

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Aides d'État

Chroniques | Concurrences N° 2-2019 | pp. 115-143

Jacques Derenne

jderenne@sheppardmullin.com

Avocat Sheppard Mullin, Bruxelles

Professeur Université de Liège, Brussels School of Competition

Francesco Martucci

fmartucci@hotmail.com

Professeur Université Paris II Panthéon-Assas

Bruno Stromsky

bruno.stromsky@ec.europa.eu

Membre du service juridique Commission européenne, Bruxelles

Raphael Vuitton

raphael.vuitton@curia.europa.eu

Référéndaire Tribunal de l'Union européenne, Luxembourg

Aides d'État

Jacques Derenne*

jderenne@sheppardmullin.com

Associé Sheppard Mullin, Bruxelles

Professeur Université de Liège, Belgique & Brussels School of Competition

Francesco Martucci

fmartucci@hotmail.com

Professeur Université Paris II Panthéon-Assas

Bruno Stromsky**

bruno.stromsky@ec.europa.eu

Membre du service juridique Commission européenne, Bruxelles

Raphael Vuitton

raphael.vuitton@curia.europa.eu

Référendaire Tribunal de l'Union européenne, Luxembourg

1. Cour de justice

115 La Cour de justice de l'Union européenne rejette comme manifestement non fondé le pourvoi formé contre l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne dans l'affaire de la recapitalisation de l'opérateur historique français sur le marché de l'énergie

CJUE, 13 déc. 2018, EDF, aff. C-221/18 P, EU:C:2018:1009

116 La Cour de justice de l'Union européenne apporte de nouvelles clarifications concernant la notion de sélectivité en matière fiscale, et accepte un rare cas de justification tirée de la nature ou de l'économie du système

CJUE, 19 déc. 2018, Finanzamt B / A-Brauerer, aff. C-374/17, EU:C:2018:1024

119 La Cour de justice de l'Union européenne juge que l'expiration du délai de prescription de 10 ans pour procéder à la récupération d'aides d'État illégales ne prive pas de fondement un recours en dommages et intérêts introduit contre l'État membre ayant octroyé celles-ci

CJUE, 23 janv. 2019, Fallimento Traghetto del Mediterraneo, aff. C-387/17, EU:C:2019:51

122 La Cour de justice de l'Union européenne clarifie les obligations des autorités nationales en matière de récupération d'aide illégale pour non-respect des conditions du règlement général d'exemption par catégorie (absence d'effet incitatif) et confirme l'absence de toute confiance légitime pour les bénéficiaires d'une aide illégalement octroyée, la récupération devant suivre les règles nationales de prescription et d'application des intérêts

CJUE, 5 mars 2019, Eesti Pagar, aff. C-349/17, EU:C:2019:172

125 La Cour de justice de l'Union européenne estime que des fonds alimentés par des contributions obligatoires imposées par la législation d'un État membre, gérés et répartis conformément à cette législation par une entité privée, ne constituent pas des ressources d'État, et annule en conséquence un arrêt du Tribunal de l'Union européenne et une décision de la Commission européenne

CJUE, 28 mars 2019, Allemagne / Commission, aff. C-405/16 P, EU:C:2019:268

2. Tribunal

127 Le Tribunal de l'Union européenne confirme les décisions de la Commission européenne qualifiant le régime fiscal espagnol d'aide incompatible avec le marché intérieur

Trib. UE, 15 nov. 2018, Deutsche Telekom AG, aff. T-207/10, EU:T:2018:786

129 Le Tribunal de l'Union européenne confirme la compétence de la Commission européenne pour appliquer les règles sur les aides d'État aux décisions de "tax ruling" mais prononce la première annulation en cette matière au seul motif d'une mauvaise application de la notion de régime d'aide

Trib. UE, 14 févr. 2019, Belgique et Magnetrol International, aff. T-131/16 et T-263/16, EU:T:2019:91

133 Le Tribunal de l'Union européenne examine la légalité de décisions de la Commission européenne concernant les mesures en faveur des clubs de football professionnels espagnols

Trib. UE, 26 févr. 2019, Athletic Club, aff. T-679/16, EU:T:2019:112, Trib. UE, 26 févr. 2019, Fútbol Club Barcelona, aff. T-865/16, EU:T:2019:113, Trib. UE, 22 mars 2019, Hércules Club de Fútbol, aff. T-766/16, EU:T:2019:173

137 Le Tribunal de l'Union européenne annule une décision de la Commission européenne qui considérait comme une aide d'État l'intervention d'un fonds interbancaire en faveur d'une banque en difficulté, et estime que cette intervention n'est pas imputable à l'État, ni financée par des ressources d'État

Trib. UE, 19 mars 2019, Banca Popolare di Bari - anciennement banque Tercas, e.a., aff. jtes. T-98/16, T-196/16 et T-198/16, EU:T:2019:167

140 Le Tribunal de l'Union européenne confirme la compatibilité avec le marché intérieur d'une compensation de service public universel accordée à la poste polonaise, en l'absence d'appel d'offres

Trib. UE, 19 mars 2019, Inpost Paczkomaty sp.z o.o. e.a., aff. jtes. T-282/16 et T-283/16, EU:T:2019:168

3 Juridictions nationales

142 Le Conseil d'État italien pose une question préjudicielle sur la qualification d'aide d'État de la transformation des banques populaires en sociétés par actions

Cons. État italien, sez. VI, ord., 26 octobre 2018, n. 6129 ; CJUE, ord., 18 janv. 2019, OC e.a., aff. C-686/18, EU:C:2019:68

143 Le Conseil d'État juge que le régime du crédit d'impôt intéressement ne comporte pas un avantage sélectif

CE, 13 mars 2019, FerroPem, n° 417536, FR:CECHR:2019:417536.20190313

1. Cour de justice

Énergie – Aide illégale et incompatible :

La Cour de justice de l'Union européenne rejette comme manifestement non fondé le pourvoi formé contre l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne dans l'affaire de la recapitalisation de l'opérateur historique français sur le marché de l'énergie (CJUE, 13 déc. 2018, EDF, aff. C-221/18 P, EU:C:2018:1009)

Par une ordonnance rendue le 13 décembre 2018, la Cour rejette comme étant manifestement non fondé le pourvoi formé contre l'arrêt du Tribunal dans l'affaire de la recapitalisation d'EDF, mettant ainsi fin à une saga judiciaire de près de 15 ans.

Antécédents du litige

On rappellera que l'affaire avait commencé en 2003 quand la Commission avait décidé que l'opération de restructuration du bilan et d'augmentation de capital d'EDF par l'État français contenait des éléments d'aides d'État illégales et incompatibles avec le marché intérieur du fait de la renonciation à une créance fiscale de plus de 888 millions d'euros (ci-après "décision de 2003", JO 2005, L 4, p. 9). Il s'agissait plus précisément du non-paiement par EDF, en 1997, de l'impôt sur les sociétés correspondant au reclassement comptable en capital des provisions constituées pour le renouvellement du réseau de transport d'électricité non utilisées, dans le cadre de la concession du réseau d'alimentation générale ("RAG") accordée par l'État français.

Par un arrêt du 15 décembre 2009 (aff. T-156/04 ; ci-après "arrêt de 2009"), le Tribunal avait annulé la décision de 2003 jugeant que la seule circonstance que l'État ait accès à des ressources financières découlant de l'exercice de la puissance publique ne permet pas de justifier, à elle seule, que les mesures financées par la renonciation à ces ressources soient considérées comme relevant de ses prérogatives de puissance publique (voir J.-Y. Chérot, *Concurrences* n° 1-2010, pp. 149-153). Autrement dit, la Commission aurait dû, selon le Tribunal, envisager l'applicabilité du critère de l'investisseur privé pour déterminer l'existence d'une aide et non pas déduire cette existence du seul fait de l'octroi d'une exemption fiscale.

Sur pourvoi de la Commission, la Cour de justice avait confirmé, le 5 juin 2012 (aff. C-124/10 P ; ci-après "arrêt de 2012"), la position du Tribunal en jugeant que la Commission ne pouvait pas écarter l'applicabilité du critère de l'investisseur privé sur la seule base de la nature fiscale des moyens déployés pour recapitaliser une entreprise (voir J.-Y. Chérot, *Concurrences* n° 3-2012, pp. 169-171).

Par une nouvelle décision du 22 juillet 2015 (affaire SA.13869 publiée au JO 2016, L 34, p. 152 – ci-après "décision de 2015"), la Commission a examiné l'application du critère de l'investisseur privé et a, à nouveau, déclaré que la mesure en cause constituait une aide illégale et incompatible avec le marché intérieur. Elle en a donc exigé sa récupération (exécutée le 13 octobre 2015).

Sur un nouveau recours EDF, par un arrêt du 16 janvier 2018 (aff. T-747/15 ; ci-après "arrêt de 2018") le Tribunal a approuvé la position de la Commission et rejeté le recours d'EDF contre la décision de 2015 (voir notre commentaire, *Concurrences* n° 2-2018, pp. 133-142). Le Tribunal considérait en effet qu'EDF et l'État français n'avaient pas avancé d'éléments permettant d'établir sans équivoque que la République française avait pris, préalablement ou simultanément à l'octroi de l'avantage, c'est-à-dire en l'espèce la renonciation à percevoir l'impôt lors

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

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

du reclassement des droits du concédant en dotation en capital, la décision de procéder, par cette mesure, à un investissement dans *EDF*. Au moment de l'adoption de cette décision, la République française n'avait donc pas évalué, comme l'aurait fait un investisseur privé, la rentabilité de l'investissement que constituerait l'octroi d'un tel avantage à *EDF*.

C'est cet arrêt de 2018 qui faisait l'objet de ce nouveau pourvoi devant la Cour.

Rejet du pourvoi par la Cour

La Cour rejette chacun des moyens soulevés par *EDF* dans son pourvoi comme étant manifestement non fondé.

S'agissant tout d'abord du moyen selon lequel le Tribunal aurait manqué à son obligation de motivation en ne procédant pas lui-même à l'identification de la mesure litigieuse et en ne fournissant pas d'explication sur les constatations factuelles qu'il énonce, la Cour relève que le Tribunal a exposé en détail aux points 99 à 107 de l'arrêt attaqué les raisons qui l'ont amené à considérer que la mesure litigieuse portait sur le traitement fiscal des droits du concédant lors de la restructuration du bilan d'*EDF* et que par conséquent, il a pleinement satisfait à son obligation de motivation (point 23).

La Cour considère également comme étant manifestement non fondée la dénégation d'éléments de preuve invoquée par *EDF*, considérant qu'*EDF* demande en substance à la Cour un nouvel examen des éléments factuels, ce qui n'est pas du ressort de la Cour dans le cadre d'un pourvoi (point 24).

S'agissant ensuite du moyen tiré de la violation de l'autorité de la chose jugée de l'arrêt du Tribunal de 2009 par l'arrêt du Tribunal de 2018, la Cour constate que ces deux recours n'ayant pas le même objet, *EDF* n'explique pas comment l'arrêt attaqué pourrait violer l'autorité de la chose jugée de l'arrêt de 2009. La Cour note, en particulier, que, par l'arrêt de 2009, le Tribunal n'avait préjugé ni de l'applicabilité du critère de l'investisseur privé en l'espèce ni du résultat de l'éventuelle application de ce critère, objet de l'arrêt de 2018 (points 25 à 27). Elle n'accueille donc pas non plus ce moyen.

Enfin, la Cour rejette également le moyen par lequel *EDF* reprochait au Tribunal, sur le fondement de l'arrêt *Frucona Košice* (aff. C-300/16 P, EU:C:2017:706), d'avoir commis une erreur de droit en omettant de constater que la Commission avait procédé à une prise en compte sélective des éléments de preuve disponibles et que les éléments pris en compte n'étaient pas les conclusions tirées. En effet, la Cour relève que le Tribunal a examiné en détail, aux points 155 à 175 de l'arrêt attaqué, les éléments avancés par *EDF* et par la République française qui auraient été ignorés par la Commission et a conclu, pour chacun de ces éléments, soit qu'ils ont bien été pris en considération dans la décision litigieuse, soit qu'ils n'étaient pas pertinents (point 36).

J. D. & M. L. ■

Fiscalité – Sélectivité – Nature et économie du système : La Cour de justice de l'Union européenne apporte de nouvelles clarifications concernant la notion de sélectivité en matière fiscale, et accepte un rare cas de justification tirée de la nature ou de l'économie du système (*CJUE, 19 déc. 2018, Finanzamt B c/ A-Brauerei, aff. C-374/17, EU:C:2018:1024*)

Dans arrêt très attendu, le 19 décembre 2018, la grande chambre de la Cour de justice a rendu un arrêt sur renvoi préjudiciel, refusant de qualifier de “mesure générale” l'exonération de l'impôt allemand sur les acquisitions immobilières au profit de certaines opérations de transformation au sein d'un groupe de sociétés, mais retenant cependant que ce dispositif ne remplit pas la condition relative à la sélectivité de l'avantage concerné et, par suite, ne constitue pas une aide d'État.

Contexte factuel et procédural

A-Brauerei, société exerçant une activité commerciale, détenait 100 % des parts sociales de *T-GmbH*, société qui était propriétaire de plusieurs immeubles. *T-GmbH* a transféré à *A-Brauerei* l'ensemble de son patrimoine, y compris lesdits immeubles, avec tous les droits et obligations y afférents, dans le cadre d'une transformation par voie de fusion par absorption. L'administration fiscale allemande a réclamé le paiement de l'impôt sur les acquisitions immobilières qui serait dû par *A-Brauerei* en considérant que le transfert à la société absorbante constituait une opération imposable, en vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 1, point 3, du *Gründerwerbsteuergesetz* (loi relative à l'impôt sur les acquisitions immobilières, ci-après le “*GrEStG*”), et ne relevant pas d'une exonération prévue par article 6a du *GrEStG* (sous les conditions d'être une “société dépendante” et d'un délai légal de détention d'une participation d'au moins 95 % au cours des cinq années suivant l'opération imposée par cet article 6a).

Dans le cadre de litiges qui s'en suivirent, la juridiction de renvoi a soulevé d'office la question de savoir si l'article 6a du *GrEStG* devait être écarté, au motif que l'avantage fiscal conféré par cet article serait une aide d'État, au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. Dans un tel cas, l'application de cet article constituerait une violation de l'obligation de notification et de *standstill* prescrite à l'article 108, paragraphe 3, TFUE. Le ministère fédéral des Finances soutenait, en se référant à l'arrêt du 7 novembre 2014 (*Autogrill España*, aff. T-219/10, EU:T:2014:939) que l'avantage fiscal prévu à l'article 6a du *GrEStG* ne constituait pas une aide d'État car il serait impossible de caractériser les entreprises bénéficiaires de cet avantage en tant que catégorie privilégiée, de telle sorte que la condition relative à la sélectivité que pose cette disposition ne serait pas remplie (c'était avant l'arrêt de la Cour dans l'affaire *World Duty Free* du 21 décembre 2016 sur les suites de laquelle nous revenons dans la présente contribution par ailleurs).

Dans ces conditions, le Bundesfinanzhof (Cour fédérale des finances) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour de justice la question préjudicielle suivante : “L’article 107, paragraphe 1, TFUE doit-il être interprété en ce sens que l’on est en présence d’une aide prohibée par cette disposition lorsque, conformément à la réglementation d’un État membre, l’impôt sur les acquisitions immobilières n’est pas prélevé au titre d’une acquisition imposable découlant d’une transformation (fusion), si certains sujets de droit (entreprise dominante et une société dépendante) participent à l’opération de transformation et que l’entreprise dominante détient une participation de 100 % dans la société dépendante au cours des cinq années précédant l’opération juridique et des cinq années suivant cette opération ?”

Les conclusions de l’avocat général

Une des raisons pour lesquelles cet arrêt était attendu, est que l’avocat général Saugmandsgaard Øe, dans ses conclusions du 19 septembre 2018, s’était lancé dans ce qui ressemblait fort à un plaidoyer (convainquant sur le fond, mais on ne provoque par un revirement de jurisprudence facilement) contre la méthode dite “du cadre de référence”, qui est celle qui a été retenue par la grande chambre de la Cour de justice dans son arrêt *World Duty Free*. Celui-ci a suscité des critiques dans la doctrine (voir, par exemple, notre commentaire dans *Concurrences* n° 1-2017 et notre article *Commission v World Duty Free Group a.o.: Selectivity in (Fiscal) State Aid, quo vadis Curia?* in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, Vol. 8, No. 5 ; P. Nicolaidis, *Excessive Widening of the Concept of Selectivity*, ESTAL 2017, pp. 62-72 ou encore C. Quigley, *Joined Cases C-20115 P and C-21115 P, European Commission v World Duty Free Group SA, Banco Santander SA and Santusa Holding SL in Milestones in State Aid Case Law, EStAL’s First 15 Years in Perspective*, Lexion, 2017, pp. 750-767). Même le Tribunal, dans ses arrêts rendus sur renvoi et après l’arrêt *World Duty Free* de la Cour semble appliquer à contrecœur la solution retenue par la Cour (voir, Tribunal, 15 novembre 2018, *Banco Santander et Santusa*, aff. T-399/11, EU:T:2018:787, points 81-89).

L’avocat général avoue “nourrir certaines inquiétudes quant aux conséquences pratiques du recours à la méthode du cadre de référence, sur les plans tant substantiel que formel. Il me semble, notamment, que cette méthode comporte le risque d’étendre la discipline des aides d’État à toute différenciation fiscale, en invitant à passer en revue l’ensemble des régimes fiscaux des États membres à la recherche de discriminations” (point 9 de ses conclusions). Selon lui, la jurisprudence sur la sélectivité matérielle se caractérise par la coexistence de deux méthodes d’analyse, notamment en matière fiscale. D’une part, la méthode d’analyse classique, qui peut être déduite de la lettre de l’article 107, paragraphe 1, TFUE, et se fonde sur le critère de disponibilité générale. Selon cette approche, qui aurait été appliquée notamment dans l’arrêt *Gibraltar* (CJUE, 15 novembre 2011, *Commission et Espagne c/ Government of Gibraltar et Royaume-Uni*, aff. C-106/09 P et C-107/09 P, EU:C:2011:732), est sélectif tout avantage qui n’est pas ouvert à l’ensemble

des entreprises présentes sur le territoire national. Le critère de disponibilité générale exige non pas que toutes les entreprises jouissent effectivement de l’avantage concerné, mais bien que toutes puissent en bénéficier. D’autre part, la méthode dite “du cadre de référence”, qui remonterait à l’arrêt *Paint Graphos* (CJUE, 8 sept. 2011, aff. C-78/08 à C-80/08, EU:C:2011:550), confirmée dans l’arrêt *World Duty Free*. Cette seconde méthode en trois étapes reposerait sur le critère de discrimination : un avantage est sélectif lorsque, (i) après avoir déterminé le cadre de référence pertinent, l’on constate que (ii) l’avantage en question n’est pas ouvert à toutes les entreprises se trouvant dans des situations comparables au regard de l’objectif du cadre pertinent, et (iii) qu’il n’est pas justifié par la nature ou l’économie générale du régime en cause.

L’avocat général a proposé à la Cour de n’appliquer que la méthode d’analyse classique et de juger que l’exonération prévue à l’article 6a du *GrESiG* constituait une mesure générale. Il a néanmoins, à titre subsidiaire, exposé les motifs pour lesquels l’application de la méthode du cadre de référence aboutirait en l’espèce à la même conclusion, à savoir l’absence d’aide d’État pour cause de non sélectivité, en notant qu’il allait faire ceci “sans occulter les difficultés notables que suscite l’application de cette méthode” (point 10 des conclusions). Dans cette seconde approche, l’avocat général conclut à la justification de l’exonération par la nature et l’économie du régime fiscal en cause dans le litige au principal et, partant, pour l’absence d’aide d’État, ce qui à quoi va conclure la Cour. C’est en raison de cette “double” analyse que les conclusions de l’avocat général sont trois fois plus longues que l’arrêt de la Cour qui balaie une grande partie des critiques de l’avocat général.

Il n’est malheureusement pas possible ici de revenir sur ces conclusions (voir en particulier ses points 73-77, 103, 113, 115, 134-136 et 144). Nous recommandons au lecteur de s’y référer pour avoir une perspective complète des questions discutées.

L’arrêt de la Cour de justice

La Cour suit donc l’avocat général dans sa conclusion que la mesure en question n’est pas sélective en se fondant sur la justification tirée de la nature et l’économie du régime fiscal. Pour le reste, elle va essentiellement confirmer son choix de la méthode dite du “cadre de référence”, tel que rappelé et clarifié dans son arrêt *World Duty Free*.

Malheureusement, la Cour ne répond guère aux critiques de l’avocat général, même si son arrêt apporte toutefois quelques clarifications bienvenues.

