ne dépend ni du fait qu'un investisseur privé est prêt à l'exercer sous les mêmes conditions, ni de la rentabilité de cette activité. Quatrièmement, le Tribunal repousse l'argument selon lequel l'activité en cause ne concernait que la transmission des chaînes nationales et régionales privées, dès lors que l'obligation de couverture imposée aux opérateurs visait également l'accès aux chaînes publiques.

Le Tribunal confirme donc que l'activité en cause constitue une activité économique.

### Les mesures en cause confèrent un avantage économique

Pan important de la controverse avec la Commission, la question de savoir si le financement en cause constituait un avantage économique a fait l'objet d'un examen détaillé par le Tribunal, qui confirme, à la faveur des arrêts sous commentaire, la position adoptée dans les arrêts du 26 novembre 2015.

Dans la décision 2016/1385, la Commission avait en substance constaté que le financement de la numérisation des réseaux de radiodiffusion terrestre de *TCLM* et d'*AT* ne respectait pas le principe de l'investisseur privé en économie de marché

L'Espagne prétendait quant à elle que ce financement ne conférait pas aux opérateurs de réseaux d'avantage compétitif qu'ils n'auraient pu obtenir dans des conditions normales de marché dans le cadre de la numérisation des centres d'émission et que le principe de l'investisseur privé en économie de marché était respecté.

Le Tribunal rejette cette argumentation.

Il confirme, en particulier, le constat selon lequel ce financement ne visait pas à être un investissement rentable en soi. En effet, un investisseur privé aurait exigé un retour sur son investissement. Or, le Tribunal constate que tel n'a pas été le cas en l'espèce. À cet égard, tout d'abord, il souligne que l'absence de rentabilité découle du fait que les conventions conclues entre les opérateurs et les autorités espagnoles ne prévoyaient ni le remboursement des fonds ni une rémunération de l'équipement appartenant aux pouvoirs publics, ce que l'Espagne n'a pas contesté. Ensuite, il relève qu'aucune estimation des recettes générées par les opérations prévues dans le développement du programme de passage à la TNT dans la région de Castille-La Manche n'a été effectuée. Enfin, il note que le fait qu'il existait une défaillance du marché et qu'"aucun opérateur privé n'était prêt à investir dans la mise à disposition de fonds publics" confirme l'absence de rentabilité (aff. T-808/14, 0).

Quant à l'argument de l'Espagne pris de ce que le seul intérêt des autorités espagnoles était de répondre aux besoins de la population rurale, le Tribunal rappelle que seuls les bénéfices et les obligations liés à la situation de l'État en qualité d'opérateur économique, à l'exclusion de ceux qui sont liés à sa qualité de puissance publique, sont à prendre en compte. Or, des considérations à caractère social et régional caractérisent le comportement de l'État en tant que puissance publique et non en tant qu'acteur du marché. L'argument ne pouvait donc qu'être écarté (aff. T-808/14, point 81). Sans compter que, ainsi qu'il a déjà été relevé, la finalité poursuivie par des interventions étatiques ne suffit pas à les faire échapper à la qualification d'aide d'État.

S'agissant de l'argument de l'Espagne pris de ce qu'une étude de ventilation des coûts de 2011 indiquerait notamment des prix de marché de référence et démontrerait le respect du principe de l'investisseur privé en économie de marché, le Tribunal ne le retient pas. En effet, outre le fait que l'étude en cause est une étude de coûts et non de bénéfices, celle-ci a été élaborée afin d'être transmise à la Commission au cours de la procédure formelle d'examen, et est donc postérieure à l'octroi du financement en cause. Or, selon une jurisprudence constante, très justement rappelée par le Tribunal, des évaluations économiques établies après l'octroi de l'avantage en cause, le constat rétrospectif de la rentabilité effective de l'investissement réalisé par l'État membre concerné ou des justifications ultérieures concernant le choix du procédé effectivement retenu ne sauraient suffire à établir que cet État membre a pris, préalablement ou simultanément à cet octroi, une telle décision en sa qualité d'opérateur économique (CJUE, 5 juin 2012, Commission *c/ EDF*, aff. C-124/10 P, points 82 à 85) (aff. T-808/14, point 82).

Enfin, tout en avançant une argumentation procédant d'une confusion manifeste entre le critère de sélectivité et celui de l'avantage économique, l'Espagne prétendait que l'exploitation des réseaux de diffusion radio et télévisuelle était un SIEG selon la législation espagnole. *TCLM* et *AT* arguaient également du statut du SIEG.

