

IV

(Actes adoptés, avant le 1^{er} décembre 2009, en application du traité CE, du traité UE et du traité Euratom)

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 28 octobre 2009

relative à l'amortissement fiscal de la survaleur financière en cas de prise de participations étrangères C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) appliqué par l'Espagne

[notifiée sous le numéro C(2009) 8107]

(Le texte en langue espagnole est le seul faisant foi.)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

(2011/5/CE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 88, paragraphe 2, premier alinéa,

vu l'accord sur l'Espace économique européen, et notamment son article 62, paragraphe 1, point a),

après avoir invité les intéressés à présenter leurs observations ⁽¹⁾ conformément auxdits articles, et compte tenu de ces observations,

considérant ce qui suit:

I. PROCÉDURE

- (1) Par les questions écrites posées à la Commission (n^{os} E-4431/05, E-4772/05 et E-5800/06), plusieurs députés européens ont indiqué que l'Espagne avait promulgué un régime spécial qui accordait prétendument un avantage fiscal injuste aux entreprises espagnoles prenant une participation significative dans des entreprises étrangères, conformément à l'article 12, paragraphe 5, de la loi espagnole sur l'impôt des sociétés (*Real Decreto Legislativo n^o 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades*, ci-après «le TRLIS») ⁽²⁾.
- (2) Par la question écrite n^o P-5509/06, le député européen David Martín (PSE) s'est plaint à la Commission de l'OPA hostile résultant de l'achat d'actions de l'entreprise britannique de production et de distribution d'énergie Scottish Power par le producteur d'énergie espagnol Iberdrola, qui, selon ce député, aurait bénéficié de façon irrégulière d'une aide d'État sous forme de prime fiscale applicable à l'acquisition. Le député a demandé à la Commission d'examiner tous les problèmes de concurrence entraînés par l'acquisition, notifiée le 12 janvier 2007 pour être examinée par la Commission conformément à l'article 4 du règlement (CE) n^o 139/2004 du Conseil du 20 janvier

2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ⁽³⁾ (ci-après «le règlement sur les concentrations»). Par décision du 26 mars 2007 [affaire COMP/M. 4517 — *Iberdrola/Scottishpower*, SG-Greffe (2007) D/201696] ⁽⁴⁾, la Commission a décidé de ne pas s'opposer à l'opération notifiée et de la déclarer compatible avec le marché commun en application de l'article 6, paragraphe 1, point b), du règlement sur les concentrations.

- (3) Par lettres du 15 janvier (D/50164) et du 26 mars 2007 (D-51351), la Commission a invité les autorités espagnoles à lui fournir des informations afin d'évaluer la portée et les effets de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS quant à son éventuelle qualification d'aide d'État et à sa compatibilité avec le marché commun.
- (4) Par lettres du 16 février 2007 (A/31454) et du 4 juin 2007 (A/34596), les autorités espagnoles ont répondu à ces questions.
- (5) Par télécopie du 28 août 2007, la Commission a reçu une plainte d'un opérateur privé, lequel affirmait que le régime mis en place par l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS constituait une aide d'État et n'était pas compatible avec le marché commun. Le plaignant a demandé que son identité ne soit pas divulguée.
- (6) Par décision du 10 octobre 2007 (ci-après «la décision d'ouvrir la procédure»), la Commission a ouvert la procédure formelle d'examen conformément à l'article 88, paragraphe 2, du traité concernant l'amortissement fiscal de la survaleur financière prévue à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, dans la mesure où il paraît remplir tous les critères pour être considéré comme une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité. La Commission a informé l'Espagne qu'elle avait décidé d'ouvrir la procédure prévue à l'article 88, paragraphe 2, du traité. La décision d'ouvrir la procédure a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* ⁽⁵⁾, et les parties intéressées ont été invitées à présenter leurs observations.

⁽³⁾ JO L 24 du 29.1.2004, p. 1.

⁽⁴⁾ Voir http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m4517_20070326_20310_en.pdf

⁽⁵⁾ Voir la note 1 de bas de page.