Dans un premier temps, la Cour va examiner si, ainsi que le soutenait le gouvernement allemand, l’exonération fiscale en question devait être qualifiée de “mesure générale”, échappant ainsi au champ d’application de l’article 107, paragraphe 1, TFUE.

À cet égard, en se fondant directement sur son arrêt *World Duty Free*, la Cour rappelle 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 24). Mais elle affirme également "*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 22). Ceci semble rejeter définitivement le critère de la disponibilité générale mise en avant par l'avocat général. Le critère principal est un critère de non-discrimination, ce qui correspond en fait à la deuxième étape de la méthode du cadre de référence.

La Cour va donner quelques indications sur la notion de mesure générale :

- les mesures nationales s'appliquant sans distinction à l'ensemble des entreprises de l'État membre concerné sont des mesures générales (point 23) ; mais est-ce qu'il existe vraiment beaucoup de mesures de ce type qui soulèveraient le moindre doute d'un point de vue du droit des aides d'État ?

- le fait que la mesure en cause s'applique indépendamment de la nature de l'activité des entreprises n'est pas déterminant en soi aux fins de la qualification de mesure générale (point 25) ;

- peu importe que la mesure en cause ne permette pas d'identifier une catégorie particulière d'entreprises qui seraient favorisées par celle-ci, et qui pourraient être distinguées en raison de propriétés spécifiques, communes et propres (point 27, critère rejeté dans *World Duty Free*).

Il semblerait donc que la notion de mesure générale repose désormais sur le critère de non-discrimination, qui constitue la deuxième étape de la méthode du cadre de référence, et que la Cour analyse donc, de façon inhabituelle (aux points 28 à 33), avant même d'avoir commencé l'analyse du cadre de référence (aux points 35 et suivants).

La Cour relève que la mesure en question déroge formellement au régime fiscal commun, et que si un tel caractère dérogatoire n'est pas forcément décisif, il demeure pertinent dans le cadre d'une telle analyse. En l'espèce, la Cour note que l'exonération fiscale en cause "*est de nature à favoriser les seuls groupes de sociétés visés, qui effectuent des opérations de transformation, alors que les sociétés ne faisant pas partie de tels groupes de sociétés sont exclues de cet avantage, même si elles effectuent des opérations de transformation identiques à celles réalisées par ces groupes de sociétés*" (point 31). Elle rejette donc l'argumentation de *Brauerei* et du gouvernement allemand qui faisaient valoir que ces opérations n'étaient pas comparables, puisque, d'un point de vue économique, le propriétaire demeure le même, et il y a donc un risque de double imposition sans l'exonération fiscale en question. Pour la Cour, il s'agit d'opérateurs qui sont dans une situation factuelle et juridique comparable. Elle

en conclut que la mesure en question ne saurait être qualifiée de mesure générale.

La Cour procède ensuite à l'application de la méthode du cadre de référence proprement dit.

Le cadre de référence pertinent

Son analyse tient en une phrase, en considérant "*qu'il ressort de la présentation du droit national faite dans la décision de renvoi, [que] le cadre de référence au regard duquel l'examen de la comparabilité doit être effectué est constitué des règles du droit allemand en matière d'impôt sur les acquisitions immobilières, qui, prises dans leur ensemble, déterminent l'objet ou le fait générateur de cet impôt*" (point 37).

On peut regretter, surtout au vu de la longue critique de l'avocat général, que la Cour n'ait pas apporté plus de précisions sur la manière dont il convient d'identifier le cadre de référence. Il semblerait toutefois que le cadre de référence ne doive pas être défini de manière aussi large que les règles relatives à la fiscalité des entreprises. On pourrait aussi interpréter l'arrêt comme signifiant que, lorsqu'une mesure fiscale est conçue comme une dérogation, le cadre de référence serait constitué de l'ensemble des règles dans lequel cette dérogation s'insère et qui déterminent l'objet ou le fait générateur de cet impôt. Mais cette approche semblait avoir été rejetée dans l'affaire *Andres* (CJUE, 28 juin 2018, aff. C-203/16 P, EU:C:2018:505).

La comparabilité des situations incluses et de celles exclues de la mesure en cause au regard de l'objectif du cadre de référence

La Cour va une nouvelle fois se référer exclusivement à la décision de renvoi qui explique que "*le régime fiscal relatif à l'impôt sur les acquisitions immobilières consiste à imposer tout changement du titulaire des droits (Rechtsträgerwechsel) afférents à un immeuble*" (point 39). Sur ce point, l'analyse de la Cour est cohérente, puisque si l'examen de comparabilité s'effectuait au regard des objectifs de la mesure en cause, pratiquement toute différenciation serait justifiée à l'égard de cet objectif, par définition.

Ainsi, si on retient l'objectif de l'exonération fiscale en question, qui est d'éviter une double imposition, alors les entreprises qui bénéficient de cette mesure ne sont pas dans une situation comparable à celle des entreprises qui n'en bénéficient pas, puisque le risque de double imposition n'existe pas en ce qui concerne ces dernières. En revanche, si l'on regarde l'objectif de taxer tout changement de titulaire de droit (l'objectif du cadre de référence donc), les entreprises exclues du bénéfice de l'exonération sont effectivement dans une situation comparable avec celle des entreprises qui en bénéficient. La Cour relève, de surcroît, que "*l'effet de différenciation découlant ainsi de la condition relative à la participation exclusive à l'opération de transformation de sociétés d'un même groupe liées par un rapport de participation d'au moins 95 % est renforcé par l'exigence, imposée par cette même condition, selon laquelle cette participation doit être*

détenue pendant une période minimale et ininterrompue de cinq années précédant ladite opération et de cinq années suivant celle-ci” (point 43).

On pourra regretter néanmoins que la Cour n’ait pas pris la peine de répondre plus en détails aux critiques de l’avocat général concernant l’arbitraire et l’insécurité juridique de ces étapes.

La justification tirée de la nature ou de l’économie du système

Ce n’est qu’à cette étape que la Cour est en accord avec l’avocat général et aboutit à la même conclusion que lui. En effet, le risque de double taxation à l’entrée et à l’opération de transformation au sein du groupe conduirait à une taxation “excessive” (point 46). D’après les règles applicables, une telle double taxation est exclue dans le cas d’une opération de transformation impliquant deux sociétés liées par un rapport de participation inférieur à 95 %. De même, “l’exigence relative à la période minimale de détention d’une telle participation apparaît justifiée par la volonté d’exclure les effets d’aubaine indésirables et, partant, de prévenir les abus, en évitant que des rapports de participation de ce niveau, auxquels il serait mis fin une fois la transformation achevée, soient mis en place pour une courte durée, aux seules fins de bénéficier de cette exonération fiscale” (point 51).

La différenciation introduite par la mesure en cause est donc justifiée par la nature ou l’économie du système dans lequel elle s’inscrit. La Cour rappelle toutefois que seuls les objectifs inhérents au système fiscal général concerné peuvent être pris en compte pour justifier une mesure a priori sélective. Même si cela peut sembler restrictif, la jurisprudence et la Commission, dans sa communication de 2016 sur la notion d’aide, ont identifié plusieurs objectifs susceptibles d’être invoqués dans le cadre de cette troisième étape : la nécessité de lutter contre la fraude ou l’évasion fiscales, la nécessité de tenir compte d’exigences comptables particulières, des raisons de bonne gestion administrative, le principe de neutralité fiscale, la nature progressive de l’impôt sur le revenu et sa logique redistributive, la nécessité d’éviter une double imposition ou l’objectif d’optimisation du recouvrement des créances fiscales.

Conclusion

À notre avis, cet arrêt écarte “définitivement” (c’est-à-dire jusqu’à un revirement de jurisprudence – qui est parfois salutaire), sauf cas exceptionnel, la méthode de la disponibilité générale mise en avant par l’avocat général. Il consacre par là même le test dit du “cadre de référence”.

L’arrêt confirme également que l’examen de comparabilité de la deuxième étape doit se faire au regard de l’objectif du cadre de référence pertinent, et non de celui de la mesure en question.

Enfin, cet arrêt démontre que la justification par la nature ou l’économie du système général ne constitue pas nécessairement une *probatio diabolica*, puisqu’il s’agit d’un des rares cas dans lesquels une telle justification a été acceptée

pour écarter le caractère sélectif de la mesure et donc sa qualification d’aide d’État au sens de l’article 107, paragraphe 1, TFUE.

J. D. & D. V. ■

Transport maritime – Actions en dommages et intérêts : La Cour de justice de l’Union européenne juge que l’expiration du délai de prescription de 10 ans pour procéder à la récupération d’aides d’État illégales ne prive pas de fondement un recours en dommages et intérêts introduit contre l’État membre ayant octroyé celles-ci (*CJUE, 23 janv. 2019, Fallimento Traghetti del Mediterraneo, aff. C-387/17, EU:C:2019:51*)

Les aides accordées par les autorités italiennes au groupe de navigation *Tirrenia* alimentent régulièrement le prétoire des juridictions italiennes et européennes. Cette véritable saga judiciaire s’apparente, pour le juge de l’Union, au sparadrap du capitaine Haddock dans “l’affaire Tournesol” (voir, notamment, arrêts de la Cour du 9 octobre 2001, *Italie c/ Commission*, aff. C-400/99, EU:C:2001:528, du 10 mai 2005, *Italie c/ Commission*, aff. C-400/99, EU:C:2005:275, du 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-173/03, EU:C:2006:391, du 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-173/03, EU:C:2006:391, du 10 juin 2010, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-140/09, EU:C:2010:335, ainsi que arrêts du Tribunal du 20 juin 2007, *Tirrenia di Navigazione e.a.*, aff. T-246/99, EU:T:2007:186, et du 4 mars 2009, *Tirrenia di Navigazione e.a.*, aff. T-265/04, T-292/04 et T-504/04, EU:T:2009:48). Elle aura néanmoins contribué à apporter régulièrement d’intéressants éclairages au droit des aides d’États. Tel est d’ailleurs le cas avec l’arrêt sous commentaire. Il n’apparaît pas opportun, aux fins de la présente chronique de retracer l’historique exhaustif des faits ayant conduit à celui-ci. L’on pourra néanmoins utilement retenir qu’il fait suite à une question préjudicielle adressée aux juges de Luxembourg par la Cour de cassation italienne dans le cadre d’un litige opposant *Fallimento Traghetti del Mediterraneo (FTDM)* au gouvernement italien. En effet, *FTDM* a demandé réparation, devant les juridictions italiennes, du préjudice qu’elle aurait subi en raison de l’octroi par ledit gouvernement, de 1976 à 1980, de subventions à une entreprise concurrente, en l’occurrence *Tirrenia*, pour l’exploitation de lignes maritimes entre l’Italie et les îles de Sardaigne et de Sicile. Afin de résoudre le litige qui lui était soumis, la haute juridiction italienne souhaitait un éclairage principalement sur deux aspects : la qualification des aides en cause d’existantes et l’influence de l’expiration du délai de prescription de 10 ans pour la récupération d’aides d’État illégales sur un recours en responsabilité introduit au niveau national.

L'influence de la libéralisation du marché sur la qualification d'une mesure d'aide existante

En premier lieu, la Cour de cassation demandait si les subventions octroyées *Tirrenia*, avant la libéralisation formelle du marché du cabotage maritime, pouvait être, de ce fait, qualifiées d'aides existantes. Elle s'interrogeait plus spécifiquement sur l'application de l'article 1^{er}, sous b), sous v), du règlement n° 659/1999 [qui correspond à l'article 1^{er}, sous b), sous v), règlement 2015/1589], qualifiant d'aide existante toute aide dont il peut être établi qu'elle ne constituait pas une aide au moment de sa mise en vigueur, mais qui est devenue une aide par la suite en raison de l'évolution du marché commun et sans avoir été modifiée par l'État membre.

Pour répondre à cette question, la Cour examine, si, au moment de leur octroi, ces subventions pouvaient être qualifiées d'aides d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, et plus particulièrement au regard des conditions relatives à l'affectation des échanges et la distorsion de concurrence, lesquelles sont bien évidemment difficilement remplies dans le contexte d'un marché non libéralisé. Il s'agit ainsi pour la Cour de vérifier si les mesures en cause constituaient déjà une telle aide au moment de leur octroi ou si elles ne le sont devenues que par la suite, en raison de la libéralisation du marché du cabotage maritime, dans quel cas, elles pourraient relever de l'article 1^{er}, sous b), sous v), du règlement n° 659/1999.

Ce point avait déjà été abordé par la Cour dans un précédent arrêt. Elle avait déjà en effet souligné que *“le fait que l'abolition des restrictions à la libre prestation des services de transport maritime à l'intérieur des États membres soit postérieure à la période concernée (...) n'exclut pas nécessairement que les subventions en cause (...) aient été susceptibles d'affecter les échanges entre États membres et qu'elles aient faussé ou menacé de fausser la concurrence”* (arrêt du 10 juin 2010, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-140/09, EU:C:2010:335, point 49), renvoyant à la juridiction nationale le soin de vérifier si ces conditions étaient remplies.

Cohérente avec cette première prise de position, la Cour confirme logiquement, dans l'arrêt sous commentaire, cette approche. Elle prend néanmoins soin de la concilier habilement avec le principe dégagé par le Tribunal dans l'arrêt *Alzetta* (arrêt du 15 juin 2000, *Alzetta e.a.* (aff. jtes. T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 à T-607/97, T-1/98, T-3/98 à T-6/98 et T-23/98, EU:T:2000:151, point 143) selon lequel un régime d'aides institué dans un marché initialement fermé à la concurrence devait être considéré, lors de la libéralisation de ce marché, comme un régime d'aides existant, dans la mesure où il ne relevait pas, au moment de son institution, du champ d'application de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

C'est ainsi que la Cour indique que, *“s'il est vrai qu'une aide d'État peut, en principe, être réputée existante parce qu'il peut être établi qu'elle ne constituait pas une aide au moment de sa mise en vigueur, notamment en raison de*

l'absence de libéralisation dans le marché concerné, (...) une telle absence de libéralisation n'exclut pas nécessairement qu'une mesure d'aide soit susceptible d'affecter les échanges entre États membres et fausse ou menace de fausser la concurrence” (point 38).

Précisant cette hypothèse, la Cour se réfère à la circonstance qu'une aide d'État est susceptible d'affecter les échanges entre les États membres et de fausser ou de menacer de fausser la concurrence, alors même que le marché concerné n'est que partiellement ouvert à la concurrence. Selon elle, il suffit que, au moment de la mise en vigueur d'une mesure d'aide, il y ait une situation de concurrence effective sur le marché concerné pour qu'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État soit susceptible d'affecter les échanges entre États membres et de fausser ou de menacer de fausser la concurrence.

C'est ainsi que la nuance introduite par la Cour au principe découlant de l'arrêt *Alzetta* concerne l'hypothèse d'un marché qui n'est pas formellement libéralisé mais sur lequel règne une concurrence effective.

Pour illustrer de manière tangible cette hypothèse, la Cour rappelle les considérations qui avaient guidé sont raisonnement dans l'arrêt du 10 juin 2010, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo* (aff. C-140/09, EU:C:2010:335, point 50). Elle souligne ainsi qu'il ne peut être exclu, d'une part, que *Tirrenia* ait été en concurrence avec des entreprises d'autres États membres sur les lignes internes maritimes concernées et, d'autre part, qu'elle ait été en situation de concurrence avec de telles entreprises sur des lignes internationales et que, en l'absence de comptabilité séparée pour ses différentes activités, il ait existé un risque de subventions croisées, c'est-à-dire un risque que les recettes tirées de son activité de cabotage ayant bénéficié des subventions en cause au principal aient été utilisées au profit d'activités exercées par elle sur lesdites lignes internationales.

En l'espèce, si elle laisse formellement à la juridiction de renvoi le soin d'apprécier l'existence d'une affectation du commerce et d'une distorsion de concurrence, la Cour n'hésite pas à aiguillonner vers une réponse positive, en soulignant que *“quand bien même le marché concerné n'était pas formellement libéralisé, il semble que ce marché, à l'époque des faits (...), était un marché concurrentiel et que les subventions accordées à Tirrenia étaient susceptibles d'affecter les échanges entre États membres et de fausser ou de menacer de fausser la concurrence”*. Difficile, dans ces conditions, pour la Cour de cassation italienne de nier que les subventions en cause remplittaient ces deux conditions.

En conclusion, la Cour indique que, pour autant que les subventions en cause relevaient, au moment de leur octroi, de la notion d'"aide d'État" en raison du fait qu'elles remplittaient tous les critères nécessaires à cet effet, ces mesures ne sauraient, en principe, être qualifiées d'aide existante en raison uniquement de l'absence formelle de libéralisation du marché concerné.

L'influence de l'expiration du délai de prescription pour la récupération d'aides illégales sur un recours introduit contre l'État membre ayant octroyé celles-ci

En second lieu, les juges italiens interrogeaient la Cour sur la question de savoir si, aux fins de la qualification des aides en cause d'aides existantes ou d'aides nouvelles, il convenait d'appliquer l'article 1^{er}, sous b), sous iv), du règlement n° 659/1999 ou les principes de protection de la confiance légitime et de la sécurité juridique.

Ils souhaitaient en fait savoir si cet article ou ces principes permettaient à l'Italie de s'affranchir d'indemniser le préjudice subi par *FTDM* en raison de l'octroi des aides illégales en cause.

S'agissant, tout d'abord, de l'applicabilité dudit article, la réponse de la Cour intervient en deux temps.

D'une part, elle se penche sur le libellé des articles 1^{er}, sous b), sous iv), et 15 du règlement n° 659/1999 [qui correspond à celui des actuels articles 1^{er}, sous b), sous iv), et 17 du règlement 2015/1589]. Elle en déduit, notamment, que la qualification d'une aide d'aide existante, en application de ces dispositions, dépend, en principe, de la question de savoir si la Commission a pris ou non des mesures à l'égard celle-ci dans le délai de prescription. Elle en déduit également que ce sont les pouvoirs de la Commission en matière de récupération des aides d'État qui sont soumis au délai de prescription de dix ans. Il est donc clair que ce ne sont que les pouvoirs de cette institution qui sont encadrés par ces articles.

D'autre part, elle évoque le rôle des juridictions nationales dans le système de contrôle des aides d'État. Elle rappelle ainsi que les juridictions nationales, qui doivent veiller à la sauvegarde des droits des justiciables en cas de violation de l'obligation de notification préalable des aides d'État, peuvent être amenées à accueillir des demandes d'indemnisation de dommages causés par l'aide d'État illégale aux concurrents du bénéficiaire.

Or, la Cour précise, *“dans le cadre de telles actions en dommages et intérêts, ces juridictions, en exerçant leurs fonctions de sauvegarde des droits des justiciables, jouissent d'une certaine indépendance par rapport à l'intervention de la Commission si bien que la possibilité de réclamer des dommages et intérêts est, en principe, indépendante de toute procédure d'examen parallèle menée par la Commission relative à l'aide en cause”*. En d'autres termes, la possibilité de réclamer des dommages et intérêts est, en principe, indépendante de toute procédure d'examen parallèle menée par la Commission relative à l'aide en cause.

Ce faisant, la Cour insiste sur le rôle particulier des juridictions nationales dans le cadre du système de contrôle des aides d'État et, surtout, sur la forme d'indépendance dont elles jouissent par rapport à la Commission, notamment lorsqu'elles sont saisies d'une action en dommages et intérêts, en l'absence de décision de la Commission. Ainsi, se dégage le principe selon lequel la possibilité de

réclamer des dommages et intérêts est, en règle générale, indépendante de toute procédure d'examen parallèle menée par la Commission relative à l'aide en cause.

De l'ensemble de ces considérations, la Cour déduit que l'expiration du délai de prescription de dix ans prévu à l'article 15, paragraphe 1, du règlement n° 659/1999 ne fait que limiter dans le temps les pouvoirs de la Commission en matière de récupération des aides d'État. Il ne saurait donc avoir pour effet de régulariser rétroactivement des aides d'État illégales, du seul fait qu'elles deviennent des aides existantes au sens de l'article 1^{er}, sous b), sous v), et, par suite, de priver de tout fondement juridique un recours en dommages et intérêts introduit contre l'État membre concerné par des particuliers et des concurrents affectés par l'octroi de l'aide en cause.

Logiquement, la Cour exclut donc que la définition de la notion d'“aide existante” figurant à l'article 1^{er}, sous b), sous iv), du règlement n° 659/1999 soit applicable en l'espèce.

S'agissant, ensuite, de l'invocabilité du principe de la protection de la confiance légitime, la Cour écarte sèchement cette hypothèse en soulignant que, dans le cas où des subventions ont été octroyées en violation de l'obligation de notification préalable, les entités étatiques ne sauraient se prévaloir du principe de la protection de la confiance légitime.