À cet égard, il est à noter que, à l'instar des constats figurant dans la décision 2014/489, la Commission a relevé, dans la décision 2016/1385, que les premier et quatrième critères fixés par la jurisprudence *Altmark* (aff. C-280/00) n'étaient pas remplis, de sorte que celle-ci ne pouvait faire échapper le financement en cause à la qualification d'aide d'État.

De son côté, le Tribunal ne se départit pas de la position adoptée dans les arrêts du 26 novembre 2015 et confirme l'appréciation de la Commission sur ce point.

C'est ainsi que, s'agissant du premier critère, qui exige que l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et que ces obligations soient clairement définies, le Tribunal constate, à l'issue d'un examen minutieux, que la Commission n'a pas commis d'erreur en considérant que, en l'absence d'une définition claire du service d'exploitation d'un réseau terrestre comme service public et d'un acte

d'attribution dudit service public à un opérateur d'une plate-forme déterminée, ce critère n'était pas rempli (aff. T-808/14, points 89 à 105).

S'agissant du quatrième critère, qui exige que, lorsque le choix de l'entreprise chargée de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises aurait encourus pour exécuter ces obligations, le Tribunal constate que rien ne permet de remettre en cause le constat selon lequel les bénéficiaires n'ont pas été sélectionnés au moyen d'une procédure d'appel d'offres ouverte et que les autorités n'ont pas calculé le montant de la compensation sur la base du coût qu'une entreprise bien gérée aurait engagé pour fournir les services en cause (aff. T-808/14, points 108 à 111).

Si le raisonnement du Tribunal reprend dans une large mesure celui développé dans ses arrêts du 26 novembre 2015, il est à noter que les recours de *TCLM* et *AT* ont donné lieu à un développement particulier (aff. jtes T-37/15 et T-38/15, points 122 à 124). En effet, dans le cadre de leur argumentation relative au premier critère, *TCLM* et *AT* contestaient le constat, formulé à titre subsidiaire par la Commission, selon lequel la définition comme service public de l'exploitation d'une plate-forme de support déterminée, en l'occurrence celle de la plate-forme terrestre, constituait une erreur manifeste des autorités espagnoles. Nonobstant le caractère inopérant d'une telle argumentation dirigée contre un motif surabondant de la décision en cause, le Tribunal l'examine néanmoins. À cet égard, il relève que, lorsqu'il existe plusieurs plates-formes de transmission, comme c'était le cas en l'occurrence, il n'est pas possible de considérer que l'une d'elles est essentielle à la transmission des signaux de radiodiffusion sans respecter le principe de neutralité technologique. En définissant le service d'exploitation d'un réseau de TNT comme SIEG, les autorités espagnoles ne devaient donc pas discriminer les autres plates-formes. Toutefois, le Tribunal précise que le respect du principe de neutralité technologique n'implique pas que, dans tous les cas, le choix d'une certaine plate-forme pour l'exploitation des réseaux de radiodiffusion constitue une erreur manifeste. Or, dans la décision 2016/1385, la Commission a constaté une erreur manifeste des autorités espagnoles en raison du choix d'une certaine plate-forme en tant que telle. Elle n'a cependant pas examiné, ainsi que le Tribunal le souligne, si ce choix était objectivement justifié dans le cas d'espèce, en tenant compte du large pouvoir d'appréciation de ces autorités quant à la définition de ce qu'elles considéraient comme étant un SIEG. Cette erreur est toutefois sans influence, dès lors que le premier critère n'était pas satisfait en l'absence d'une définition claire du service d'exploitation d'un réseau terrestre comme service public et d'un acte d'attribution dudit service public à un opérateur d'une plate-forme déterminée.

## Les mesures en cause confèrent un avantage sélectif

Le caractère sélectif des mesures en cause a été principalement contesté par *TCLM* et *AT*.

Dans ce contexte, en premier lieu, ces opérateurs faisaient valoir que les fonds en cause constituaient un financement des collectivités locales pour leur permettre de renouveler leurs infrastructures municipales, en achetant des biens et des services sur le marché. À cet égard, le Tribunal souligne, en rappelant son argumentation concernant l'identification du bénéficiaire de l'aide, que ce sont les fonds publics du gouvernement espagnol et de la communauté autonome de Castille-La Manche qui, dans cette communauté autonome, ont servi à financer le déploiement, l'exploitation et la maintenance du réseau de TNT et qui ont été finalement utilisés par les collectivités locales concernées à ces fins et transférés à *TCLM* et à *AT*. Dans ce contexte, il précise que le fait que les collectivités locales étaient les propriétaires des centres d'émission à numériser est sans influence, dès lors que les fonds publics du gouvernement espagnol et de la communauté autonome de Castille-La Manche ont entraîné le déploiement, le maintien et l'exploitation de la TNT par *TCLM* et *AT* (aff. jtes T37/15 et T38/15, point 64).