⁽¹⁾ JO C 311 du 21.12.2007, p. 21.

⁽²⁾ Publié au *Journal officiel de l'État espagnol* le 11 mars 2004.

- (7) Par lettre du 5 décembre 2007, la Commission a reçu les observations de l'Espagne sur la décision d'ouvrir la procédure.
- (8) Entre le 18 janvier et le 16 juin 2008, la Commission a reçu des observations de trente-deux tiers intéressés sur la décision d'ouvrir la procédure. Les tiers qui n'ont pas demandé à garder l'anonymat sont repris à l'annexe de la présente décision.
- (9) Par lettres du 9 avril 2008 (D/51431), du 15 mai 2008 (D/51925), du 22 mai 2008 (D/52035) et du 27 mars 2009 (D/51271), la Commission a envoyé les observations précitées aux autorités espagnoles afin de leur donner la possibilité d'y répondre. Par lettres du 30 juin 2008 (A/12911) et du 22 avril 2009 (A/9531), les autorités espagnoles ont présenté leurs commentaires sur les observations des tiers intéressés.
- (10) Le 18 février 2008, le 12 mai et le 8 juin 2009, des réunions techniques ont eu lieu entre les autorités espagnoles et les représentants de la Commission afin d'éclaircir, notamment, certains aspects de l'application du système en question et l'interprétation de la législation espagnole pertinente aux fins de l'examen du dossier.
- (11) Le 7 avril 2008, une réunion s'est tenue entre les représentants de la Commission et de Banco de Santander SA; le 16 avril 2008, une réunion a été organisée entre les représentants de la Commission et J & A Garrigues SL, le bureau d'avocats représentant différents tiers intéressés; le 2 juillet 2008, une réunion a eu lieu entre les représentants de la Commission et Altadis S.A.; le 12 février 2009, une réunion s'est tenue entre les représentants de la Commission et Telefónica S.A.
- (12) Le 14 juillet 2008, les autorités espagnoles ont présenté des informations supplémentaires relatives à la mesure litigieuse, et notamment des données extraites de l'impôt de 2006 qui fournissaient une description générale des contribuables ayant bénéficié de la mesure litigieuse (ci-après «la mesure litigieuse»).
- (13) Par courrier électronique du 16 juin 2009, les autorités espagnoles ont présenté des éléments supplémentaires et ont affirmé que les entreprises espagnoles continuaient à se heurter à différents obstacles lors de la réalisation de concentrations transfrontières au sein de la Communauté.
- (14) La mesure est régie par l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Plus concrètement, l'article 2, paragraphe 5, de la loi 24/2001 du 27 décembre 2001 a modifié la loi espagnole sur l'impôt des sociétés n° 43/1995 du 27 décembre 1995, en y ajoutant ledit article 12, paragraphe 5. Le décret royal législatif n° 4/2004 du 5 mars 2004 a consolidé les modifications introduites jusqu'alors à la loi sur l'impôt des sociétés dans sa version refondue.
- (15) La Commission est consciente que la législation espagnole a évolué depuis la date où la décision d'ouvrir la procédure a été prise⁽⁶⁾. Néanmoins, elle estime que les dernières modifications apportées ne peuvent ni dissiper ni altérer les doutes exprimés dans la décision d'ouvrir la procédure. Par souci de cohérence, la Commission se référera dans la présente décision à la numérotation de la législation espagnole telle qu'indiquée dans la décision d'ouvrir la procédure, bien qu'elle ait pu entretemps connaître des modifications. Toute nouvelle disposition légale sera explicitement indiquée comme telle.
- (16) L'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, qui fait partie de l'article 12 intitulé «Corrections de valeur: perte de valeur des éléments patrimoniaux», est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2002. Pour l'essentiel, il dispose qu'une entreprise imposable en Espagne peut déduire de son assiette imposable la survaleur résultant d'une prise de participation d'au moins 5 % dans une société étrangère, par des tranches annuelles égales, durant les 20 années qui suivent cette prise de participation au maximum.
- (17) On entend par survaleur la valeur de la bonne réputation du nom commercial, les bonnes relations avec les clients, la qualification des travailleurs et d'autres facteurs similaires qui permettent d'espérer qu'ils produiront à l'avenir des gains supérieurs aux gains apparents. En vertu des principes comptables espagnols⁽⁷⁾, l'écart entre le prix payé pour la prise de participation dans une entreprise et la valeur de marché des actifs qui font partie de l'entreprise s'appelle survaleur et doit être enregistré dans la comptabilité comme actif incorporel distinct lorsque l'entreprise acquiert la prise de participation dans l'entreprise acquise⁽⁸⁾.
- (18) Conformément aux principes fiscaux espagnols, à l'exception de la mesure litigieuse, la survaleur ne peut être amortie qu'en cas de regroupement d'entreprises, c'est-à-dire à la suite d'une acquisition ou contribution des actifs appartenant à des entreprises indépendantes ou après une fusion ou une opération de scission.
- (19)