S'agissant, enfin, de l'application du principe de sécurité juridique, la Cour indique que, faute de disposition en ce sens en droit de l'Union, les seules règles de prescription applicables en l'espèce sont celles du droit national, interprétées à la lumière des principes d'effectivité et d'équivalence. Elle prend néanmoins soin de préciser qu'il serait contraire au principe de sécurité juridique d'appliquer par analogie le délai de dix ans prévu à l'article 15, paragraphe 1, du règlement n° 659/1999 à une action en dommages et intérêts intentée contre l'État membre concerné par un concurrent de la société bénéficiaire des aides d'État. Elle se fonde, à nouveau, sur l'objet même du délai de prescription qui est de limiter dans le temps les pouvoirs de la Commission en matière de récupération des aides d'État et non de faire obstacle à l'engagement devant le juge national de la responsabilité de l'État pour violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE.

En conclusion, ce sont principalement les précisions apportées par la Cour concernant le lien entre la qualification d'une aide comme étant une aide illégale comme étant existante et l'engagement de la responsabilité de l'État membre dispensateur de cette aide qui retiennent l'attention. En mettant nettement en avant le rôle spécifique des juridictions nationales dans le système de contrôle des aides d'État, ainsi que leur relative autonomie par rapport aux décisions de la Commission, la Cour adopte un positionnement clairement en faveur de la sauvegarde des droits des justiciables, en limitant, notamment, les possibilités, pour les États membres de s'affranchir de leur responsabilité en cas de violation de leurs obligations en matière d'aide d'État.

Il est enfin à noter, dans ce contexte, que les interrogations que nous avons pu nourrir quant à la solution

dégagée récemment à cet égard par le Conseil d'État français (CE, 25 oct. 2018, *Ryanair*, n° 408789, FR:CECHR:2018:408789.20181025, comm. R. Vuitton, *Concurrences* n° 1-2019, pp. 161-162) se confirment.

R. V. ■

Effet incitatif – Récupération : La Cour de justice de l'Union européenne clarifie les obligations des autorités nationales en matière de récupération d'aide illégale pour non-respect des conditions du règlement général d'exemption par catégorie (absence d'effet incitatif) et confirme l'absence de toute confiance légitime pour les bénéficiaires d'une aide illégalement octroyée, la récupération devant suivre les règles nationales de prescription et d'application des intérêts (*CJUE, 5 mars 2019, Eesti Pagar, aff. C-349/17, EU:C:2019:172*)

C'est en formation de grande chambre que la Cour vient confirmer et clarifier certains principes fondamentaux relatifs aux obligations des autorités nationales administratives confrontées à des aides illégales. La plupart de ces principes étaient déjà contenus dans la jurisprudence ou pouvaient très facilement être déduits de celle-ci mais l'arrêt de la Cour a le mérite de mettre les choses au clair. Et, on ne se plaindra pas d'un renvoi préjudiciel évitant toute confusion ou appréciation ambiguë des principes par des juridictions nationales.

Contexte factuel et juridique

L'affaire vient d'Estonie. La société *Eesti Pagar AS* s'est engagée fermement à acquérir une chaîne de production de pain moulé et de pain de mie. Quelques mois après, elle a présenté à la Fondation pour le développement de l'entreprise (*Ettevõtluse Arendamise Sihtasutus, EAS*) une demande d'aide à cette fin. L'aide, cofinancée à partir du Fonds européen de développement régional (*FEDER*) lui a été versée par l'EAS. Quelques années plus tard, l'EAS s'est ravisée en constatant, à la suite d'un contrôle *ex post*, que la condition d'effet incitatif de l'aide prévue par le règlement général d'exemption par catégorie avait été méconnue. L'aide devant donc être considérée comme illégale octroyée, l'EAS en a exigé le remboursement avec intérêts.

À la suite de plusieurs recours administratifs et judiciaires jusqu'à la Cour suprême d'Estonie. Celle-ci a partiellement annulé un arrêt de rejet du recours formé par *Eesti Pagar* contre la décision de récupération de l'aide illégale. Il est étonnant de constater que la Cour suprême avait notamment jugé (voir point 30 de l'arrêt de la Cour qui rapporte les termes de cette Cour suprême) qu'un engagement ferme d'acheter des équipements avant d'introduire une demande d'aide n'excluait pas un effet incitatif "*lorsque l'acheteur peut se délier sans difficultés excessives du contrat en cas de refus de l'aide, ce qui n'apparaîtrait pas exclu en l'espèce*"; qu'aucune disposition du

droit de l'Union n'obligerait expressément et impérativement les États membres à récupérer une aide illégale sans décision de la Commission et qu'en conséquence, "*la récupération d'une telle aide à l'initiative de l'État membre concerné relève d'une décision discrétionnaire de ses autorités*"; que, dans le cadre de la récupération d'une aide à l'initiative de l'État membre concerné, il conviendrait "*de procéder à une appréciation discrétionnaire en prenant en compte la confiance légitime du bénéficiaire, qui peut naître de l'action d'une autorité nationale*". Dans ces conditions, on sera gré à la Cour d'appel de Tallinn, devant laquelle l'affaire était revenue (et devant laquelle la Commission européenne était intervenue à titre d'*amicus curiae*), d'avoir bien voulu renvoyer l'affaire titre préjudiciel pour permettre à la Cour de justice de confirmer certains principes de droit européen qu'on croyait bien connu.

Les cinq questions préjudicielles à la Cour de justice portent en substance sur les points suivants :

- la notion d'effet incitatif, et plus particulièrement celle de "*réalisation du projet ou de l'activité*", prévue par le règlement général d'exemption par catégorie (l'article 8, paragraphe 2, du règlement n° 800/2008 de la Commission applicable à l'époque);
- l'obligation incombant aux autorités nationales de récupérer de leur propre initiative une aide illégale;
- l'interprétation du principe général du droit de l'Union de la protection de la confiance légitime en matière de récupération d'une aide illégale;
- le délai de prescription applicable à la récupération par les autorités nationales de leur propre initiative d'une aide illégale;
- l'obligation pour les États membres de réclamer, lors d'une telle récupération, des intérêts.

Sur la notion d'effet incitatif

La Cour rappelle tout d'abord que le règlement général d'exemption par catégorie est un "*tempérament à la règle générale que constitue l'obligation de notification*" et que ses dispositions du règlement doivent donc être entendues de manière stricte. Ses objectifs consistant à "*assurer une surveillance efficace des règles de concurrence en matière d'aides d'État*", à "*simplifier la gestion administrative et à augmenter la transparence et la sécurité juridique*" et à "*assurer une application cohérente à travers l'Union des conditions d'exemption prévues*", les critères pour son application doivent être "*clairs et simples à appliquer par les autorités nationales*" (point 61).

En l'occurrence, selon l'article 8, paragraphe 2, du règlement n° 800/2008 qui était applicable, les aides accordées aux PME sont "*réputées avoir un effet incitatif si, avant le début de la réalisation du projet ou de l'activité en question, le bénéficiaire a présenté une demande d'aide à l'État membre concerné*" (point 62). Selon la Cour, le critère prévu par le règlement d'exemption (antériorité de la demande d'aide par rapport au début de l'exécution du projet d'investissement) constitue "*un critère simple, pertinent et adéquat permettant à la Commission de présumer*

l'effet incitatif de l'aide projetée" (point 64). La Commission, en adoptant le règlement ayant *"en substance, exercé ex ante, (...), les compétences que lui confère l'article 107, paragraphe 3, TFUE pour toutes les aides remplissant les critères prévus par ledit règlement, et seulement pour celles-ci"*, les autorités nationales doivent de leur côté *"vérifier, avant l'octroi d'une aide au titre de ce règlement, le respect des conditions relatives au caractère incitatif"* (points 65 et 66). La Cour précise (points 67 à 68) que le rôle de ces autorités doit se limiter à ce contrôle simple. Elles ne doivent pas l'existence ou non d'un effet incitatif réel (qui n'est d'ailleurs pas un critère clair et simple à appliquer dès lors que sa vérification requerrait d'effectuer, au cas par cas, des appréciations économiques complexes).

En l'espèce, la Cour juge qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si *Eesti Pagar* avait pris, avant la présentation de sa demande d'aide, *"des engagements inconditionnels et juridiquement contraignants, de sorte qu'elle devait être considérée, quels que soient les frais de dédit desdits contrats, comme étant inéligible au régime d'aide en cause au principal"* (point 81). Elle juge néanmoins que la *"réalisation du projet ou de l'activité"*, au sens du règlement d'exemption, doit être interprétée comme ayant débuté *"lorsqu'une première commande d'équipements destinés à ce projet ou à cette activité a été effectuée au moyen de la conclusion d'un engagement inconditionnel et juridiquement contraignant avant la présentation de la demande d'aide, quels que soient les éventuels frais de dédit de cet engagement"* (point 82).

Sur l'obligation incombant aux autorités nationales de récupérer de leur propre initiative une aide illégale

Cette question peut paraître étonnante après 50 ans de jurisprudence en matière d'application au niveau national des règles d'aides d'État. Il est évident que les "autorités nationales" (au même titre que les juridictions nationales) sont obligées de récupérer de leur propre initiative une aide illégale, même cofinancée à partir d'un fonds structurel. Mais, vu les interrogations dans le litige en cause, il n'était pas inutile de le confirmer explicitement dans un arrêt préjudiciel.

La Cour rappelle bien sûr qu'une aide octroyée en application du règlement d'exemption mais en méconnaissance de ses conditions, est une aide octroyée *"en violation de l'obligation de notification et doit, partant, être considérée comme étant illégale"* (point 87). Il s'agit donc d'une violation de l'article 108, paragraphe 3, dernière phrase, TFUE qui revêt un effet direct. La Cour rappelle ensuite que *"toute disposition du droit de l'Union remplissant les conditions requises pour produire un effet direct s'impose à toutes les autorités des États membres, à savoir non seulement les juridictions nationales, mais également tous les organes de l'administration, y compris les autorités décentralisées, et ces autorités sont tenues d'en faire application"* (point 90). En conséquence, *"lorsqu'une autorité nationale constate qu'une aide qu'elle a octroyée en application du règlement n° 800/2008 ne remplit pas les conditions posées pour bénéficier de l'exemption prévue par ce*

règlement, il lui incombe, mutatis mutandis, de respecter les mêmes obligations que celles évoquées [à propos des juridictions nationales], dont celle de récupérer de sa propre initiative l'aide illégalement octroyée" (point 92). La Cour confirme enfin que le fondement juridique de cette obligation est bien entendu l'article 108, paragraphe 3, TFUE et que tous ces principes s'appliquent aux aides cofinancées à partir d'un fonds structurel, leurs règlements pertinents rappelant ces obligations.

Sur la protection de la confiance légitime en matière de récupération d'une aide illégale

Il était évident que le bénéficiaire ne peut, en principe, invoquer une protection de sa confiance légitime qui proviendrait de l'autorité nationale lorsqu'une aide lui a été illégalement octroyée. Mais, un arrêt de principe de la Cour confirmant et clarifiant encore ces questions n'est pas inutile.

La Cour rappelle ainsi que la protection de la confiance légitime ne peut provenir que *"des assurances précises, inconditionnelles et concordantes, émanant de sources autorisées et fiables, (...) fournies à l'intéressé par les autorités compétentes de l'Union"* (point 97). La Cour confirme ensuite que *"d'une part, les entreprises bénéficiaires d'une aide ne sauraient avoir, en principe, une confiance légitime dans la régularité de l'aide que si celle-ci a été accordée dans le respect de la procédure prévue à cet article et, d'autre part, un opérateur économique diligent doit normalement être en mesure de s'assurer que cette procédure a été respectée. En particulier, lorsqu'une aide est mise à exécution sans notification préalable à la Commission, de sorte qu'elle est illégale en vertu de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, le bénéficiaire de l'aide ne peut avoir, à ce moment, une confiance légitime dans la régularité de l'octroi de celle-ci (...)"* (point 98).

La Cour ensuite apporte une qualification juridique intéressante au rôle des autorités nationales dans l'application du règlement d'exemption. Celles-ci ne sauraient être considérées comme étant investies *"de la compétence de prendre une décision définitive concluant à l'absence d'obligation de notifier l'aide demandée à la Commission, au titre de l'article 108, paragraphe 3, TFUE"* (point 101). En effet, le règlement d'exemption appliquant les principes de l'article 107, paragraphe 3, TFUE *"pour toutes les aides remplissant les critères prévus par ce règlement, et seulement pour celles-ci"*, la Commission n'a pas pu conférer de "pouvoir décisionnel aux autorités nationales en ce qui concerne l'étendue de l'exemption de notification". Ces autorités se trouvent donc *"sur le même plan que les bénéficiaires potentiels d'aides" et doivent "s'assurer que leurs décisions se conforment audit règlement, faute de quoi s'enclenchent les conséquences"* qui découlent de la violation de l'article 108, paragraphe 3, TFUE (point arrêt 102).

Appliquer erronément le règlement d'exemption (notamment en se trompant sur la condition simple de l'existence d'un effet incitatif) entraîne pour l'autorité nationale octroyant l'aide en cause une méconnaissance tant des dispositions de ce règlement que de l'article 108, paragraphe 3, TFUE et donc l'octroi d'une aide illégale.

Or, il est bien connu que *“le principe de protection de la confiance légitime ne peut être invoqué à l’encontre d’une disposition précise d’un texte de droit de l’Union et que le comportement d’une autorité nationale chargée d’appliquer le droit de l’Union, qui est en contradiction avec ce dernier, ne saurait fonder, à l’égard d’un opérateur économique, une confiance légitime à bénéficier d’un traitement contraire au droit de l’Union (...)”* (point 104).

En l’espèce, l’autorité nationale en cause, l’EAS, ne peut avoir créé à l’égard du bénéficiaire *Eesti Pagar* une quelconque confiance légitime dans la régularité de l’aide reçue.

Sur le délai de prescription applicable à la récupération par les autorités nationales de leur propre initiative d’une aide illégale

Pour la récupération de l’aide illégale octroyée en violation du règlement d’exemption, quel délai de prescription s’applique ? Le délai de prescription de dix ans visé au règlement de procédure (article 15 du règlement n° 659/1999, à présent article 16 du règlement n° 2015/189), celui de quatre ans visé à l’article 3, paragraphe 1, du règlement n° 2988/95 (applicable à l’époque) ou celui prévu par le droit national applicable ?

La Cour tout d’abord exclut enfin toute application de la prescription du règlement de procédure à l’égard des autorités nationales (ou juridictions nationales). On s’étonne d’ailleurs que la Commission cherchait à prétendre le contraire en l’espèce. Il est clair en effet qu’il n’y a pas de réglementation de l’Union en la matière et que *“la récupération de l’aide illégale doit s’effectuer conformément aux modalités de mise en œuvre prévues par le droit national applicable”* (point 108).

Le règlement de procédure *“ne contient aucune disposition relative aux pouvoirs et aux obligations des juridictions nationales, lesquels restent régis par les dispositions du traité, telles qu’interprétées par la Cour”* (point 110) et ceci vaut *“tout autant s’agissant des pouvoirs et des obligations des autorités administratives nationales”* (point 111).

La Cour précise utilement également, se référant aux conclusions du premier avocat général Wathelet, que la Commission peut intervenir dans le délai de dix ans même si un délai national plus court était par ailleurs expiré : *“la seule circonstance que des règles de prescription nationales sont en principe applicables à la récupération d’une aide illégalement octroyée, de la propre initiative des autorités nationales, est sans préjudice de la possibilité que la récupération de cette aide ait lieu ultérieurement, en exécution d’une décision en ce sens de la Commission qui, lorsqu’elle a en sa possession des informations concernant la prétendue illégalité de ladite aide, quelle que soit la source de ces informations, après l’expiration des délais de prescription nationaux, demeure libre de se saisir, dans le délai de dix ans visé à l’article 15 du règlement n° 659/1999, de l’examen de ladite aide”* (point 114).

S’agissant de la prescription de quatre ans prévue par le règlement sur les fonds structurels, celle-ci s’applique

dès lors qu’il existe une irrégularité portant atteinte aux intérêts financiers de l’Union. Mais, l’irrégularité en cause doit résulter d’un acte ou d’une omission d’un opérateur économique et non pas d’erreurs des autorités nationales octroyant un avantage financier au nom et pour le compte du budget de l’Union (point 119). Toutefois, comme le demandeur d’une aide doit s’assurer qu’il remplit les conditions prévues par le règlement d’exemption pour en bénéficier, *“l’octroi d’une aide en méconnaissance de ces conditions ne saurait être considérée comme résultant exclusivement d’une erreur commise par l’autorité nationale concernée”* (point 120).

En l’espèce, une irrégularité a été commise par *Eesti Pagar* (ce que la juridiction de renvoi devra confirmer) et le délai de prescription de quatre ans s’applique ou, à défaut, le délai prévu par le droit national applicable.

Sur l’obligation pour les États membres de réclamer, lors d’une telle récupération, des intérêts

L’affaire en cause concerne une aide illégale et sa récupération par l’autorité administrative l’ayant octroyée à tort.

La Cour rappelle ses principes selon lesquels *“la conséquence logique de la constatation de l’illégalité d’une aide est sa suppression par voie de récupération afin de rétablir la situation antérieure. En effet, le principal objectif visé par la récupération d’une aide d’État versée illégalement est d’éliminer la distorsion de concurrence causée par l’avantage concurrentiel procuré par une telle aide. Or, par le remboursement de l’aide, le bénéficiaire perd l’avantage dont il disposait sur le marché par rapport à ses concurrents et la situation antérieure au versement de l’aide est rétablie (...)”* (point 131).

La Cour rappelle son arrêt *CELF I* dans lequel elle avait jugé que pour le bénéficiaire d’une telle aide illégale, *“l’avantage indu aura consisté également dans le non-versement des intérêts qu’il aurait acquittés sur le montant en cause de l’aide, s’il avait dû emprunter ce montant sur le marché pendant la durée de l’illégalité, ainsi que dans l’amélioration de sa position concurrentielle face aux autres opérateurs du marché pendant ladite durée”* (voir, en ce sens, arrêt du 12 février 2008, *CELF et ministre de la Culture et de la Communication*, aff. C-199/06, EU:C:2008:79, point 51)” (point 132).

La Cour confirme donc, bien entendu, que l’autorité nationale doit, en application de l’article 108, paragraphe 3, TFUE, *“ordonner au bénéficiaire de l’aide le paiement d’intérêts au titre de la période d’illégalité”* (point 134).

Comme il n’existe pas de réglementation de l’Union en la matière (au contraire de la récupération par la Commission), *“la récupération de l’aide illégale doit s’effectuer conformément aux règles du droit national applicable”* (point 135). Les dispositions du règlement de procédure et de son règlement d’application ne peuvent être appliquées *“indirectement ou par analogie”* (point 136).

La réglementation nationale applicable doit bien entendu respecter les principes d'équivalence et d'effectivité). La récupération de l'aide illégale doit être intégrale et le bénéficiaire doit payer des intérêts *“au titre de l'ensemble de la période durant laquelle il a bénéficié de cette aide et à un taux égal à celui qui aurait été appliqué s'il avait dû emprunter le montant de l'aide en cause sur le marché au cours de ladite période”* (point 141).

J. D. ■

Énergies renouvelables – Ressources d'État : La Cour de justice de l'Union européenne estime que des fonds alimentés par des contributions obligatoires imposées par la législation d'un État membre, gérés et répartis conformément à cette législation par une entité privée, ne constituent pas des ressources d'État, et annule en conséquence un arrêt du Tribunal de l'Union européenne et une décision de la Commission européenne (CJUE, 28 mars 2019, *Allemagne c/ Commission*, aff. C-405/16 P, EU:C:2019:268)

L'arrêt de la Cour du 28 mars 2019 concerne un système de soutien à l'énergie renouvelable. Il présente un intérêt important en ce qui concerne la notion de ressources d'État et en privilégie une conception restrictive qui ne semble pas exempte d'un certain formalisme.

L'arrêt du Tribunal qu'il annule (Trib. UE, 10 mai 2016, *Allemagne c/ Commission*, aff. T-47/15, voir commentaire dans *Concurrences* n° 3-2016, p. 130) semblait s'inscrire dans une tendance jurisprudentielle consolidée s'attachant à la réalité du contrôle de l'État sur les ressources employées lors d'une intervention pour déterminer si elles constituaient ou non des ressources d'État. Il donnait une interprétation stricte de la jurisprudence *PreussenElektra* (CJUE, 13 mars 2001, aff. C-379/98).

Ici, de manière quelque peu surprenante, la Cour prend le contre-pied de l'analyse suivie par le Tribunal et par la Commission dans la décision attaquée et semble bien procéder à une innovation jurisprudentielle.