En deuxième lieu, *TCLM* et *AT* soutenaient que la Commission n'avait pas identifié l'avantage économique en cause en n'examinant pas une à une les mesures prises par chaque collectivité locale. Le Tribunal réfute cette argumentation en relevant, en particulier, que, eu égard au fait que les différentes interventions étatiques aux niveaux national, régional et communal présentaient des liens tellement étroits entre elles, elles pouvaient être considérées par la Commission comme un seul régime d'aides en Castille-La Manche accordé par les autorités publiques (aff. jtes T-37/15 et T-38/15, point 68).

En troisième lieu, *TCLM* et *AT* prétendaient que les mesures en cause étaient des marchés publics attribués aux prix du marché n'accordant aucun avantage sélectif. À cet égard, le Tribunal relève que la Commission n'a pas conclu automatiquement à l'existence d'une aide d'État du fait de l'absence d'appel d'offres mais que, selon elle, dans la mesure où les collectivités locales avaient sélectionné *TCLM* et *AT* pour la fourniture de l'équipement de TNT, l'avantage économique a consisté dans le transfert de fonds pour l'exercice de cette activité qui ne leur aurait pas été confiée sans les mesures litigieuses et dont celles-ci auraient dû assumer elles-mêmes le coût si elles avaient voulu étendre leurs réseaux à la zone II (aff. jtes T-37/15 et T-38/15, point 72).

En quatrième lieu, *TCLM* et *AT* soutenaient qu'un avantage n'existe que si le prix payé excède le prix de marché et seulement pour le montant qui excède le prix de marché. Le Tribunal rejette cette allégation en rappelant que la jurisprudence *Altmark* exige que tous les critères qu'elle fixe soient remplis pour qu'une mesure échappe à la qualification d'aide d'État et que, lorsque, comme en l'espèce, tel n'est pas le cas, l'avantage ne consiste pas seulement dans le montant excédant le niveau du prix de marché. Le Tribunal précise que le cas d'espèce doit être



distingué des cas relatifs à la fourniture de biens ou de services par une entité publique à des conditions préférentielles. En effet, dans ces cas, la valeur de l'aide est égale à la différence entre ce que le bénéficiaire a réellement payé et ce qu'il aurait dû payer à l'époque dans des conditions normales de marché pour la fourniture d'un tel bien ou service (aff. jtes T-37/15 et T-38/15, point 76 et 77).

Le Tribunal écarte donc l'ensemble de l'argumentation de *TCLM* et *AT* visant à contester le caractère sélectif des mesures en cause.

### **Les mesures en cause induisent une distorsion de concurrence et une affectation des échanges**

Eu égard aux appréciations figurant dans les arrêts du 26 novembre 2015, la contestation de la condition relative à l'existence d'une distorsion de concurrence ne pouvait que difficilement prospérer devant le Tribunal.

C'est ainsi, notamment, que, examinant les arguments de l'Espagne, le Tribunal valide le constat de la Commission selon lequel les plateformes terrestre et satellitaire étaient présentes sur le même marché (étant donné que les deux types de plateformes sont capables de servir de vecteur à des offres de télévision gratuite ou payante et que les titulaires de licences d'émission en TNT en Espagne peuvent émettre des chaînes payantes et l'offre de TNT espagnole peut comprendre des chaînes payantes comme des chaînes gratuites). Il confirme également qu'il existait une concurrence dans la zone II (étant donné qu'un opérateur de plateforme satellitaire a participé à un appel d'offres portant sur l'extension de la couverture de télévision numérique en Cantabrie et qu'il a déjà été jugé qu'il existait une concurrence entre les plateformes terrestre et satellitaire) (aff. T-808/14, points 119 et 121).

S'agissant de l'argument de *TCLM* et *AT* selon lequel la Commission aurait reconnu l'absence d'intérêt commercial pour la zone II, le Tribunal relève que, certes, la Commission a constaté qu'il existait une défaillance de marché dans cette zone mais souligne néanmoins que l'existence d'une concurrence dans ladite zone a été démontrée par le fait qu'il existait, en Castille-La Manche, d'autres opérateurs de réseau terrestre qui auraient pu fournir les services en cause (aff. jtes T-37/15 et T-38/15, point 153).