Le système de soutien à l'énergie renouvelable mis en place par l'Allemagne présentait principalement les caractéristiques suivantes :

- Les producteurs d'électricité disposent d'un accès privilégié aux réseaux de distribution. Les gestionnaires de réseaux doivent leur verser un prix fixé par la loi. Les obligations assumées par les gestionnaires de réseaux de distribution sont transmises aux gestionnaires de réseaux de transport interrégional à haute et très haute tension, les “GRT”, pour la plupart privés, qui constituent le véritable pilier de ce système ;

- Ces GRT bénéficient d'une compensation au niveau fédéral pour les quantités d'électricité verte injectées

dans leur réseau lorsqu'elles sont supérieures aux quantités d'électricité verte livrées par les fournisseurs d'électricité aux clients finals situés dans leur zone. Par ailleurs, si le prix obtenu par les GRT ne leur permet pas de couvrir la charge financière que leur impose l'obligation légale de rémunérer cette électricité verte, ils peuvent obtenir des fournisseurs qui approvisionnent les clients finals qu'ils leur versent la différence (le “prélèvement EEG”). En pratique les prélèvements EEG sont répercutés par les distributeurs, comme la loi les y autorise, sur les clients finals ;

- Les entreprises grandes consommatrices d'énergie bénéficient par ailleurs d'un “régime de compensation spécial”, qui leur permet d'obtenir un plafonnement du prélèvement EEG répercuté sur elles.

La Commission a considéré que ce système constituait un régime d'aides d'État (compatible pour l'essentiel) en faveur des producteurs d'électricité verte et des entreprises grandes consommatrices d'énergie. Le Tribunal a confirmé cette appréciation en première instance.

Dans l'arrêt sur pourvoi, la Cour se concentre sur la première branche du premier moyen de pourvoi qui concerne l'utilisation de ressources d'État.

Rappel et inflexion du concept de ressources d'État

Aux points 52 à 59 de l'arrêt, elle rappelle, de manière très classique, que la jurisprudence retient une conception large de la notion de ressources d'État. Elle souligne ainsi qu'*“une mesure consistant, notamment, en une obligation d'achat d'énergie peut relever de la notion d'aide, bien que ne comportant pas un transfert de ressources d'État”* (point 56), que *“l'article 107, paragraphe 1, TFUE englobe, en effet, tous les moyens pécuniaires que les autorités publiques peuvent effectivement utiliser pour soutenir des entreprises, sans qu'il soit pertinent que ces moyens appartiennent ou non de manière permanente au patrimoine de l'État”* (point 57), que *“des fonds alimentés par des contributions obligatoires imposées par la législation de l'État, gérés et répartis conformément à cette législation, peuvent être considérés comme des ressources d'État, au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, même s'ils sont gérés par des entités distinctes de l'autorité publique”* (point 58), *“[l']élément décisif, à cet égard, [étant] constitué par le fait que de telles entités sont mandatées par l'État pour gérer une ressource d'État, et non pas simplement tenues à une obligation d'achat au moyen de leurs ressources financières propres”* (point 59).

Au point 60 de l'arrêt, l'analyse de la Cour bascule vers une conception restrictive de cette même notion qui, en dépit des quelques références jurisprudentielles qu'elle évoque, correspond à une lecture nouvelle de cette dernière. La Cour énonce ainsi, de manière déterminante, qu'*“aux fins d'établir si l'avantage accordé au bénéficiaire grève le budget de l'État, il importe de vérifier s'il existe un lien suffisamment direct entre, d'une part, cet avantage et, d'autre part, une diminution dudit budget, voire un risque économique suffisamment concret de charges le grevant”*.

La portée exacte de la formule employée sera certainement sujette à un débat et devra être précisée par d'autres arrêts. En effet, que peut bien signifier la notion d'avantage grevant concrètement le budget de l'État dans l'hypothèse de fonds qui précisément, ne transitent pas par le budget général ?

L'application de cette notion au cas d'espèce et la manière dont la Cour distingue ce cas de situations ayant donné lieu à d'autres arrêts concluant à l'existence d'avantages financés par des ressources d'État permettent de mieux cerner le sens de la formule, en réalité assez abstraite, employée au point 60 de l'arrêt.

Le lien entre ressources de l'État, politique de l'État et taxe imposée par l'État

La Cour considère tout d'abord que le constat selon lequel l'EEG procédait de la mise en œuvre d'une politique publique de soutien aux producteurs d'électricité verte se rapporte à l'imputabilité de la mesure à l'État et n'est pas suffisant pour caractériser l'existence de ressources d'État. En d'autres termes, il faut ci quelque chose de plus que l'imputabilité de la mesure à l'État.

Ensuite, elle écarte successivement les autres éléments utilisés par le Tribunal au soutien de sa conclusion.

La Cour estime qu'il n'est pas suffisant qu'en pratique les fournisseurs d'électricité répercutent sur les clients finals la charge financière résultant du prélèvement EEG pour que cette charge puisse être qualifiée de charge unilatéralement imposée par la loi que les consommateurs étaient tenus de payer et donc assimilée à une taxe. Le fait que cette répercussion soit une conséquence prévue et organisée par le législateur allemand et qu'il s'agisse donc d'une obligation *de facto* pour le consommateur n'est pas déterminant.

La Cour distingue le prélèvement EEG de celui qui était en cause dans l'affaire *Essent* (CJUE, 17 juillet 2008, aff. C-206/06) et que les consommateurs étaient tenus de payer en vertu d'une obligation légale (par opposition à une obligation de fait). C'est la partie de l'arrêt qui s'éloigne le plus ostensiblement de la doctrine des effets et qui privilégie le formalisme juridique sur toute autre considération.

Cela étant, la Cour admet que le prélèvement EEG pourrait constituer une ressource d'État, même s'il ne constitue pas une taxe dès lors que les fonds générés par ce prélèvement demeurent constamment sous contrôle public et donc à la disposition des autorités publiques. Or, la Cour estime que tel n'est pas le cas.

Qu'est-ce qu'une ressource à la disposition des autorités publiques ou sous contrôle des autorités publiques ?

La Cour observe qu'il existe une emprise certaine de l'État sur les mécanismes établis par l'EEG de 2012 sur la base des constatations du Tribunal : les fonds issus du prélèvement EEG étaient gérés à des fins d'intérêt public par les GRT suivant des modalités préalablement définies par les législateurs et affectés au financement des régimes de soutien et de compensation, à l'exclusion de toute autre fin. Cependant, elle considère que cette emprise certaine n'est pas assimilable à un pouvoir de disposition des fonds, l'affectation légale préalable des fonds à une fin exclusive militant même contre l'idée d'une telle disposition.

La distinction entre les concepts d'emprise certaine de l'État sur le mécanisme créé et de disposition des fonds est, là encore, une innovation jurisprudentielle.

En ce qui concerne le critère organique de soumission des GRT au contrôle public, la Cour refuse également de suivre l'analyse du Tribunal et estime qu'il n'est pas démontré que les GRT restent constamment sous contrôle public, ni même qu'ils aient été soumis à un contrôle public.

À cet égard, il met l'accent sur une distinction entre contrôle de la bonne exécution de l'EEG de 2012 et contrôle public sur les fonds générés par les prélèvements EEG eux-mêmes, ce qui constitue une innovation supplémentaire.

Il ne lui restait plus alors qu'à tenter de réconcilier cette orientation nouvelle avec la solution de l'arrêt *Vent de Colère* (CJUE, 19 déc. 2013, aff. C-262/12), qui semblait aller dans une toute autre direction. Cela conduit la Cour à identifier deux différences essentielles entre ces deux affaires :

- le principe de couverture intégrale de l'obligation d'achat par l'État français, qui obligeait ce dernier à un apurement du passé et à une couverture intégrale des surcoûts imposés aux entreprises dans l'hypothèse où le montant des contributions collectées auprès des consommateurs finals d'électricité serait insuffisant pour couvrir ces surcoûts ;
- le fait que les sommes visant à compenser les surcoûts résultant de l'obligation d'achat soient confiées à une personne publique (la Caisse des dépôts et consignations) agissant pour le compte d'une autorité administrative indépendante.

Conceptuellement, la Cour justifie l'importance de ces différences par le fait que la première entraîne, dans le cas *Vent de Colère*, une diminution, à tout le moins potentielle, du budget étatique et la deuxième caractérise l'exercice d'un contrôle public. Il aurait donc fallu que l'un ou l'autre de ces éléments soit présent dans la présente affaire pour modifier la conclusion de la Cour.

En retenant une conception formaliste de la notion de taxe, puis en attachant une grande importance au fait que les ressources en cause transigent ou non par le budget de l'État et appartiennent ou non à une entité publique ou soient gérées par de telles entités, la Cour semble ici se focaliser, non plus sur la réalité du contrôle exercé par l'État sur ces ressources, mais sur la forme que prend ce contrôle et sur les mécanismes techniques qu'il mobilise. Il est probable que la Cour cherche à préciser, dès qu'elle en aura l'occasion, les conséquences, potentiellement importantes, de cet arrêt

B. S. ■

2. Tribunal

Régime fiscal – Sélectivité – Confiance légitime : Le Tribunal de l'Union européenne confirme les décisions de la Commission européenne qualifiant le régime fiscal espagnol d'aide incompatible avec le marché intérieur

(Trib. UE, 15 nov. 2018, *Deutsche Telekom AG*, aff. T-207/10, EU:T:2018:786)

(Voir également les autres arrêts du même jour : Trib. UE, 15 nov. 2018, *Banco Santander*, aff. T-227/10, EU:T:2018:785 ; Trib. UE, 15 nov. 2018, *Sigma Alimentos Exterior*, aff. T-239/11, EU:T:2018:781 ; Trib. UE, 15 nov. 2018, *Axa Mediterranean*, aff. T-405/11, EU:T:2018:780 ; Trib. UE, 15 nov. 2018, *Prosegur Compañía de Seguridad*, aff. T-406/11, EU:T:2018:793 ; Trib. UE, 15 nov. 2018, *World Duty Free Group*, aff. T-219/10 RENV, EU:T:2018:784 ; Trib. UE, 15 nov. 2018, *Banco Santander et Santusa*, aff. T-399/11 RENV, EU:T:2018:787)

Le 15 novembre 2018, le Tribunal a rendu plusieurs arrêts qui font suite à l'arrêt *World Duty Free* du 21 décembre 2016 (aff. C-20/15 P et C-21/15 P - voir notre commentaire dans *Concurrences*, n° 1-2017, pp. 153-163) qui avait annulé deux arrêts du Tribunal (arrêts du 7 nov. 2014, aff. T-219/10, *Autogrill España* et aff. T-399/11, *Banco Santander*) à propos du régime fiscal espagnol en cause. La Cour avait renvoyé les affaires au Tribunal, qui avait suspendu la procédure dans les autres affaires. Le Tribunal a adopté ses nouveaux arrêts le même jour, sur renvoi et sur les affaires en suspens.

Le Tribunal rejette les recours contre les décisions de la Commission concernant le régime fiscal espagnol permettant aux entreprises d'amortir la survaleur financière (*goodwill*) en cas de prise de participation dans une société qui n'est pas fiscalement domiciliée en Espagne (d'au moins 5 % et détenue de manière ininterrompue pendant au moins un an).

Contexte factuel et procédural

Le Tribunal ne peut qu'appliquer servilement la position de la Cour en rejetant les recours contre les décisions de la Commission.

Selon le droit fiscal espagnol, l'amortissement de la survaleur financière n'est permise qu'en cas de regroupement d'entreprises. Toutefois, en 2001, une modification de la loi relative à l'impôt des sociétés a permis aux sociétés résidentes fiscales espagnoles de déduire, sous la forme d'un amortissement, la survaleur financière en cas de prise de participation étrangère. En réponse à plusieurs questions écrites de membres du Parlement européen, la Commission avait notamment répondu ce suit en 2006 : *“La Commission n'est pas en mesure de confirmer si les offres élevées des entreprises espagnoles sont dues à la législation fiscale espagnole qui permet aux entreprises d'amortir la survaleur financière plus rapidement que leurs homologues françaises ou italiennes. La Commission est toutefois en mesure de confirmer que ces législations nationales n'entrent pas dans le champ d'application des règles relatives aux aides d'État, mais qu'elles constituent plutôt des règles générales de dépréciation applicables à toutes les entreprises en Espagne”*.

Sur la base d'informations complémentaires et de la plainte de *Deutsche Telekom*, la Commission a ouvert une procédure formelle d'examen et, par décision du 28 octobre 2009, a déclaré incompatible avec le marché intérieur le régime espagnol (décision du 12 janvier 2011 pour les prises de participations réalisées en dehors de l'Union). Cependant, la décision de 2009 a permis au régime litigieux de continuer à s'appliquer durant toute la période d'amortissement prévue par ledit régime aux prises de participations opérées avant la publication au Journal officiel de l'Union européenne, le 21 décembre 2007, de la décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen et aux prises de participations dont la réalisation, subordonnée à l'autorisation d'une autorité de régulation à laquelle l'opération a été notifiée avant cette date, était irrévocablement engagée avant le 21 décembre 2007.

En 2014, le Tribunal avait jugé que le régime fiscal en cause ne pouvait pas être considéré comme une mesure d'aide d'État car il ne remplissait pas le critère de sélectivité, l'avantage fiscal étant, *a priori*, accessible à toute entreprise. En revanche, en annulant cet arrêt, la Cour a considéré que le Tribunal avait mal appliqué le critère de sélectivité : le seul critère pertinent pour établir la sélectivité d'une mesure fiscale nationale consiste à déterminer si la mesure est de nature à favoriser certaines entreprises par rapport à d'autres qui sont dans une situation factuelle et juridique comparable et qui subissent un traitement différent qui peut être qualifié de discriminatoire.

Jugeant à nouveau l'affaire, le Tribunal est bien obligé de suivre la position de la Cour et de conclure que la mesure est sélective, même si l'avantage est accessible à toutes les entreprises assujetties à l'impôt des sociétés en Espagne. Ainsi, une mesure peut être sélective même si la différence de traitement repose sur le seul choix d'une entreprise de bénéficier d'une mesure ou non.

Le cas d'espèce de *Deutsche Telekom* est l'occasion pour le Tribunal d'examiner la portée du principe de la protection de la confiance légitime. Le Tribunal reconnaît le droit de se prévaloir du principe de sécurité juridique et confirme l'application de la mesure fiscale en cause et la non-récupération de l'aide octroyée pour les acquisitions réalisées avant le 21 décembre 2007 ou pour les opérations dans lesquelles une obligation irrévocable pour acquérir la participation avait été conclue avant cette date. Cette exception protège la confiance légitime des bénéficiaires.

La demande de non-lieu à statuer

La Commission faisait valoir que la requérante avait perdu son intérêt à agir. Le Tribunal rappelle que *“l'intérêt à agir d'une partie requérante doit, au vu de l'objet du recours, exister au stade de l'introduction de celui-ci sous peine d'irrecevabilité”* et que *“cet objet doit perdurer, tout comme l'intérêt à agir, jusqu'au prononcé de la décision juridictionnelle sous peine de non-lieu à statuer”* (point 22).

La Commission soutenait qu'il résultait de circonstances postérieures à l'introduction du recours que la disposition attaquée ne permettait pas à *Telefónica*, concurrente de la requérante, d'appliquer le régime litigieux et ainsi ne l'avait pas avantagée lors de l'acquisition de la société *O2* et que, donc, la requérante n'avait plus intérêt à demander l'annulation de la disposition attaquée pour obtenir la disparition rétroactive de l'avantage octroyé à sa concurrente.

Le Tribunal juge que la circonstance alléguée par la Commission et prétendument apparue postérieurement à l'introduction du recours, selon laquelle *Telefónica* n'aurait pas pu bénéficier du régime litigieux déclaré illégal par la décision attaquée lors de sa prise de participation dans la société *O2* et n'aurait pas été autorisée par la disposition attaquée à appliquer ledit régime au titre de cette prise de participation, n'est pas susceptible de remettre en cause l'intérêt à agir de la requérante. S'il en était autrement et, en particulier, s'il était exigé des parties intéressées qu'elles établissent au surplus leur qualité de concurrent d'un bénéficiaire effectif du régime litigieux examiné par la décision attaquée, cela reviendrait à confondre la condition de recevabilité qu'est l'intérêt à agir, qui doit perdurer jusqu'à la clôture du recours, avec celle de la qualité pour agir, qui constituent pourtant des conditions distinctes qu'une personne physique ou morale doit remplir de façon cumulative (points 28 et 29).

Le moyen unique tiré de l'application erronée du principe de protection de la confiance légitime

La requérante soulève un seul moyen unique basé sur une application erronée du principe de la protection de la confiance légitime. La requérante soutient que la Commission a considéré, à tort, qu'elle devait appliquer ce principe en faveur de certains bénéficiaires du régime litigieux alors que les conditions d'application de ce principe n'étaient pas réunies.

La conséquence logique d'une décision négative concernant une aide illégale et incompatible est sa récupération auprès de son bénéficiaire, sauf si cela va à l'encontre d'un principe général de droit de l'Union, tel que le principe de protection de la confiance légitime, corollaire du principe de sécurité juridique.

En outre, le Tribunal rappelle que la confiance légitime peut protéger les bénéficiaires d'une aide non notifiée dans des circonstances exceptionnelles. En principe, étant donné le rôle fondamental que joue la notification pour permettre un contrôle effectif des aides d'État par la Commission, les bénéficiaires d'une aide ne sauraient avoir une confiance légitime dans la régularité de l'octroi de ladite aide que si elle avait été accordée selon la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 3, TFUE. Le Tribunal estime toutefois que des circonstances exceptionnelles peuvent être justifiées au regard du statut différent des États membres et des bénéficiaires en ce qui concerne l'obligation de notification, seul l'État membre ayant une telle obligation (point 42). L'alternative, selon laquelle le bénéficiaire ne pourrait pas invoquer la confiance légitime simplement sur la base de l'absence de notification, priverait l'article 14 du règlement n° 659/1999 (à présent article 16 du règlement n° 2015/189), qui a été spécifiquement adopté pour limiter la récupération des aides si elle devait aller à l'encontre d'un principe général du droit (point 43).

La requérante conteste l'existence en l'espèce de circonstances exceptionnelles susceptibles de justifier l'application du principe de protection de la confiance légitime en arguant que les conditions d'application du principe ne sont pas remplies (la Commission ayant utilisé ce principe pour limiter la récupération à la période postérieure au 21 décembre 2007 comme indiqué ci-dessus).

Le Tribunal rappelle les trois conditions cumulatives de l'application de ce principe : i) des assurances précises, inconditionnelles et concordantes, émanant de sources autorisées et fiables, doivent avoir été fournies à l'intéressé par l'administration ; ii) ces assurances doivent être de nature à faire naître une attente légitime dans l'esprit de celui auquel elles s'adressent ; iii) les assurances données doivent être conformes aux normes applicables (point 46).

La requérante ne conteste que les deux premières conditions et une condition supplémentaire résultant de certains arrêts exigeant que le principe ne devrait pas contrevenir à un intérêt public péremptoire.

En ce qui concerne la première condition, la Commission a déduit l'existence d'assurances précises fournies par l'administration de l'Union des réponses données au nom de la Commission à deux questions parlementaires. Le Tribunal estime qu'il ne pouvait être déduit de la jurisprudence que seuls les actes spécifiquement adressés ou destinés à des opérateurs sont susceptibles de faire naître à leur égard une confiance légitime. En effet, l'intéressé ne doit pas être formellement le destinataire de l'acte source d'assurances précises. De plus le Tribunal souligne que le but même de la procédure des questions parlementaires

“*visé à informer les représentants des citoyens réunis au sein du Parlement de la position de l’institution destinataire de la question, en l’espèce la Commission, (...), sur des sujets de préoccupation de ces citoyens, permettant ainsi à ceux-ci de déterminer leur action en fonction*” (point 59).

En ce qui concerne la deuxième condition, seule une confiance “légitime” peut être protégée. Compte tenu du fait que le Tribunal prend en compte le domaine ou l’objet de la confiance légitime et que l’appréciation de la Commission selon laquelle une mesure donnée ne constitue pas un aide d’État ne crée pas une situation juridique qui est susceptible d’être modifiée fréquemment dans le cadre du pouvoir d’appréciation des institutions, une prise de position de la Commission, qui est la principale autorité de mise en œuvre des règles relatives aux aides d’État et la seule chargée d’apprécier la compatibilité d’une aide avec le marché intérieur, “*confère à elle seule une légitimité à la confiance qui en résulte*” (points 69 et 70).

En ce qui concerne la condition supplémentaire, le Tribunal souligne que la Commission a considéré dans sa décision que “*conformément à la jurisprudence de la Cour de justice et à la pratique de la Commission, en l’absence d’intérêt public péremptoire, (...) il y a[va]it lieu de permettre aux bénéficiaires de continuer à bénéficier des avantages [du régime litigieux]*” et donc que la Commission n’a pas omis d’examiner en l’espèce la condition de reconnaissance d’une confiance légitime tenant à l’absence d’intérêt public péremptoire y faisant obstacle (points 81 et 82). Le Tribunal estime que “*la Commission ne doit exposer de manière plus détaillée son examen de la condition en cause que si elle envisage de ne pas protéger la confiance légitime au motif qu’un intérêt public péremptoire s’y opposerait, ce qui n’est pas le cas en l’espèce, ou si des allégations relatives à un intérêt public particulier sont présentées par les parties intéressées, ce qui n’a pas davantage été le cas*” (point 84).

En outre, la requérante reproche à la Commission d’avoir erronément étendu la protection de la confiance légitime. Sur l’inclusion des aides relatives à des prises de participation antérieures aux deux réponses de la Commission de 2006, le Tribunal considère que la Commission avait à bon droit considéré que la confiance légitime résultant de ses réponses de 2006 portait sur le maintien du régime litigieux entré en vigueur en 2002 et couvrait les prises de participations effectuées depuis cette date ainsi que les aides octroyées en vertu de ce régime, même si elles avaient été octroyées avant 2006. Le contraire aurait pour résultat que “*le principe de protection de la confiance légitime ne pourrait être valablement invoqué pour s’opposer à la récupération d’aides illégales qui, par nature, sont accordées avant que la Commission, qui est la plus à même de fournir des assurances précises, inconditionnelles, concordantes et fiables, ait pu se prononcer, de quelque manière que ce soit, sur leur qualification d’aide d’État et leur compatibilité avec le marché intérieur*” (points 99 et 100).

Sur l’inclusion des aides relatives à des prises de participation postérieures au 5 février 2007, la requérante soutient que la confiance légitime des bénéficiaires du régime

aurait dû prendre fin à cette date lors de la réponse de la Commission à une autre question parlementaire qui aurait dû susciter des doutes sérieux quant à la légalité du régime litigieux, et non, comme soutient la Commission le 21 décembre 2007, date de la publication au Journal officiel de la décision de la Commission d’ouvrir la procédure formelle d’examen à l’égard dudit régime. Le Tribunal a estimé que la réponse du 5 février 2007 ne suscite pas de doutes sérieux car même si la Commission fait référence à la demande de renseignements adressée aux autorités espagnoles, une telle demande relève uniquement d’une phase préliminaire d’examen des aides d’État, qui a pour seul objet de permettre à la Commission de se former une première opinion sur la mesure et qui n’aboutit pas nécessairement à l’ouverture de la procédure formelle d’examen.

À la lumière de ce qui précède, le Tribunal a jugé que le moyen unique soulevé par la requérante, devait être écarté et a rejeté le recours.

J. D. & C. B. O. ■

Aides d’Etat – Régime d’aide – Tax ruling – Autonomie fiscale :

Le Tribunal de l’Union européenne confirme la compétence de la Commission européenne pour appliquer les règles sur les aides d’État aux décisions de “tax ruling” mais prononce la première annulation en cette matière au seul motif d’une mauvaise application de la notion de régime d’aide (Trib. UE, 14 févr. 2019, Belgique et Magnetrol International, aff. T-131/16 et T-263/16, EU:T:2019:91)

Il s’agit du premier arrêt d’une juridiction européenne s’agissant des fameuses décisions de la Commission s’attaquant aux “tax ruling”, décisions fiscales anticipées ou encore “rescrits fiscaux”, lorsque ces décisions apparaissent s’écarter manifestement des principes généralement admis, selon la Commission, en matière de fiscalité internationale dans le cadre des optimisations fiscales des opérations notamment des multinationales.

On s’attendait à un arrêt important sur de nombreuses questions (comme l’application du principe fiscal de “pleine de concurrence” ou les critères de la sélectivité, etc.) défrayant la chronique depuis quelque temps. On doit déchanter assez rapidement car le Tribunal a fait preuve d’économie en se focalisant sur deux points, essentiels par ailleurs, l’un pour la suite de la politique de la Commission en la matière (le Tribunal confirme la compétence de la Commission d’appliquer les règles sur les aides d’État pour contester ces mesures fiscales en dépit de l’autonomie fiscale des États membres) et l’autre, pour permettre suffisamment l’annulation “technique” de la décision contestée (la notion de régime d’aide).

Il s’agit donc à la fois d’une victoire et d’une défaite (provisoire ?) pour la Commission.

Contexte factuel et juridique

Selon le droit fiscal général belge (le Code des impôts sur les revenus ou “CIR 92”), les sociétés sont imposables sur le montant total de leurs bénéfices, y compris les dividendes distribués. Une loi du 24 décembre 2002 a institué un système de décision anticipée en matière fiscale qui permet au service public fédéral des finances de se prononcer par voie de décision anticipée sur toute demande relative à l’application des lois d’impôts. Plus précisément, la “*décision anticipée*” est un “*acte juridique par lequel le service public fédéral des finances détermine conformément aux dispositions en vigueur comment la loi s’appliquera à une situation ou à une opération particulière qui n’a pas encore produit d’effets sur le plan fiscal*” (point 3). Une loi du 21 juin 2004 a introduit de nouvelles dispositions fiscales concernant les transactions transfrontalières d’entités liées au sein d’un groupe multinational, prévoyant notamment une correction des bénéfices soumis à l’impôt, dénommée “*ajustement corrélatif*”. Son objectif (article 185, paragraphe 2, CIR 92) est d’assurer que la base imposable des sociétés assujetties à l’impôt en Belgique puisse être adaptée par des corrections sur les bénéfices résultant de transactions transfrontalières intragroupes, lorsque les prix de transfert appliqués ne reflètent pas les mécanismes de marché et le principe de pleine concurrence (voir points 4 à 7).

Décision de la Commission

La Commission a adopté le 11 janvier 2016 une décision relative “*au régime d’aides d’État concernant l’exonération des bénéfices excédentaires SA.37667*”. La décision constate que les exonérations accordées par la voie de décisions anticipées constituaient un régime d’aides incompatible avec le marché intérieur, mis en exécution en violation de l’article 108, paragraphe 3, TFUE (point 15). La Commission en ordonne la récupération auprès des bénéficiaires, dont une liste non définitive est annexée à la décision (elle comprend 55 bénéficiaires, dont *Magnetrol International*, requérante dans l’affaire T-263/16).

La Commission considère que la mesure en cause constitue un régime d’aides, qui serait fondé sur l’article 185, paragraphe 2, sous b), du CIR 92, tel qu’appliqué par l’administration fiscale belge. L’exposé des motifs de la loi du 21 juin 2004, une circulaire administrative et des réponses du ministre des Finances à des questions parlementaires constituent, selon la Commission, la base sur laquelle les exonérations en cause ont été accordées. La Commission considère que ces exonérations ont été accordées “*sans que des mesures d’application des dispositions de base aient été nécessaires, les décisions anticipées ne constituant que des modalités techniques d’application du régime en question*” (point 17). Selon la Commission, les bénéficiaires sont également définis de manière générale et abstraite par les dispositions à la base du régime qui visent les entités qui font partie d’un groupe multinational de sociétés.

Dans sa décision, la Commission expose ensuite son analyse des conditions cumulatives pour la qualification

de la mesure fiscale comme aide d’État au sens de l’article 107, paragraphe 1, TFUE : intervention de l’État, imputable à celui-ci, et donnant lieu à une perte de ressources d’État ; régime susceptible d’affecter les échanges à l’intérieur de l’Union européenne, dans la mesure où il avait bénéficié à des sociétés multinationales exerçant leurs activités dans plusieurs États membres ; régime libérant les entreprises bénéficiaires d’une charge qu’elles auraient normalement dû supporter ; régime procurant un avantage sélectif aux entités belges en ne bénéficiant ainsi qu’aux groupes multinationaux d’entreprises auxquels ces entités appartenaient.

L’arrêt n’examine pas ces éléments car il va s’arrêter aux deux seuls moyens tirés d’une prétendue ingérence de la Commission, outrepassant ses compétences en matière d’aides d’État, dans les compétences exclusives du Royaume de Belgique en matière de fiscalité directe et d’une violation de la notion de régime d’aides (article 1^{er}, sous d), du règlement 2015/1589), notamment du fait de l’identification incorrecte des actes sur la base desquels se fonderait le prétendu régime et de la considération erronée selon laquelle le régime d’aides ne requiert pas des mesures d’application supplémentaires.

Sur la prétendue ingérence de la Commission dans les compétences exclusives du Royaume de Belgique en matière de fiscalité directe

Ce premier moyen tourne en faveur de la Commission. C’est sa victoire dans cette affaire. Le Tribunal confirme fermement sa compétence pour mener sa politique de contestations de certaines mesures de *tax ruling* par l’application des règles sur les aides d’État.

Le Tribunal rappelle qu’évidemment, “*même si la fiscalité directe relève, en l’état actuel du développement du droit de l’Union, de la compétence des États membres, ces derniers doivent néanmoins exercer cette compétence dans le respect du droit de l’Union*” et qu’*en revanche, il est constant que la Commission est compétente pour veiller au respect de l’article 107 TFUE*” (point 62). “*Les États membres doivent donc exercer leur compétence en matière fiscale en conformité avec le droit de l’Union*” (point 63). C’était évident.

Le Tribunal poursuit en relevant l’absence de réglementation de l’Union s’agissant de la désignation des bases d’imposition et de la répartition de la charge fiscale sur les différents facteurs de production et les différents secteurs économiques mais ajoute que “*cela n’implique pas que toute mesure fiscale, qui affecte notamment la base d’imposition prise en compte par les autorités fiscales, échappe à l’application de l’article 107 TFUE. En effet, si une telle mesure opère, en fait, une discrimination entre des sociétés se trouvant dans une situation comparable au regard de l’objectif poursuivi par cette mesure fiscale et de ce fait confère aux bénéficiaires de la mesure des avantages sélectifs qui favorisent « certaines » entreprises ou « certaines » productions, elle pourra être considérée comme une aide d’État au sens de l’article 107, paragraphe 1, TFUE*” (point 65).

Le Tribunal ne peut s'empêcher de faire une référence très déférente à la Cour en passant en rappelant que *“des avantages résultant d'une mesure générale applicable sans distinction à tous les opérateurs économiques ne constituent pas des aides d'État au sens de l'article 107 TFUE”* (point 66 – référence à l'arrêt 21 décembre 2016 dans l'affaire *World Duty Free*, C-20/15 P et C-21/15 P).

Le Tribunal en conclut que, *“la Commission étant compétente pour veiller au respect de l'article 107 TFUE, il ne saurait lui être reproché d'avoir outrepassé ses compétences lorsqu'elle a examiné les mesures constituant le prétendu régime en cause afin de vérifier si elles constituaient des aides d'État et, dans l'affirmative, si elles étaient compatibles avec le marché intérieur, au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE”* (point 67).

La Belgique faisait valoir son absence de compétence fiscale pour imposer les bénéfices excédentaires dès lors que ces bénéfices ne devaient pas être attribués aux entités belges soumises à l'impôt en Belgique. La Commission ne pouvait dès lors remettre en cause la non-imposition de ces bénéfices en Belgique.

Le Tribunal rejette l'argument dans la mesure où il conteste la compétence de la Commission pour examiner les mesures en cause. Selon le Tribunal il s'agit de décisions anticipées, prises par les autorités fiscales belges dans le cadre de leur compétence en matière de fiscalité directe et toute mesure fiscale qui remplit les conditions pour l'application de l'article 107, paragraphe 1, TFUE constitue une aide d'État. La Commission est donc compétente pour examiner les mesures en question afin de vérifier si elles remplissent lesdites conditions (point 70).

La Belgique faisait également valoir sa compétence pour adopter des mesures afin d'éviter la double imposition. Le Tribunal reconnaît que les États membres peuvent prendre les mesures nécessaires pour prévenir les situations de double imposition *“en utilisant, notamment, les critères de répartition suivis dans la pratique fiscale internationale”* (point 71) mais, ce faisant, ils doivent (évidemment) *“exercer leurs compétences fiscales en conformité avec le droit de l'Union et s'abstenir de prendre toute mesure correspondant à une aide d'État incompatible avec le marché intérieur”* (point 71). En conséquence, l'objectif de la nécessité d'éviter la double imposition ne peut justifier d'échapper au contrôle du respect de l'article 107 TFUE par la Commission. En outre, le Tribunal constate que *“la non-imposition des bénéfices excédentaires, telle qu'appliquée par les autorités fiscales belges, ne semblait pas poursuivre des objectifs visant à éviter la double imposition”* car il n'était pas nécessaire de prouver que ces bénéfices avaient été repris dans les bénéfices d'une autre société ni que ces bénéfices excédentaires avaient effectivement fait l'objet d'une imposition dans un autre pays.

Sur l'existence d'un régime d'aides, au sens de l'article 1^{er}, sous d), du règlement 2015/1589

L'article 1^{er}, sous d), du règlement 2015/1589 définit un régime d'aides comme toute disposition sur la base de laquelle, sans qu'il soit besoin de mesures d'application supplémentaires, des aides peuvent être octroyées individuellement à des entreprises, définies d'une manière générale et abstraite dans ladite disposition, et toute disposition sur la base de laquelle une aide non liée à un projet spécifique peut être octroyée à une ou à plusieurs entreprises pour une période indéterminée ou pour un montant indéterminé.

Le Tribunal analyse la décision de la Commission comme considérant que l'article 185, paragraphe 2, sous b), du CIR 92 est la *“base du prétendu régime d'aides en cause”* et que son application *“peut être déduite de l'exposé des motifs de la loi du 21 juin 2004, de la circulaire administrative du 4 juillet 2006 et des réponses du ministre des Finances aux questions parlementaires sur l'application dudit article”* (point 83).

Le Tribunal procède ensuite à l'examen de la question de savoir si ce prétendu régime d'aides requiert des mesures supplémentaires d'application, au sens de l'article 1^{er}, sous d), du règlement 2015/1589 :

- les aides individuelles sont accordées sans l'intervention de mesures d'application supplémentaires ; *“les éléments essentiels du régime d'aides en question doivent nécessairement ressortir des dispositions identifiées comme fondement dudit régime”* (point 86) ;

- en appliquant ledit régime, les autorités nationales ne doivent pas disposer *“d'une marge d'appréciation quant à la détermination des éléments essentiels de l'aide en question et quant à l'opportunité de son octroi”* ; le pouvoir de ces autorités nationales devrait se limiter *“à une application technique des dispositions censées constituer le régime en cause, le cas échéant après avoir vérifié que les demandeurs réunissent les conditions préalables pour bénéficiaire de celui-ci”* (point 87) ;

- les actes fondant le régime d'aides doivent *“définir les bénéficiaires de manière générale et abstraite, même si l'aide qui leur est accordée reste indéterminée”* (point 88).

Le Tribunal applique ces trois principes à l'espèce afin de vérifier si les mesures d'aide peuvent être octroyées sur la base des actes précités sans qu'il soit besoin d'adopter des *“mesures d'application supplémentaires”*.

Sur les éléments essentiels du régime d'aides en cause

Le Tribunal constate que les éléments essentiels du prétendu régime d'aides ne ressortent pas des actes que la Commission a retenus comme constituant la base du système d'exonération des bénéfices excédentaires. D'ailleurs, comme le relève le Tribunal, la Commission elle-même reconnaît dans sa décision que *“ces éléments essentiels ne ressortaient pas des actes sur lesquels elle soutenait*

que le régime se fondait, mais des décisions anticipées elles-mêmes ou, plutôt, d'un échantillon de celles-ci" (point 92) : la méthode pour le calcul des bénéfices excédentaires en deux étapes et l'exigence d'investissements, de la création d'emplois, de la centralisation ou de l'accroissement d'activités en Belgique ne découlent pas, même de manière implicite, des actes retenus par la Commission comme étant la base du régime en question.

Si ces éléments "*ne ressortent pas des actes qui, selon la Commission, constituent le fondement du régime d'aides, ces derniers doivent faire nécessairement l'objet de mesures d'application supplémentaires*" (point 98). Ainsi, s'agissant des investissements, leur prise en compte implique nécessairement "*de conduire une analyse et une évaluation spécifique de ces investissements proposés par les entités belges concernées, notamment quant à leur nature, à leur montant ou à d'autres caractéristiques relatives à leur exécution. Or, une telle analyse ne pourrait se faire qu'au cas par cas et nécessiterait donc des mesures d'application supplémentaires*" (point 98).

Sur la marge d'appréciation des autorités fiscales belges

Le Tribunal rappelle qu'un agrément préalable des autorités pour une demande d'aide "*n'implique pas que ces autorités disposent d'un pouvoir d'appréciation, lorsqu'elles se limitent à vérifier si le demandeur répond aux critères requis pour bénéficier de l'aide en question*" (point 100). L'agrément préalable en l'espèce est la décision anticipée.

Le Tribunal, au terme d'une analyse fouillée du mécanisme fiscal de la décision anticipée en cause, conclut à la présence d'un tel pouvoir d'appréciation en prenant en considération quatre de ces éléments techniques précis :

- l'ajustement négatif prévu par l'article 185, paragraphe 2, sous b), du CIR 92 qui "*doit être effectué au cas par cas sur la base des éléments disponibles qui sont fournis, notamment, par le contribuable*" (point 103) ;

- le fait que cette disposition ne prévoit un ajustement négatif des bénéfices d'une société "*que si ceux-ci ont été repris dans le bénéfice d'une autre société*" (point 105). Or, les actes de base révèlent que l'ajustement négatif a été effectué par le service des décisions anticipées "*sans qu'il ait été répondu à la question de savoir à quelles sociétés étrangères le bénéfice excédentaire devait être attribué*" (point 105).

- La manière selon laquelle le service des décisions anticipées a déterminé les caractéristiques, le montant et les conditions d'un ajustement négatif.

- L'existence d'une phase préliminaire de la procédure devant le service des décisions anticipées : c'est à la suite de cette phase préliminaire d'examen qu'une partie seulement des demandes sont prises en compte. Selon le Tribunal, le fait qu'uniquement 50 % environ des dossiers pré-notifiés aboutissent à une décision anticipée "*constitue un indice du fait que, contrairement à ce que soutient la Commission, le service des décisions anticipées jouit d'un pouvoir d'appréciation qu'il exerce effectivement lorsqu'il*

accorde ou rejette, y compris au stade de la prénotification, des demandes relatives aux bénéfices excédentaires" (point 112).

Le Tribunal conclut donc à l'existence d'un pouvoir d'appréciation des autorités fiscales sur l'ensemble des éléments essentiels du prétendu régime d'aides.

Sur la définition des bénéficiaires

L'article 185, paragraphe 2, sous b), du CIR 92 s'applique aux sociétés qui sont intégrées à un groupe multinational, en ce qui concerne leurs relations transfrontalières réciproques.

Le Tribunal relève que s'il pourrait s'agir là d'une catégorie générale et abstraite d'entités, il demeure que les bénéficiaires du régime, "*tels que mentionnés dans la décision attaquée, ne sauraient être identifiés sur la seule base de cette disposition, sans mesures d'application supplémentaires*" (point 115). Les autres dispositions fondant la mesure en cause "*ne fournissent pas de précisions additionnelles quant à la définition des bénéficiaires du régime en cause*" (point 117). La définition des bénéficiaires "*doit donc nécessairement s'effectuer par des mesures d'application supplémentaires*" (point 119).

Sur l'existence d'une ligne systématique de conduite

La Commission faisait référence dans sa décision à une prétendue ligne systématique de conduite résultant de l'examen d'un échantillon de 22 décisions anticipées sur les 66 décisions existantes.

Le Tribunal confirme que "*dans le cadre de l'examen d'un régime d'aides et en l'absence d'identification d'un acte juridique instituant un régime d'aides, la Commission peut, toutefois, se fonder sur un ensemble de circonstances de nature à déceler l'existence en fait d'un régime d'aides*" (point 122). Mais, il conclut, par une analyse fouillée également à ce que la Commission n'a pas démontré que cette ligne de conduite répondait aux exigences prévues par l'article 1^{er}, sous d), du règlement 2015/1589.

Conclusion

Le Tribunal conclut de son analyse que la Commission a fait une erreur de qualification de la mesure en cause en estimant qu'il s'agissait d'un "régime d'aides". Il annule donc la décision sans examiner les autres moyens invoqués à son encontre.

Au moment de publier ces lignes (18 avril 2019), la Commission n'avait pas formé de pourvoi (son délai expirait le 24 avril environ).