Quant à la conditions relative à l'affectation des échanges entre États membres, contestée principalement par *TCLM* et *AT*, le Tribunal estime qu'elle a été établie à suffisance de droit dans la mesure où la Commission a, d'une part, constaté que les opérateurs intervenaient dans un secteur où des échanges entre États membres existaient et, d'autre part, indiqué qu'*AT* et *SES Astra* faisaient partie d'un groupe international d'entreprises (aff. jtes T-37/15 et T-38/15, point 155).

### **Conclusion**

En conclusion, il convient de signaler que, parmi les autres aspects abordés par les arrêts sous commentaire, figure également la question de la compatibilité de l'aide en cause. La Commission avait en effet estimé que celle-ci ne pouvait être considérée comme étant compatible avec le marché intérieur au titre de l'article 107, paragraphe 3, sous c), TFUE, étant donné qu'elle ne respectait pas le principe de neutralité technologique, n'était pas proportionnée et ne constituait pas un instrument approprié pour garantir la couverture des chaînes en clair aux résidents de la zone II de Castille-La Manche. Si l'Espagne ainsi que *TCLM* et *AT* ont soulevé de nombreux griefs à l'encontre de cette appréciation, aucun n'a toutefois emporté la conviction du Tribunal. C'est dans ce contexte que ce dernier s'est notamment penché sur la question du principe de neutralité technologique. À cet égard, il a été amené à indiquer, comme dans l'arrêt du 26 novembre 2015 dans l'affaire T-462/13, que la Commission n'a pas estimé que ce principe constituait un principe absolu, mais que le choix de la technologie devait être opéré, en règle générale, à la suite d'un appel d'offres technologiquement neutre (aff. jtes T-37/15 et T-38/15, point 72). À défaut d'un tel appel d'offres, les autorités nationales pouvaient procéder à la présélection d'une technologie déterminée sur la base d'une étude des coûts. Néanmoins, en l'espèce, aucun élément ne permet de démontrer la supériorité de la plateforme terrestre par rapport à la plateforme satellitaire. En particulier, le Tribunal rejette l'ensemble des arguments avancés par l'Espagne et par *TCLM* et *AT* concernant une étude effectuée avant l'adoption des mesures en cause, dont il ressortirait que la solution terrestre serait la plus rentable. Ces aspects ne contiennent toutefois aucun développement notable par rapport aux arrêts du 26 novembre 2015.

Il est néanmoins à noter que ces derniers faisant l'objet d'un pourvoi, il est probable que les arrêts sous commentaire seront également soumis à l'examen de la Cour, à laquelle il appartiendra de trancher définitivement la question du financement du déploiement de la TNT dans les régions espagnoles les moins urbanisées.

R. V. ■

**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.

---

## 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, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

---

## Interviews

Sir Christopher Bellamy, Lord David Currie, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, 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, Christine Varney...

---

## Dossiers

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

---

## Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, 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 anticoncurrenceuses, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

---

## International

Germany, Belgium, Canada, China, 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, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

---

## Chroniques

### ENTENTES

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

### PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty, Anne-Lise Sibony, Anne Wachsmann

### PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Muriel Chagny, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Jean-Christophe Roda, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

### DISTRIBUTION

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

### CONCENTRATIONS

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

### AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

### PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

### RÉGULATIONS

Laurent Binet, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume, Jean-Paul Tran Thiet

### MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

### ACTIONS PUBLIQUES

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

### JURISPRUDENCES

#### EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Karounga Diawara, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda, Per Rummel, Julia Xoudis

### POLITIQUES INTERNATIONALES

Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, François Souty, Stéphanie Yon-Courtin

---

## Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

---

## Reuves

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

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<h2>&gt; Revue Concurrences   Review Concurrences</h2>		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	545,00 €	654,00 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	570,00 €	582,00 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print &amp; electronic versions + e-archives)</i>	850,00 €	1 020,00 €
<hr/>		
<h2>&gt; e-Bulletin e-Competitions   e-Bulletin e-Competitions</h2>		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	760,00 €	912,00 €
<hr/>		
<h2>&gt; Revue Concurrences + e-Bulletin e-Competitions   Review Concurrences + e-Bulletin e-Competitions</h2>		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (online version + e-Bulletin + e-archives)</i>	920,00 €	1 104,00 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (print version + e-Bulletin + e-archives)</i>	980,00 €	1 176,00 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (print &amp; electronic versions + e-Bulletin + e-archives)</i>	1 100,00 €	1 320,00 €

## Renseignements | Subscriber details

Nom-Prénom | *Name-First name* .....

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 | contact: [webmaster@concurrences.com](mailto:webmaster@concurrences.com)

### Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux Bulletins ou articles de e-Competitions ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) ("Notice légale").

*Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).*

**Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France**