J. D. ■

Football – Avantage : Le Tribunal de l'Union européenne examine la légalité de décisions de la Commission européenne concernant les mesures en faveur des clubs de football professionnels espagnols (Trib. UE, 26 févr. 2019, *Athletic Club*, aff. T-679/16, EU:T:2019:112, Trib. UE, 26 févr. 2019, *Fútbol Club Barcelona*, aff. T-865/16, EU:T:2019:113, Trib. UE, 22 mars 2019, *Hércules Club de Fútbol*, aff. T-766/16, EU:T:2019:173)

Depuis plusieurs années, la situation des clubs de football professionnels fait l'objet d'une attention particulière de la Commission sous l'angle des règles en matière d'aides d'État. C'est ainsi que, en octobre 2012, elle a adressé une lettre à tous les États membres pour recueillir des informations sur le financement de ces clubs. Dans la foulée, des procédures ont été ouvertes concernant, outre des mesures en faveur de la construction et de la rénovation de stades, des mesures dont de tels clubs ont pu bénéficier. Parmi ces dernières, une concernait les actions menées par des villes néerlandaises en faveur de cinq clubs, tandis que trois autres avaient trait à diverses mesures accordées à sept clubs espagnols. Seule la procédure concernant les clubs néerlandais s'est soldée par des décisions positives.

La première procédure ibérique (SA.29769) portait sur des avantages fiscaux dont ont bénéficié quatre clubs. En effet, la loi espagnole sur le sport, adoptée en 1990, a obligé tous les clubs sportifs professionnels à se transformer en sociétés anonymes sportives (SAS), afin notamment d'encourager une gestion plus responsable de leurs activités. Cette loi prévoyait toutefois une exception s'agissant des clubs sportifs professionnels ayant réalisé un résultat positif lors des exercices précédant son adoption. Quatre clubs pouvant bénéficier de cette exception (le *Real Madrid*, le *FC Barcelone*, l'*Athletic Bilbao* et l'*Atlético Osasuna*) ont ainsi pu continuer à opérer sous la forme de "clubs sportifs". Ces derniers sont des personnes morales sans but lucratif qui bénéficient, à ce titre, d'un taux spécifique d'imposition sur les sociétés, différent de celui des SAS. Par sa décision (UE) 2016/2391 (JOUE 2016, L 357, p. 1), du 4 juillet 2016, la Commission a considéré que, par la loi sur le sport, l'Espagne avait introduit illégalement une aide sous la forme d'un privilège fiscal en matière d'impôt sur les sociétés au profit des quatre clubs en cause et que ce régime n'était pas compatible avec le marché intérieur. Elle a donc enjoint aux autorités espagnoles de récupérer la différence entre l'impôt sur les sociétés payé et l'impôt sur les sociétés auquel ils auraient été soumis s'ils avaient eu la forme juridique de SAS.

Une autre procédure (SA.36387) concernait des garanties accordées par une entité publique, l'*Instituto Valenciano de Finanzas (IVF)*, dans le cadre de prêts en faveur de trois clubs de la Communauté de Valence (le *FC Valence*, l'*Hércules d'Alicante* et le *FC Elche*), alors qu'ils connaissaient des difficultés financières. En ce qui concerne le club d'Alicante, il s'agissait d'un prêt de 18 millions d'euros octroyé en 2010

à la *Fundación Hércules CF* aux fins de la souscription d'actions de ce club, dans le cadre de l'opération d'augmentation du capital de ce dernier. En contrepartie de sa garantie, *IVF* devait recevoir une commission annuelle de 1 %. Il devait également recevoir en nantissement, à titre de contre-garantie, des actions du club. Provisoirement, jusqu'au nantissement des actions, il était prévu que l'*IVF* reçoive une garantie du propriétaire du stade accueillant le club, la société *Aligestión*, ainsi que le nantissement des actions de ce club détenues par cette société. Le prêt n'a pas été remboursé et, en 2012, *IVF a*, en sa qualité de garant, remboursé 18,4 millions d'euros à la banque, s'est subrogé à cette dernière comme créancier du prêt et a intenté une action judiciaire à l'encontre du club pour récupérer le montant en question. Par sa décision (UE) 2017/365, également du 4 juillet 2016 (JOUE 2017, L 55, p. 12), la Commission a considéré que la garantie en cause constituait une aide d'État d'un montant de plus de 6 millions d'euros, illégale et incompatible avec le marché intérieur. Elle a donc enjoint aux autorités espagnoles de la récupérer.

Une dernière procédure (SA.33754) avait trait à un transfert immobilier entre le *Real Madrid* et la ville de Madrid, ayant donné lieu à l'octroi d'un avantage de plus de 18 millions d'euros en faveur du club. Par sa décision (UE) 2016/2393, toujours du 4 juillet 2016 (JOUE 2016, L 358, p. 3), la Commission estimait que cette aide avait été illégalement octroyée au *Real Madrid*, qu'elle n'était pas compatible avec le marché intérieur et qu'elle devait être récupérée.

C'est dans ces conditions que le *FC Barcelone* (aff. T-865/16), l'*Athletic Bilbao* (aff. T-679/16) l'*Hércules d'Alicante* (aff. T-766/16), le *FC Valence* (aff. T-732/16), le *Real Madrid* (aff. T-791/16) ont introduit des recours devant le Tribunal visant à contester les décisions les concernant. Seules ces deux dernières affaires n'ont pas encore été tranchées par les juges de Luxembourg ; elles feront l'objet d'observations dans le cadre d'une prochaine livraison de la revue.

Le régime fiscal des clubs sportifs espagnols

Tant le *FC Barcelone* que l'*Athletic Bilbao* ont contesté, devant le Tribunal, la décision de la Commission concernant le régime fiscal des clubs sportifs espagnols.

D'emblée, on pourra s'étonner que, alors qu'il a fait droit au recours introduit par le *FC Barcelone* et a, par conséquent, annulé la décision 2016/2391 dans son intégralité, le Tribunal a néanmoins examiné le recours de l'*Athletic Bilbao*... pour le rejeter au fond. L'intérêt d'un tel examen n'apparaît en effet pas de manière évidente, dès lors que la bonne administration de la justice et l'économie de procédure auraient commandé de se prononcer uniquement sur l'affaire dont l'examen a conduit à une annulation de la décision en cause, l'autre recours perdant, par suite, son objet. La "stratégie" juridictionnelle suivie par le Tribunal interroge donc.

En tout état de cause, pour les besoins de la présente chronique, seuls les aspects saillants des décisions du Tribunal seront évoqués, lesquels ressortent principalement de l'examen du recours du club barcelonais.

La Commission n'avait pas l'obligation d'examiner l'existence d'une éventuelle violation de l'article 49 TFUE

Un des moyens soulevés par le *FC Barcelone* avait trait à une prétendue violation de l'article 49 TFUE.

À la lecture du résumé de l'argumentation de ce club reproduit dans l'arrêt sous commentaire, il n'apparaît pas clairement si celui-ci reprochait à la Commission de ne pas avoir tenu compte, dans le cadre de la procédure en matière d'aides d'État, du fait que la loi sur le sport violait l'article 49 TFUE, dans la mesure où elle imposait aux clubs de sport professionnel de se transformer en SAS, ou s'il prétendait qu'elle aurait dû clore ladite procédure au profit de l'ouverture d'une procédure concernant ledit article.

Quoiqu'il en soit, une telle argumentation était vouée à l'échec.

D'une part, le Tribunal rappelle que la Commission dispose, s'agissant du choix d'engager un recours en manquement, d'un pouvoir discrétionnaire excluant le droit pour les particuliers d'exiger de cette institution qu'elle prenne une position dans un sens déterminé. Les choix procéduraux opérés par la Commission consistant à rechercher l'application des articles 107 et 108 TFUE plutôt que celle de l'article 49 TFUE, échappent donc au contrôle du Tribunal. Ce rappel, fondé sur une jurisprudence constante et établie, permet, à lui seul, d'écarter la critique du requérant, dans la mesure où elle consistait à reprocher à la Commission de ne pas avoir ouvert de procédure portant spécifiquement sur l'article 49 TFUE.

D'autre part, le Tribunal souligne que la procédure prévue aux articles 107 et 108 TFUE ne doit jamais aboutir à un résultat qui serait contraire aux dispositions spécifiques du traité mais que cette obligation ne contraint pas la Commission à examiner si une telle violation existe par ailleurs lorsqu'elle qualifie déjà la mesure en cause d'aide d'État illégale et incompatible. En d'autres termes, lorsqu'elle constate que la mesure en cause est contraire aux dispositions en matière d'aides d'État, la Commission n'a pas l'obligation d'examiner si elle est contraire à une autre disposition du traité, concernant notamment le marché commun. Le Tribunal ajoute utilement que la circonstance qu'une mesure, telle que l'obligation de transformation en SAS des clubs sportifs professionnels établis en Espagne, fût, le cas échéant, contraire à des dispositions du droit de l'Union européenne autres que les articles 107 et 108 TFUE ne permettait pas d'exclure de la qualification d'"aide d'État" l'exemption de cette mesure dont bénéficiaient certaines entreprises, et ce aussi longtemps que la mesure en question produisait des effets à l'égard des autres entreprises et n'avait été ni abrogée ni déclarée illégale et, partant, inapplicable. Le Tribunal en déduit que la Commission n'était pas compétente, dans le cadre

d'une procédure ouverte en matière d'aides d'État, pour conclure à l'existence d'une violation autonome de l'article 49 TFUE et en tirer les conséquences de droit qui s'imposent, en dehors de l'hypothèse dans laquelle l'incompatibilité de la mesure d'aide en cause découlerait de la violation de l'article 49 TFUE.

Il est à noter que, par ces considérations, le Tribunal développe un principe qui avait déjà été dégagé dans l'arrêt de la Cour du 19 septembre 2000, *Allemagne c/ Commission* (aff. C-156/98, EU:C:2000:467, point 76) et dont il ressort que si la Commission aboutit à la conclusion selon laquelle une mesure ne constitue pas une aide au sens de l'article 107 TFUE, elle ne saurait recourir à la procédure de l'article 108 TFUE de celui-ci pour décider qu'une autre disposition du traité a été violée.

Dans ces conditions, le Tribunal rejette fort logiquement le moyen relatif à la violation de l'article 49 TFUE. On relèvera néanmoins que le Tribunal ne s'est pas penché sur l'intérêt pour le *FC Barcelone* de soulever un tel moyen, alors que celui-ci aurait pu paraître douteux. En effet, ce club a pu continuer à opérer sous la forme de club et non de SAS. Il n'apparaissait donc pas clairement concerné par l'obligation de transformation en SAS, qu'il critiquait en prenant appui sur l'article 49 TFUE...

La Commission n'a pas démontré que la loi sur le sport conférait un avantage à ses bénéficiaires

Le *FC Barcelone* reprochait par ailleurs à la Commission d'avoir procédé à une comparaison formelle des taux d'imposition applicables aux SAS et aux entités à but non lucratif, sans examiner les déductions fiscales auxquelles ses formes juridiques ouvraient droit. Elle n'aurait donc pas vérifié si, pendant la période en cause, le taux effectif d'imposition des clubs concernés était, ou non, plus avantageux.

À cet égard, le Tribunal identifie d'emblée les caractéristiques de la mesure en cause. Il relève, à cet égard, que celle-ci résulte de la combinaison de l'application d'un traitement fiscal spécifique aux entités sans but lucratif, préexistant à l'entrée en vigueur de la loi sur le sport, et d'une limitation de la possibilité de recourir à cette forme juridique à certains clubs de football professionnels. Il ne s'agit donc pas uniquement de l'application d'un régime fiscal particulier. Il souligne ensuite que, aux fins d'apprécier si cette mesure est susceptible de conférer un avantage, les différentes composantes du régime fiscal des entités à but non lucratif doivent être appréciées ensemble, dans la mesure où elles constituent un tout indissociable que la loi sur le sport n'a modifié, indirectement, qu'en ce qui concerne son champ d'application personnel.

Par cette analyse, le Tribunal prône donc, à très juste titre, un examen global de la mesure dont les clubs ont bénéficié. Cet examen ne saurait en effet se limiter au seul taux nominal d'imposition mais implique de prendre en compte l'ensemble des caractéristiques du régime en cause. Il s'agit en fait là de la mise en œuvre du principe

selon lequel la Commission a l'obligation d'envisager globalement les mesures complexes pour déterminer si celles-ci confèrent à l'entreprise bénéficiaire un avantage économique que celle-ci n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché (arrêt du 11 juillet 1996, *SFEI* e.a., aff. C-39/94, EU:C:1996:285, point 60).

Dans ces conditions, le Tribunal estime qu'il convient d'examiner si la Commission a établi, à suffisance de droit, que le régime fiscal des entités à but non lucratif, pris dans son ensemble, était de nature à placer ses bénéficiaires dans une situation plus avantageuse que s'ils avaient dû opérer sous la forme de SAS.

Sur ce point, on peut s'interroger s'il n'aurait pas été plus adéquat, au regard de la jurisprudence (voir, par exemple, arrêt du 9 octobre 2014, *Ministerio de Defensa et Navantia*, aff. C-522/13, EU:C:2014:2262, point 23), de procéder à un test consistant à examiner si, en permettant aux clubs en cause, de pouvoir continuer de bénéficier du régime fiscal des entités sans but lucratif, la loi sur le sport leur a accordé un traitement qui les place dans une situation financière plus favorable que les clubs n'ayant pu bénéficier de ce régime. C'est au demeurant le test que le Tribunal semble finalement opérer dans la suite de son raisonnement (aff. T-865/16, point 64).

Ensuite, le Tribunal relève que les quatre clubs bénéficiaires du régime litigieux se sont vu appliquer, durant la période concernée, un taux nominal d'imposition préférentiel par rapport aux clubs opérant sous la forme de SAS.

Toutefois, prenant en compte les autres composantes du régime fiscal des entités à but non lucratif, il constate que les déductions fiscales possibles étaient plus élevées pour les SAS que pour les entités à but non lucratif. Tel était notamment le cas de la réduction pour réinvestissement de bénéfices exceptionnels. Ainsi, si une part maximale de 12 % des bénéfices exceptionnels réinvestis par une SAS était susceptible d'être déduite du montant d'impôt dû, sous forme de crédit d'impôt, ce plafond était fixé à 7 % pour les entités à but non lucratif. En d'autres termes, si les SAS étaient soumises à un taux d'imposition plus élevés que les entités à but non lucratif, elles pouvaient cependant bénéficier de réductions d'impôt plus importantes.

À cet égard, la Commission a, dans la décision attaquée, rejeté l'argument qui avait été soulevé par le *Real de Madrid* consistant à affirmer que, durant une période déterminée, le régime fiscal en tant qu'entité sans but lucratif avait été plus défavorable que le régime général pour les sociétés anonymes. La Commission a ainsi exclu que l'avantage relatif découlant du plafond plus élevé de déductions fiscales applicable aux SAS vienne contrebalancer le taux préférentiel d'imposition dont bénéficiaient les entités à but non lucratif. Elle se fondait en substance sur deux motifs : d'une part, la preuve n'avait pas apportée que le système de déductions fiscales était "*en principe et à long terme, plus avantageux*" et, d'autre part, la déduction fiscale n'était "*octroyé[e] que dans certaines conditions, qui ne s'appliqu[ai]ent pas de manière continue*".

Le Tribunal s'oppose à cette vision et estime que la Commission ne pouvait conclure à l'existence d'un avantage sans démontrer que le plafonnement des déductions fiscales à un niveau moins avantageux pour les entités à but non lucratif que pour les SAS ne venait pas compenser l'avantage tiré du taux nominal d'imposition inférieur.

À cet égard, il souligne que le simple constat de la conditionnalité du bénéfice de la déduction fiscale ne suffit pas et que si la réalisation d'investissements justifiant le bénéfice de la déduction fiscale n'est pas nécessairement une donnée susceptible de se répéter de manière "continue", il en est de même de la réalisation de bénéfices, et donc de l'imposition. Quant à l'étude produite par l'Espagne pendant la procédure administrative et sur laquelle la Commission s'était fondée, le Tribunal relève que, au regard de son contenu, elle ne permet pas de conclure, comme l'a fait la Commission, que, pour la plupart des exercices, l'imposition effective des clubs de football professionnel imposés en qualité d'entité sans but lucratif avait été inférieure à celle d'entités comparables assujetties au régime fiscal général.

Le Tribunal constate donc une erreur de fait, et poursuit en relevant, au regard des éléments produits pendant la procédure administrative, que la Commission détenait, au moment d'adopter la décision attaquée, des éléments mettant en exergue la spécificité du secteur concerné quant à l'importance des déductions fiscales.

Il estime que cela aurait dû conduire à douter de la possibilité d'appliquer audit secteur les constats opérés, tous secteurs confondus, sur l'imposition effective respective des entités à but non lucratif et des entités soumises au régime général.

Le Tribunal conclut donc que la Commission ne s'est pas acquittée de la charge de prouver que la mesure en cause conférerait un avantage à ses bénéficiaires et annule par conséquent la décision attaquée dans son intégralité.

Le raisonnement suivi par le Tribunal peut apparaître comme renforçant de manière singulière les exigences pesant sur la Commission dans le cadre de l'examen d'un régime d'aide. En effet, classiquement, la Commission peut se borner à étudier les caractéristiques générales et abstraites du régime en cause, sans être tenue d'examiner chaque cas d'application particulier. Ceci ne l'exonère cependant pas d'examiner l'ensemble des conséquences, à la fois avantageuses et désavantageuses, qui résultent des caractéristiques mêmes du régime en cause.

Si, en l'espèce, le Tribunal reproche à la Commission de ne pas avoir pris en compte la spécificité du secteur visé par la mesure litigieuse, sous l'angle de l'importance des déductions fiscales, et non pas de ne pas avoir examiné la situation individuelle concrète des bénéficiaires, il n'en demeure pas moins que son raisonnement semble impliquer, pour la Commission, de se pencher sur les caractéristiques d'un régime d'aide d'une manière moins abstraite que ce que semblait l'y autoriser la jurisprudence jusqu'à présent. La solution retenue par le Tribunal peut toutefois être justifiée au regard du fait que la prémiss

sur laquelle se fondait la Commission pour procéder à son analyse globale de la mesure concernée était erronée : comme le Tribunal l'a indiqué, le rapport sur lequel elle s'est basée ne lui permettait pas de conclure que l'imposition effective des SAS était plus élevée que celle des quatre clubs concernés. Dans ces conditions, elle ne pouvait *a fortiori* considérer, comme elle l'a fait, que l'imposition effective dont ont bénéficié ces clubs tend à être inférieure à l'imposition normale des SAS "*même en tenant compte des différentes possibilités de déduction fiscale*".

Enfin, sans exonérer la Commission de son obligation d'examiner l'ensemble des éléments du régime en cause, la question se pose également de savoir si, concrètement, la question des déductions fiscales ne pouvait pas être abordée au stade de la récupération des aides en cause. C'est d'ailleurs ainsi que semblait l'envisager la Commission. Elle avait en effet estimé que, aux fins de la récupération, l'avantage effectif devait être déterminé en tenant compte des particularités du régime de l'impôt applicable aux entités sans but lucratif, qui peut ponctuellement donner lieu, pour des années déterminées, à un impôt effectif supérieur à celui qui aurait été appliqué à une SAS. Il n'en reste pas moins que, aux fins de la qualification du régime en cause d'aide d'État, il était nécessaire de démontrer préalablement l'existence d'un avantage.

On notera également, pour conclure sur la décision 2016/2391, que le Tribunal rejette le recours de l'*Athletic Bilbao*. Aucun des cinq moyens soulevés par ce club n'a en effet prospéré devant le Tribunal. Ni la motivation de la décision en cause, ni l'appréciation du caractère sélectif de la mesure fiscale concernée et de ses effets sur le commerce et la concurrence ne sont ainsi censurées par les juges de Luxembourg. Il en va de même des considérations de la décision attaquée réfutant le caractère de régime d'aide existant à la mesure en cause. L'analyse du Tribunal à cet égard n'appelle pas de commentaires particuliers, le recours étant voué à l'échec. On demeurera toutefois interrogatif, ainsi qu'il a déjà été souligné, sur les raisons ayant conduit le Tribunal à procéder à l'examen des contestations du club basque alors qu'il avait fait droit à celui de son homologue barcelonais.

La garantie bancaire en faveur de l'*Hércules d'Alicante*

À l'appui de son recours visant à contester la décision 2017/365, le club d'Alicante soulevait notamment un moyen pris de ce que la Commission aurait identifié à tort l'existence d'un avantage découlant de la garantie accordée au prêt dont il a bénéficié.

Un premier grief visait à contester la qualification du club d'"entreprise en difficulté" à la date de l'octroi de la garantie. Dans ce contexte, l'*Hércules* ne contestait pas l'application des lignes directrices communautaires concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté (JO 2004, C 244, p. 2) en tant que telles mais l'application des critères qu'elles prévoient à la situation des clubs de football, en raison des spécificités du secteur.

Le Tribunal n'a toutefois pas été convaincu par les arguments avancés par le club pour caractériser cette spécificité, et notamment le risque de fluctuation des revenus et de la valeur des actifs. Il n'a pas plus admis que des comportements ponctuels étrangers à une logique de marché, tel que des actions de mécénat, puissent remettre en cause la nature économique de l'activité d'un club de football professionnel. Au demeurant, selon la jurisprudence, la notion d'entreprise en difficulté est une notion objective qui doit s'apprécier uniquement au regard des indices concrets de la situation financière et économique de l'entreprise en cause (Trib. UE, 6 avril 2017, *Regione autonoma della Sardegna*, aff. T-219/14, EU:T:2017:266, point 184). Le Tribunal rejette enfin l'argument selon lequel, à la date d'octroi de la garantie, le club était qualifié pour évoluer en première division du championnat espagnole la saison suivante. En effet, la perspective de développement était incertaine sur un plan financier et cette qualification ne remettait pas en cause les appréciations fondées sur l'existence de capitaux propres négatifs et de pertes de croissance. Le Tribunal écarte donc le premier grief.

Un second grief consistait à reprocher à la Commission d'avoir méconnu la nature et la portée des contre-garanties offertes à l'*IVF* en échange de l'octroi de la garantie litigieuse.

Sur ce point, le Tribunal relève d'emblée que la décision attaquée ne contient aucune analyse de l'incidence de ladite contre-garantie sur la détermination d'un avantage et décide, partant, de vérifier d'office l'existence d'un manquement à l'obligation de motivation. C'est ainsi qu'il relève que la décision attaquée mentionne à une seule reprise la contre-garantie offerte par *Aligestión* dans le cadre de la mesure concernée mais n'y fait plus référence par la suite, en particulier dans le cadre des développements relatifs à la détermination de l'existence d'une aide et à sa quantification. La justification avancée à cet égard par la Commission, tenant au caractère provisoire et non effectif de la contre-garantie, est rejetée sèchement par le Tribunal, principalement au motif qu'elle ne ressort pas de la décision attaquée. Le Tribunal souligne donc que la motivation de la décision attaquée concernant la contre-garantie se limite au constat de son caractère provisoire, jusqu'au nantissement des actions du club par la *Fundación Hércules*, sans préciser "*si cette circonstance justifie, à elle seule, qu'il ne soit pas tenu compte de ladite contre-garantie aux fins d'établir l'existence d'une aide ainsi que son montant*".

Or, la communication sur l'application des articles 107 et 108 TFUE aux aides d'État sous forme de garanties (JO 2008, C 155, p. 10) prévoit que les sûretés qui ont été constituées à l'occasion de l'adoption de la garantie ou de l'opération de prêt sous-jacente constituent un facteur pertinent aux fins d'évaluer l'existence et le niveau d'aide.

Le Tribunal en déduit logiquement que la contre-garantie constituait un facteur pertinent et que la Commission aurait dû expliquer, dans la décision attaquée, comment elle en a tenu compte. Il conclut donc au défaut de motivation de la décision attaquée à cet égard et annule cette dernière.

Globalement, cet arrêt concernant le club d'Alicante ne présente qu'un intérêt limité, l'annulation – logique – de la décision 2016/2391 pour défaut de motivation ne laissant pas de place à des développements devant retenir particulièrement l'attention.

R. V. ■

Banque – Imputabilité à l'État – Ressources d'État : Le Tribunal de l'Union européenne annule une décision de la Commission européenne qui considérait comme une aide d'État l'intervention d'un fonds interbancaire en faveur d'une banque en difficulté, et estime que cette intervention n'est pas imputable à l'État, ni financée par des ressources d'État (*Trib. UE, 19 mars 2019, Italie, Banca Popolare di Bari – anciennement banque Tercas, e.a., aff. jtes. T-98/16, T-196/16 et T-198/16, EU:T:2019:167*)

L'arrêt “*Tercas*” du Tribunal est important, en ce qu'il retient une approche restrictive de la notion de ressources d'État et d'imputabilité d'une mesure à l'État. Il est à rapprocher de l'arrêt *Allemagne c/ Commission* dans l'affaire C-405/16 P rendu par la Cour deux jours plus tard (voir commentaire plus haut dans le présent numéro de la revue *Concurrences*). Dans une moindre mesure, il rappelle aussi l'inspiration de l'arrêt *ENEA* de la Cour.

Cette affaire concerne le sauvetage d'une banque par un consortium bancaire de droit privé, sous haute surveillance de l'État, au moyen de contributions obligatoires du secteur.

En 2012, sur proposition de la Banque d'Italie qui avait relevé des irrégularités au sein de *Tercas*, le ministère de l'Économie et des finances italien a décidé de placer cette banque sous administration extraordinaire et de la doter d'un commissaire extraordinaire. Celui-ci a trouvé un repreneur qui exigeait notamment que le fonds interbancaire de tutelle des dépôts (“*FITD*”) couvre entièrement le déficit patrimonial de *Tercas*.

Le *FITD* est un consortium de droit privé entre banques qui a été constitué sur une base volontaire en 1987. En 1996, il a été reconnu par la Banque d'Italie comme l'un des systèmes de garantie des dépôts autorisés à opérer en Italie. Outre l'obligation de rembourser les dépôts en cas de défaillance des banques, il a aussi la faculté d'agir sur une base volontaire lorsque cette intervention entraîne une charge moins lourde qu'une absence d'intervention qui risquerait de conduire à la liquidation de la banque et à l'indemnisation consécutive des déposants.

En octobre 2013, sollicité par le commissaire extraordinaire de *Tercas*, le *FITD* a décidé d'intervenir en sa faveur. La Banque d'Italie a approuvé cette intervention de soutien, ensuite de quoi, à la suite d'incertitudes sur la situation de *Tercas* et sur le traitement fiscal de l'intervention envisagée, le *FITD* a suspendu sa décision

d'intervention et recouru à un audit pour s'assurer que cette intervention serait économiquement plus avantageuse que le remboursement des déposants de cette banque. À la lumière des résultats de cet audit, en mai 2014, le *FITD* a finalement confirmé sa décision d'intervenir en faveur de *Tercas*. La Banque d'Italie a, de nouveau, approuvé cette intervention.

En décembre 2015, la Commission a pris une décision finale négative sur cette intervention, en considérant qu'il s'agissait d'une aide d'État illégale et incompatible qui devait faire l'objet d'une récupération. Cette décision a fait l'objet de trois recours en annulation.

Sur le risque de “surinclusion”

Le Tribunal se concentre sur les moyens tirés de ce que la mesure n'aurait pas été accordée par un État. Avant d'examiner plus précisément si cette mesure est imputable à l'État et si elle est financée par des ressources d'État, il s'interroge sur la finalité de la règle jurisprudentielle selon laquelle il n'y a pas lieu *a priori* de distinguer les cas dans lesquels l'aide est accordée directement par l'État de ceux où elle est accordée par l'intermédiaire d'un organisme public ou privé, désigné ou institué par cet État. Il observe qu'elle répond à une logique de lutte contre le risque de contournement de la discipline des aides (ce qu'il appelle ici “un risque de sous-inclusion”) et estime aussi qu'il existe un risque de “surinclusion”, tous les organismes institués par l'État n'ayant pas vocation à distribuer des aides d'État. La référence à ce dernier risque dans un arrêt est une innovation jurisprudentielle qui irrigue l'ensemble de l'analyse subséquente du Tribunal.

Il met l'accent sur le “caractère juridique” de la notion d'aide d'État et sur la nécessité de l'interpréter sur la base d'éléments objectifs (point 67 de l'arrêt). D'emblée, le Tribunal prend donc ses distances avec la logique classique en matière d'aide d'État qui veut que l'on s'attache aux effets d'une mesure bien plus qu'à sa forme juridique pour déterminer si elle constitue une aide.

Il opère également une distinction entre organismes publics et organismes privés. En substance, lorsqu'est en cause une entité privée, les indices d'une implication forte de l'État dans l'adoption de la mesure doivent être plus forts que dans l'hypothèse d'une mesure prise par une entité publique. Le Tribunal insiste sur la nécessité de démontrer non seulement que l'État peut exercer une influence dominante sur cette entité privée, mais encore qu'il a été en mesure d'exercer ce contrôle dans un cas concret (voir notamment les points 68 et 69 de l'arrêt qui revêtent une grande importance dans l'économie du raisonnement). En, d'autres termes, le jeu de présomptions que l'on trouve dans l'arrêt *Stardust* (aff. C-482/99) se trouve ici, à tout le moins, considérablement affaibli.

Globalement, la Commission avait fondé sa conclusion selon laquelle les mesures examinées étaient d'origine étatique sur un faisceau d'indices dont les principaux peuvent être ainsi résumés :

- Le *FITD* s'est vu confier un mandat public relatif à la protection des déposants ;

- Les autorités publiques italiennes ont la possibilité d'influencer toutes les étapes de la mise en œuvre d'une intervention de soutien telles que celle ici en cause. Elles déclenchent la procédure menant à une intervention de soutien en plaçant la banque sous administration extraordinaire, condition nécessaire pour obtenir ce soutien. La demande d'intervention est ensuite envoyée par le commissaire extraordinaire nommé et supervisé par la Banque d'Italie. Puis, c'est la Banque d'Italie qui autorise ou non le soutien à un moment où le *FITD* peut encore revoir et modifier la mesure proposée en cas d'opposition. Les autorités publiques sont représentées dans toutes les réunions décisionnelles et peuvent y faire connaître, à un stade initial, leurs réserves.

Il est obligatoire, pour les banques italiennes, d'adhérer au *FITD* et de contribuer aux interventions qui sont décidées par ses organes de direction.

Aucun de ces indices utilisés par la Commission tant pour démontrer l'imputabilité de la mesure à l'État que pour établir qu'elle est financée par des ressources d'État n'a emporté la conviction du Tribunal qui analyse séparément ces deux questions.

Sur l'imputabilité des mesures à l'État italien

Au point 88 de l'arrêt, le Tribunal souligne qu'une entité privée dispose d'une autonomie de principe sur le plan décisionnel. *"Ainsi, à la différence d'une situation dans laquelle une mesure prise par une entreprise publique est imputée à l'État, dans le cas d'une mesure prise par une entité privée, la Commission ne peut se limiter à établir, eu égard aux données de l'espèce, que l'absence d'influence et de contrôle effectif des autorités publiques sur cette entité privée serait improbable (...)"* (point 89). Selon le Tribunal, dans le cas d'une entité privée, la Commission est tenue de démontrer que la mesure en cause a été adoptée *"sous l'influence ou le contrôle effectif"* des autorités publiques et que la mesure était *"en réalité"* imputable à l'État (point 90).

Ainsi le Tribunal multiplie-t-il les formules pour souligner que le standard de preuve d'imputabilité qu'il applique est très élevé. Il est permis de se demander si un tel standard de preuve est compatible avec la finalité d'une jurisprudence bâtie pour éviter le contournement de la discipline des aides (risque de sous-inclusion).

Pour établir le degré d'intervention des autorités publiques dans la définition des mesures en cause, le Tribunal étudie successivement la portée du mandat public confié au *FITD* et l'autonomie dont disposait ce dernier lors de l'adoption de l'intervention.

Le Tribunal rejette l'argument tiré par la Commission du mandat public confié par la législation italienne au *FITD* et considère que ses interventions de soutien visent principalement à poursuivre les intérêts privés des banques membres du *FITD*. En effet, selon ses statuts,

les interventions de soutien doivent constituer une charge financière moins lourde pour les banques membres du *FITD* par rapport à la mise en œuvre de l'obligation légale de remboursement des dépôts. *"En imposant cette dernière condition, il convient de constater que les statuts du FITD consacrent les intérêts privés des banques membres du FITD au regard de toute autre considération liée à la protection de l'épargne"* (point 97 de l'arrêt). Par ailleurs *"le fait qu'un secteur mette en place un système privé d'assistance mutuelle ne constitue pas en soi un indice de l'implication de l'Etat. En effet, en l'espèce (...) les banques membres du FITD ont un intérêt mutuel au renforcement de la sécurité des dépôts et à la protection de la réputation du système bancaire. En l'espèce, force est également de constater que la création d'un fonds de garantie des dépôts et la possibilité d'effectuer des interventions de soutien résultaient à l'origine d'une initiative purement privée des banques membres du FITD, à une époque où la législation n'imposait pas aux banques d'adhérer à un quelconque système de garantie des dépôts (...)"* (point 98 de l'arrêt). Le simple fait que ces intérêts privés puissent coïncider avec l'intérêt public n'est pas considéré comme pertinent par le Tribunal.

Le Tribunal cherche également à déterminer si les interventions de soutien telles que celle en faveur de *Tercas* constituent la mise en œuvre d'un mandat public et, contrairement à la Commission, il estime que tel n'est pas le cas, la législation italienne ne prévoyant pas l'obligation d'interventions de soutien, ni les modalités de telles interventions. La circonstance que les statuts du *FITD* prévoient la possibilité de telles interventions et soient approuvés par la Banque d'Italie n'est pas considérée comme pertinente, d'autant que cette dernière approuve les statuts de l'ensemble des institutions bancaires italiennes dans le cadre de ses missions de contrôle prudentiel.

S'agissant du degré d'autonomie du *FITD*, les arguments avancés par la Commission tenaient au contrôle effectif, permanent et *ex ante* de la Banque d'Italie sur les activités de ce dernier par l'approbation de ses statuts, la participation d'un de ses délégués aux réunions du conseil et du comité de gestion du *FITD*, l'autorisation préalable de chacune de ses interventions et la nomination par la Banque d'Italie d'un commissaire extraordinaire, fonctionnaire public soumis à sa surveillance, qui a la gestion de *Tercas* et qui a des pouvoirs importants.

Le Tribunal objecte que les organes de direction sont élus par les représentants des banques membres du consortium et qu'il n'existe donc pas de lien de nature organique liant le *FITD* aux autorités publiques italiennes. Puis il disqualifie tour à tour chacun des indices avancés par la Commission.

Pour le Tribunal, l'autorisation par la Banque d'Italie des interventions de soutien n'est pas un indice pertinent car elle n'intervient qu'à l'issue d'un contrôle de conformité de la mesure avec le cadre réglementaire, effectué dans le cadre de la mission prudentielle de cette dernière, qui prévoit qu'elle statue *"en tenant compte de la protection des déposants et de la stabilité du système bancaire"*. De plus la Banque d'Italie n'aurait aucun moyen d'imposer au *FITD* d'intervenir au soutien d'une banque en difficulté.

Le Tribunal tire également argument, à titre subsidiaire, du fait que l'intervention en faveur de *Tercas* a été adoptée à l'unanimité par le comité de gestion et le conseil du *FITD* et autorisée telle quelle par la Banque d'Italie.

Il n'attache pas davantage d'importance à la présence de représentants de la Banque d'Italie aux réunions des organes de direction du *FITD*, ceux-ci ayant statutairement un rôle de simples observateurs sans aucun droit de vote ni aucune voix consultative, et les procès-verbaux des réunions des organes de direction du *FITD* attestant le rôle purement passif des délégués de la Banque d'Italie.

Il reproche également à la Commission de n'avoir apporté aucune preuve de l'influence décisive de la Banque d'Italie dans les négociations entre le *FITD*, la banque reprenneuse et le commissaire extraordinaire. À cet égard, il observe que *“le fait que des rencontres de nature informelle aient pu avoir lieu, entre, d'une part, les parties intéressées (à savoir le FITD, BPB et, pour le compte de Tercas, le commissaire extraordinaire) et, d'autre part, la Banque d'Italie, aux fins d'informer la Banque d'Italie du développement des négociations, ne sont que l'expression d'un dialogue légitime et ordinaire avec les autorités de surveillance compétentes. Force est de constater que la Commission n'apporte aucun élément de preuve établissant que la Banque d'Italie se serait servie de ces contacts afin d'influencer de manière déterminante le contenu des mesures litigieuses en cause”* (point 126 de l'arrêt).

Le traitement de cet indice par le Tribunal est un bon exemple de standard très élevé de preuve qu'il a appliqué dans cette affaire et de l'assimilation qu'il opère entre le comportement “légitime” des instances étatiques et leur absence d'influence sur les négociations. Or, une influence “légitime” ne devrait-elle pas être considérée objectivement comme une influence à part entière ?

Quant au rôle joué par le commissaire extraordinaire, il n'est pas non plus jugé déterminant, sa demande d'intervention étant non contraignante et ne remettant pas en cause l'autonomie du *FITD* pour décider d'une telle intervention. Le Tribunal va même jusqu'à reprocher à la Commission de n'avoir produit aucun élément de preuve indiquant que la demande introduite par le commissaire extraordinaire serait le résultat d'instructions de la Banque d'Italie (alors que ce commissaire est nommé et supervisé par cette dernière).

Sur le financement de l'intervention au moyen de ressources d'État

Lorsqu'il examine si l'intervention en faveur de *Tercas* a été financée par des ressources d'État, le Tribunal est amené à prendre en considération des indices proches de ceux qui ont déjà été discutés pour déterminer l'imputabilité de cette intervention à l'État.

C'est ainsi qu'il écarte pour les mêmes raisons l'indice tiré de ce que le *FITD* était titulaire d'un mandat public et que l'intervention en faveur de *Tercas* avait été faite afin de protéger les dépôts des déposants.

De la même façon, sont rejetés les indices tirés de ce que seules les banques soumises au régime de l'administration extraordinaire pouvaient bénéficier des interventions du *FITD*, ou encore du rôle du commissaire extraordinaire et des vastes pouvoirs de la Banque d'Italie aussi bien en ce qui concerne l'approbation des statuts que l'autorisation de l'intervention en faveur de *Tercas*.

Le caractère obligatoire des contributions utilisées par le *FITD* pour financer l'intervention n'est pas retenu comme un indice pertinent dès lors que les fonds utilisés sont des ressources privées qui ont été fournies par les banques membres du consortium sur la base d'une disposition statutaire du *FITD* et non sur la base d'une disposition réglementaire.

Le Tribunal ajoute que l'intervention était dans, l'intérêt de tous ses membres puisqu'elle était moins coûteuse pour le *FITD* qu'une liquidation de *Tercas*, ce que confirmerait l'adoption de la décision d'intervention à l'unanimité des représentants des membres du *FITD*.

Le Tribunal conclut donc que l'intervention en faveur de *Tercas* n'est ni imputable à l'État ni financée à partir de ressources d'État.

On observera avec quelque surprise qu'à aucun moment le Tribunal ne s'est référé aux arrêts *Pearle* et *Doux Eleavage*, qui avaient pourtant trait à des cas de figure dans lesquels la profession s'organisait pour financer des opérations bénéficiant à ses membres et où l'État intervenait pour rendre obligatoire la perception auprès de ses membres des cotisations destinées à ce financement. Si dans ces deux cas la Cour a conclu à l'absence d'aide d'État, il n'en reste pas moins que les indices d'intervention de l'État étaient beaucoup plus faibles que dans la présente affaire. Surtout, on a le sentiment que le Tribunal ici s'est attaché à chaque indice d'intervention de l'État de manière presque individuelle, ne les rassemblant qu'occasionnellement et a opéré une distinction assez radicale entre les interventions des entreprises publiques et celles d'organismes qui, bien que privés, agissent dans un environnement juridique à ce point contraignant qu'ils ne sont pas en réalité beaucoup plus libres qu'une entreprise publique.

Quant à la rationalité réelle ou supposée de l'intervention en faveur de *Tercas* pour les membres du *FITD*, elle découle essentiellement de l'obligation faite par l'État à *FITD* d'indemniser les déposants de *Tercas* en cas de faillite de cette dernière. Enfin, le standard de preuve pour examiner la pertinence de chaque indice aux fins de la démonstration de la Commission est remarquablement élevé.

Clairement cet arrêt constitue une inflexion jurisprudentielle et facilite les interventions de l'État sans les exposer à une qualification d'aides d'État, dès lors que celui-ci prend la précaution de ne pas afficher ostensiblement son influence.

B. S. ■

Secteur postal – Service universel – Compensation de SIEG : Le Tribunal de l’Union européenne confirme la compatibilité avec le marché intérieur d’une compensation de service public universel accordée à la poste polonaise, en l’absence d’appel d’offres (*Trib. UE, 19 mars 2019, Inpost Paczkomaty sp.z o.o. e.a., aff. jtes. T-282/16 et T-283/16, EU:T:2019:168*)

La *Poste polonaise* s’est vu accorder par l’État une compensation du coût net résultant de l’accomplissement de ses obligations de service postal universel pour la période comprise entre le 1^{er} janvier 2013 et le 31 décembre 2015. La Commission a déclaré cette aide d’État compatible avec le marché intérieur au terme d’une procédure préliminaire d’examen. Certains des concurrents de la *Poste polonaise*, obligés de contribuer au fond de compensation qui finance cette aide, ont déposé des recours en annulation contre cette décision.

L’arrêt du Tribunal précise la manière dont plusieurs dispositions de l’Encadrement de 2011 applicable aux aides sous forme de service public doivent être interprétées et le lien qui peut exister entre ces dispositions et d’autres normes de droit de l’Union telles que la directive postale (directive 97/67/CE modifiée) et les règles applicables à la passation de marchés publics.

Le recours s’articulait autour de sept moyens d’intérêt inégal. On se concentrera ici essentiellement sur les griefs tenant aux modalités de désignation du prestataire de service public, aux modalités de la consultation publique préalable qui a précédé cette désignation, au mécanisme de compensation que les requérantes considéraient comme discriminatoire, disproportionné et non transparent et à la notion de charge financière inéquitable qui conditionne la possibilité de telles compensations en application de la directive postale.

Sur la possibilité de confier le SIEG sans appel d’offres

Selon les requérantes, la compensation en cause n’aurait pas dû être déclarée compatible avec le marché intérieur, car la décision du législateur polonais de confier à la *Poste polonaise* la charge des services postaux universels en cause n’avait fait l’objet ni d’une procédure de passation des marchés publics respectant les règles de l’Union ni, en tout état de cause, d’une procédure respectueuse des principes de transparence, d’égalité de traitement et de non-discrimination.

À cet égard, le Tribunal relève que l’article 7, paragraphe 2 de la directive postale n’oblige pas l’État membre concerné à recourir aux procédures de passation des marchés pour sélectionner l’entité à laquelle il entend confier les prestations de service postal universel. Le recours à ces procédures n’est qu’une option parmi celles susceptibles d’être retenues par l’État membre concerné, à condition notamment que, dans l’exercice de ce choix, les principes de transparence, d’égalité de traitement et de

non-discrimination soient dûment respectés. Le Tribunal se réfère en outre au point 56 de l’encadrement SIEG pour corroborer son interprétation des options offertes à l’État membre lorsqu’il désigne le titulaire du SIEG (ce point part de l’hypothèse d’une désignation sans passer par une procédure concurrentielle).

Le Tribunal observe que les requérantes ne visent pas vraiment à mettre en cause l’absence de transparence dans la désignation du titulaire du SIEG, mais plutôt dans la détermination des caractéristiques de la contribution servant à financer la compensation. Quoiqu’il en soit, le fait que le titulaire ait été désigné par voie législative sans appel d’offres préalable ne lui paraît pas contraire aux principes de transparence, d’égalité de traitement et de non-discrimination, car elle a été précédée d’une consultation publique en 2010.

Sur les lacunes de la consultation publique préalable

Au-delà de la désignation de la *Poste polonaise* comme titulaire du service postal universel, ce sont bien les modalités de la contribution destinée à financer la compensation de SIEG qui étaient critiquées par les requérantes. En particulier, ces dernières estimaient que la consultation publique de 2010 avait porté sur une mesure différente de celle finalement mise en œuvre par le législateur polonais : la contribution prévue dans la consultation envisageait un plafonnement à 1 % des revenus annuels de prestations assimilées aux prestations de service universel, tandis que, dans la version adoptée par le législateur polonais, cette contribution était plafonnée à 2 % de ces revenus et pénalisait donc davantage les opérateurs concurrents, et notamment les requérantes. Les exigences de consultation publique préalable posées par le point 14 de l’encadrement SIEG n’auraient donc pas été respectées. Au surplus, les requérantes estimaient que les exigences de transparence des résultats de la consultation publique n’avaient pas été respectés, ces derniers n’ayant été publiés ni sur internet ni par aucun autre moyen de publication approprié, ce qui aurait engendré une violation de l’article 60 de l’encadrement SIEG.

Le Tribunal relève que le point 14 de l’encadrement SIEG n’impose pas l’organisation d’une consultation publique, une telle procédure ne constituant que l’un des moyens appropriés auxquels l’État membre peut recourir afin de prendre en considération les besoins du service public concerné et de tenir compte des intérêts des utilisateurs et des prestataires de service.

Sur la nature suffisante ou non de la consultation organisée en l’espèce, il note que les requérantes ont pu développer leurs arguments en critiquant déjà comme trop élevé un taux de 1 % de prélèvement des revenus concernés et estime donc que cette consultation a rempli son rôle. Quant au point 60 de l’encadrement SIEG, il est interprété comme n’imposant pas la publication séparée des résultats de la consultation publique. Il suffit, pour se conformer à ce point, de publier la loi polonaise, ce qui a été fait.

Ainsi le Tribunal interprète-t-il les points 14 et 60 de l'encadrement SIEG de manière souple afin de laisser aux États membres une marge de manœuvre importante dans la mise en œuvre de ces conditions de compatibilité.

Sur les modalités de financement du fonds de compensation

Les requérantes soutenaient que le financement du fonds de compensation reposait sur des fondements discriminatoires et ne respectait pas le principe de proportionnalité, de sorte qu'en application notamment du point 52 de l'encadrement SIEG et de l'article 7 de la directive postale, la Commission aurait dû déclarer la mesure d'aide incompatible avec le marché intérieur.

Une première question théorique se posait avant d'analyser le fond des griefs formulés par les requérantes. La Commission devait-elle contrôler ou non, dans le cadre de l'exercice de ses compétences relatives à l'autorisation d'une aide d'État, la conformité de la mesure d'aide avec la directive postale ? Cette institution soutenait qu'elle n'était pas tenue de procéder à une telle vérification, car la directive postale ne constituait pas une règle spécifique au domaine des aides d'État.

Le Tribunal, sur ce point, refuse de suivre l'approche préconisée par la Commission et rappelle la jurisprudence *Castelnou* (Trib. UE, 3 déc. 2014, *Castelnou Energia*, aff. T-57/11, EU:T:2014:1021). Il souligne que la Commission est tenue, en vertu de l'économie générale du traité, de respecter la cohérence entre les dispositions régissant cette matière et les dispositions spécifiques autres que celles relatives aux aides d'État et ainsi d'apprécier la compatibilité de l'aide en cause avec ces dispositions spécifiques, mais seulement en ce qui concerne les modalités d'une aide qui sont à ce point indissociablement liées à l'objet de l'aide qu'il ne serait pas possible de les apprécier isolément. Il rappelle par ailleurs que le mode de financement d'une aide peut rendre l'ensemble du régime en cause incompatible avec le marché intérieur.

Le Tribunal observe que la Commission elle-même, dans la décision attaquée, a expressément considéré qu'il était nécessaire d'examiner en détail les modalités du fonds de compensation afin d'apprécier la compatibilité de la mesure d'aide en cause et qu'elle s'est aussi référée à la compatibilité de cette mesure avec la directive postale. Il en déduit que les modalités de financement nécessaires au fonctionnement du fonds de compensation sont indissociablement liées à l'objet de l'aide elle-même, à savoir la compensation pour la *Poste polonaise* de ses obligations de service universel.

En l'espèce, les dispositions de l'article 7 de la directive postale invoquées par les requérantes prévoient en substance que la mise en place d'un mécanisme de répartition du coût net des obligations de service universel entre prestataires est subordonnée à plusieurs conditions. Il faut notamment que la redevance servant à financer le fonds de compensation soit imposée aux prestataires de services en question et que les États membres veillent à ce que les principes de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité soient respectés.

La discrimination alléguée par les requérantes tenait principalement à ce que, selon elles, le prestataire de service universel et les prestataires de services "équivalents" ne sont pas dans une situation comparable, alors qu'ils sont tous deux obligés de contribuer au financement du fonds de compensation. Elle se plaignait aussi de ce que les prestataires de courrier exprès ne sont pas assujettis eux-mêmes obligations de contribution, alors qu'ils se trouveraient dans une situation, comparable à celle des prestataires de services "équivalents" qui, eux doivent verser une contribution.

Le Tribunal observe que le considérant 27 de la directive postale attache une importance déterminante (aux fins de la détermination des redevables de cotisations alimentant un fonds de compensation des obligations de service universel) au degré d'interchangeabilité du service avec le service universel, du point de vue du consommateur, compte tenu des caractéristiques de ces prestations (y compris des aspects sur lesquels ils apportent une valeur ajoutée) de leur usage et de leur tarification.

Or, le Tribunal estime que les prestations de services "équivalents" sont bien interchangeables du point de vue du consommateur avec celles du service universel, tandis que les services de courrier exprès s'en distinguent notamment par une valeur ajoutée plus élevée pour le consommateur qui accepte aussi de payer un prix plus élevé. Il relève également que la compensation n'est accordée au prestataire de service universel que si ces prestations engendrent des pertes comptables de sorte qu'en fait la compensation ne peut être accordée qu'au moyen de revenus autres que ceux provenant du service universel. Enfin, il considère que d'éventuelles pratiques de prix prédateurs et de subventions croisées de la part de la *Poste polonaise* sont dénuées de pertinence au regard du régime de contrôle des aides d'État, même si elles peuvent être examinées au regard des articles 101 et 102 TFUE.

S'agissant du respect du principe de proportionnalité, les requérantes mettaient en cause le pourcentage déterminant le montant maximal de la contribution exigée des opérateurs (2 % du chiffre d'affaires pertinent) et le seuil de revenus fixé à un million de *zlotys* en dessous duquel la contribution n'était pas perçue. Selon elles, ce pourcentage et ce seuil auraient été fixés sans études sérieuses de leurs effets sur le marché, alors qu'ils engendreraient d'importantes distorsions de concurrence et verrouilleraient le marché.

S'inspirant là encore de l'arrêt *Castelnou* précité, le Tribunal énonce que "*le contrôle du caractère proportionné d'une mesure visant à exécuter une mission de SIEG se limite à vérifier si la mesure prévue est nécessaire pour que la mission de SIEG en cause puisse être accomplie dans des conditions économiquement acceptables ou, inversement, si la mesure en cause est manifestement inappropriée au regard de l'objectif poursuivi (...)*" (point 115 de l'arrêt).

Ayant ainsi défini les strictes limites de son contrôle, il admet que la Commission se soit fondée, pour apprécier la proportionnalité de la mesure, sur le taux de rentabilité

de la *Poste polonaise* en matière de services équivalents pour évaluer la rentabilité de ses concurrents, et sur des décisions antérieures concernant d'autres États membres, dans une situation où elle ne disposait pas de données détaillées relatives aux taux de rentabilité des opérateurs postaux appelés à contribuer au fonds de compensation. Le Tribunal n'admet cependant la prise en compte de ces paramètres qu'après avoir évalué en détail l'ensemble des indices qui fondent leur "plausibilité", et en tenant notamment compte du fait que les requérantes elles-mêmes n'ont pas fait état de leur propre taux de rentabilité.

En ce qui concerne la fixation du seuil de revenus en dessous duquel une contribution n'est pas requise, le Tribunal estime en substance que l'argumentation des requérantes manque de cohérence et souligne, de manière fort intéressante, que "*le mécanisme des fonds de compensation dans le secteur postal est en l'espèce une nouveauté, de sorte que les analyses qui en sont faites ne peuvent pas encore se fonder sur l'expérience*" (point 139 de l'arrêt). Ici la nouveauté du dispositif d'aide milite en faveur d'un constat de compatibilité en première phase et non en faveur d'une ouverture de procédure formelle d'examen.

Sur l'existence d'une "charge financière inéquitable"

Les requérantes estimaient que la Commission avait insuffisamment vérifié l'existence d'un coût net de service public représentant pour la *Poste polonaise* une charge inéquitable, alors qu'une telle condition était requise par l'article 7, paragraphe 3, de la directive postale pour justifier l'octroi d'une compensation de service universel. En vertu de cette disposition, il faut pour cela que les obligations de service universel donnent lieu à une charge financière inéquitable que le prestataire désigné de ce service devrait supporter à lui-seul. Selon les requérantes, il ne suffirait pas que l'obligation de service universel engendre un déficit, mais il faudrait encore que ce déficit soit excessif en ce sens qu'il dépasse la capacité de l'entreprise concernée à le supporter avec ses ressources propres, à savoir notamment le niveau de ses équipements, de sa situation économique et financière ainsi que de sa part de marché. Les requérantes avançaient également l'argument selon lequel un financement systématique du déficit du prestataire de service public l'encouragerait à une mauvaise gestion.

Le Tribunal considère qu'en application de la directive postale, c'est à l'État membre qu'il appartient de déterminer si les obligations de service universel constituent ou non une charge inéquitable pour le prestataire désigné et que la Pologne s'est correctement acquittée de cette obligation en confiant l'appréciation de ce point au régulateur postal polonais, étant précisé que la mesure d'aide n'ouvre aucun droit automatique à compensation pour le coût net des obligations de service universel. En effet, le droit à compensation n'est ouvert que si les prestations de service universel conduisent à des pertes comptables. En outre, le Tribunal observe que le mode de compensation retenu comporte des incitations à l'efficacité et satisfait ainsi aux exigences de l'encadrement SIEG.

Globalement, cet arrêt souligne que les États membres conservent à l'heure actuelle des possibilités très étendues de compensation des charges induites par les SIEG en général et par le service universel postal en particulier. Même lorsqu'elles confient ce service sans appel d'offres à l'opérateur historique et même lorsque la compensation qu'il reçoit est financée par des contributions pesant en partie sur ses concurrents, ni l'État membre ni la Commission ne sont tenus de procéder à un examen approfondi des conséquences négatives de ce mode de financement. Néanmoins, il ressort de cet arrêt que les exigences de la directive postale qui ont directement trait à ce service d'intérêt économique général et aux modalités de sa compensation par un fonds financé par des contributions doivent être respectées pour que l'aide puisse être déclarée compatible au titre de l'article 106, paragraphe 2 TFUE.

B. S. ■

3. Juridictions nationales

Union bancaire – Banques populaires – Juge national : Le Conseil d'État italien pose une question préjudicielle sur la qualification d'aide d'État de la transformation des banques populaires en sociétés par actions (*Cons. État italien, sez. VI, ord., 26 ottobre 2018, n. 6129 ; CJUE, ord., 18 janv ; 2019, OC e.a., aff. C-686/18, EU:C:2019:68*)

En octobre 2018, le Conseil d'État italien a posé une question préjudicielle sur la compatibilité avec le droit de l'Union de l'obligation consacrée par le législateur d'imposer la transformation des banques populaires en sociétés par actions dès lors que leurs actifs dépassent les huit milliards d'euros. Parmi les questions posées figurent les aides d'État. En l'occurrence, des associés de banques populaires italiennes ont contesté des actes de la Banque d'Italie mettant en œuvre les dispositions législatives nationales en vertu desquelles les actifs des banques populaires ne peuvent dépasser le plafond de huit milliards d'euros. Les banques populaires qui, en cas de dépassement de ce plafond, n'ont pas pris la forme juridique de sociétés par actions, n'ont pas réduit leurs actifs afin de ramener ceux-ci sous ledit plafond ou n'ont pas procédé à leur liquidation peuvent faire l'objet d'une interdiction d'entreprendre de nouvelles opérations, d'une révocation de l'autorisation d'exercer l'activité bancaire ou d'une liquidation administrative forcée. Les requérants contestent au regard de l'article 107 TFUE l'obligation de transformations dans la mesure où sont prévues des limitations au remboursement des parts de l'associé en cas de révocation, afin d'éviter la liquidation de la banque. Le 19 janvier 2019, le Président de la Cour de justice de l'Union européenne a rejeté la demande de procédure accélérée introduite dans cette affaire. Il faudra donc attendre 2020 pour avoir une réponse de la Cour de justice et un éclaircissement sur les relations qu'entretiennent union bancaire et droit des aides d'État.

F. M. ■

Juge national – Sélectivité – *De minimis* :

Le Conseil d'État juge que le régime du crédit d'impôt intéressement ne comporte pas un avantage sélectif (CE, 13 mars 2019, *FerroPem*, n° 417536, FR:CECHR:2019:417536.20190313)

Par un arrêt en date du 13 mars 2019, le Conseil d'État a estimé que le régime du crédit d'impôt intéressement ne comporte pas d'avantage sélectif et a donc exclu la qualification d'aide d'État. En l'espèce, une société avait demandé au tribunal administratif de Montreuil de prononcer la restitution d'une somme de 583 153 euros résultant de l'application aux exercices de 2011 et de 2012 du crédit d'impôt intéressement prévu par l'article 244 quater T du Code général des impôts. Pour rejeter la demande, le tribunal administratif avait notamment repris l'argumentation de l'administration fiscale selon laquelle le plafonnement du crédit d'impôt était nécessaire pour respecter les obligations du règlement *de minimis* (règlement (CE) n° 1998/2006 de la Commission du 15 décembre 2006, concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides *de minimis*, JOUE L 379 du 28 décembre 2006, p. 5). Il est vrai que la disposition législative prévoit expressément que le bénéfice du crédit d'impôt intéressement est subordonné au respect du règlement *de minimis*. Cependant, selon le Conseil d'État, avant que le champ d'application du crédit d'impôt intéressement ne soit restreint aux entreprises de moins de 250 salariés par la loi de finances pour 2011, le régime en cause n'accordait pas d'avantages sélectifs aux entreprises qui en bénéficiaient et ne pouvait, dès lors, être regardé comme organisant un régime d'aides d'État. Il convient de préciser que la société requérante avait signé un accord d'intéressement avant que la nouvelle disposition n'entre en vigueur et relevait donc du régime antérieur à la loi de finances pour 2011. On peut en déduire qu'*a contrario*, l'article 244 quater T du Code général des impôts comporte, dans sa nouvelle rédaction, un avantage sélectif (voir sur la sélectivité d'un régime fiscal réservé à un certain type d'entreprises, CJUE, 8 sept. 2011, *Ministero dell'Economia e delle Finanze*, aff. C-78/08 à C-80/08, EU:C:2011:550, points 48-76). En conséquence, la société requérante pouvait, au jour de la signature de l'accord d'intéressement, se prévaloir d'une espérance légitime de bénéficier d'un crédit d'impôt non plafonné durant la durée triennale de son accord, laquelle doit être regardée comme un bien au sens des stipulations de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la CEDH. Le Conseil d'État confirme ainsi la solution retenue par un précédent arrêt dans lequel il avait considéré qu'en excluant du dispositif du crédit d'impôt les entreprises de plus de 250 salariés ayant conclu un accord d'intéressement avant l'entrée en vigueur de la loi de finances pour 2011, l'administration fiscale avait privé ces entreprises d'une espérance légitime d'en bénéficier jusqu'au terme de la période triennale de l'accord d'intéressement (CE, 6 juin 2018, *Dekra France*, n° 414482).

F. M. ■

À NOTER

Circulaire : Le Premier ministre français publie une circulaire présentant les principes de la réglementation nationale en matière d'octroi d'aides d'État afin de sécuriser l'octroi des financements publics de projets ayant des incidences économiques et de veiller à respecter le cadre juridique européen (*Pr. Min., circulaire du 5 févr. 2019 portant sur l'application des règles européennes de concurrence relatives aux aides publiques aux activités économiques, PRMX1904212C*)

La circulaire du Premier ministre du 5 février 2019, relative à l'application des règles européennes de concurrence relatives aux aides publiques aux activités économiques, d'une part, fournit aux administrations les éléments d'information et de méthodologie nécessaires pour appréhender la réglementation en matière d'aides d'État et, d'autre part, définit les principes constituant le fondement de la politique française dans ce domaine. Aucun changement majeur n'est à signaler par rapport à la circulaire du 26 avril 2017, qui avait le même objet et que la circulaire du 5 février 2019 abroge.

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

Interviews

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

Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis 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 Peeperkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

Pratiques

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

International

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

Droit & économie

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

Chroniques

ENTENTES

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

PRATIQUES UNILATÉRALES

Laurent Binet, Frédéric Marty, Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

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

DISTRIBUTION

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

CONCENTRATIONS

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

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Orion Berg, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume

MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

ACTIONS PUBLIQUES

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

DROITS EUROPÉENS ET ÉTRANGERS

Walid Chaiehloudj, Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda, François Souty, Stéphanie Yon-Courtin

Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

Revue

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

> Abonnement Concurrences +

Devis sur demande
Quote upon request

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

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

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

> Abonnements Basic

HT
Without tax

TTC
Tax included

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

- | | | |
|--|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives) <i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 785,00 € | 942,00 € |
|--|----------|----------|

Revue Concurrences | Review Concurrences

- | | | |
|--|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives) <i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 565,00 € | 678,00 € |
| <input type="checkbox"/> Version imprimée (4 N° pendant un an, pas d'accès aux archives) <i>Print version (4 issues for 1 year, no access to archives)</i> | 615,00 € | 627,92 € |

Renseignements | Subscriber details

Prénom - Nom | *First name - Name*

Courriel | *e-mail*

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

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

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

Formulaire à retourner à | Send your order to:

Institut de droit de la concurrence
68 rue Amelot - 75011 Paris - France | webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

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

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

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