II. DESCRIPTION DÉTAILLÉE DE LA MESURE LITIGIEUSE

- (14) La mesure litigieuse prévoit un amortissement fiscal de la survaleur financière résultant d'une prise de participation significative dans une société étrangère.

⁽⁶⁾ Loi 4/2008 du 23 décembre 2008, qui a modifié plusieurs dispositions de la législation fiscale.

⁽⁷⁾ Voir les articles 46 et 39 du code de commerce 1885.

⁽⁸⁾ À la suite de l'application de la loi 16/2007, du 4 juillet 2007, réformant et adaptant la législation commerciale en matière comptable en vue de son harmonisation internationale sur la base du droit de l'Union européenne.

- (20) Au sens du système fiscal espagnol, la «survaleur» équivaut à la survaleur financière qui aurait été enregistrée dans la comptabilité en cas de regroupement de l'entreprise acquérante et de l'entreprise acquise. Le concept de survaleur financière visé à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS introduit dès lors dans le domaine des prises de participations une notion généralement utilisée dans la transmission d'actifs ou dans des transactions de regroupement d'entreprises. Conformément à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, la survaleur financière est déterminée en déduisant la valeur de marché des actifs corporels et incorporels de l'entreprise acquise du prix payé pour la prise de participation.
- (21) L'article 12, paragraphe 5, du TRLIS dispose que l'amortissement de la survaleur est conditionné au respect des exigences suivantes, définies en référence à l'article 21 du TRLIS:
- a) le pourcentage de la participation, directe ou indirecte, dans l'entreprise étrangère doit être au moins de 5 % de manière ininterrompue sur une durée d'au moins un an ⁽⁹⁾;
 - b) l'entreprise étrangère doit être assujettie à un impôt similaire à l'impôt applicable en Espagne. Cette condition est réputée remplie si l'entreprise acquise réside dans un pays avec lequel l'Espagne a signé une convention visant à éviter la double imposition internationale et à empêcher l'évasion fiscale ⁽¹⁰⁾;
 - c) les revenus de l'entreprise étrangère doivent provenir essentiellement de la réalisation d'activités à l'étranger. Cette condition est remplie lorsqu'au moins 85 % des revenus de l'entreprise acquise:
 - i) ne sont pas compris dans l'assiette imposable du fait de l'application du régime espagnol de transparence fiscale internationale et sont grevés en tant que bénéfices dégagés en Espagne ⁽¹¹⁾. En particulier, sont réputés remplir ces conditions les revenus tirés des activités suivantes:
 - le commerce en gros, lorsque les biens sont mis à la disposition des acquéreurs dans le pays ou le territoire dans lequel l'entreprise acquise a son siège ou dans tout autre pays ou territoire autre que l'Espagne,
 - les services fournis à des destinataires qui n'ont pas leur domicile fiscal en Espagne,
 - les services financiers fournis à des destinataires qui n'ont pas leur domicile fiscal en Espagne,
 - les services d'assurances relatifs à des risques situés hors de l'Espagne;
 - ii) sont des revenus de dividendes, pour autant que les conditions relatives à la nature du revenu de la participation visée à l'article 21, paragraphe 1,
- point a), et au niveau de participation directe et indirecte de l'entreprise espagnole [article 21, paragraphe 1, point c), deuxième alinéa, du TRLIS] soient remplies ⁽¹²⁾.
- (22) Outre la mesure litigieuse, il convient de présenter brièvement les dispositions suivantes du TRLIS auxquelles il sera fait référence dans la présente décision:
- a) l'article 11, paragraphe 4, du TRLIS ⁽¹³⁾, intitulé «Corrections de valeur: amortissements» et compris dans le chapitre IV du TRLIS qui définit l'assiette imposable, vise l'amortissement durant 20 ans au minimum de la survaleur résultant d'une prise de participation lorsque les conditions suivantes sont remplies: i) la survaleur résulte d'une prise de participation à titre onéreux; ii) le vendeur n'a pas de relation avec l'entreprise acquérante. Les modifications apportées à cette disposition après la décision d'ouvrir la procédure et introduites par la loi 16/2007 du 4 juillet 2007, ont en outre précisé que si la condition ii) n'est pas remplie, le montant payé utilisé aux fins du calcul de la survaleur sera le montant de la prise de participation versé par une entreprise du même groupe si elle avait été achetée par des personnes ou des entreprises non liées à elle. Les modifications prévoient également que iii) une réserve indisponible d'un montant similaire ait été constituée;
 - b) l'article 12, paragraphe 3, du TRLIS, qui fait partie du chapitre IV, permet la déduction partielle pour dépréciation de la participation à des fonds propres d'entreprises nationales et étrangères qui ne sont pas cotées sur un marché secondaire, avec comme plafond la différence entre la valeur théorique comptable au début et à la clôture de l'exercice fiscal. La mesure litigieuse peut être combinée à cet article du TRLIS ⁽¹⁴⁾;
 - c) l'article 89, paragraphe 3, du TRLIS, l'article 89 étant intitulé «Participations au capital de l'entreprise acquise et de l'entreprise acquérante», est compris dans le chapitre VII, section VIII, relatif au «Régime spécial des fusions, scissions, apports d'actifs et échange de valeurs». L'article 89, paragraphe 3, du TRLIS prévoit l'amortissement de la survaleur résultant d'une restructuration d'entreprise. Conformément à cette disposition, les conditions suivantes doivent être remplies pour que l'article 11, paragraphe 4, du TRLIS s'applique à la survaleur résultant d'un regroupement d'entreprises: i) une participation d'au moins 5 % dans l'entreprise acquise avant le regroupement d'entreprises; ii) il faut prouver que la survaleur a été imposée à charge du vendeur; iii) que ce dernier ne doit pas être lié à l'acheteur. Si la condition iii) n'est pas remplie, le montant déduit devra correspondre à une dépréciation irréversible des actifs incorporels;

⁽⁹⁾ Voir l'article 21, paragraphe 1, point a), du TRLIS.

⁽¹⁰⁾ Voir l'article 21, paragraphe 1, point b), du TRLIS.

⁽¹¹⁾ Voir l'article 21, paragraphe 1, point c), premier alinéa, du TRLIS.

⁽¹²⁾ Voir l'article 21, paragraphe 1, point c), deuxième alinéa, du TRLIS.

⁽¹³⁾ Conformément à la législation actuelle, cette disposition est l'article 12, paragraphe 6, du TRLIS.

⁽¹⁴⁾ Comme indiqué explicitement à l'article 12, paragraphe 5, deuxième alinéa: «La déduction de cette différence sera compatible, le cas échéant, avec les dotations auxquelles le considérant 3 du présent article se réfère» [traduction libre].

- d) l'article 21 du TRLIS, intitulé «Exemption visant à éviter la double imposition économique internationale sur les dividendes et les revenus de source étrangère résultants du transfert de valeurs représentatives des fonds propres d'entreprises ne résidant pas sur le territoire espagnol», fait partie du chapitre IV du TRLIS. Cet article 21 définit les conditions applicables à l'exemption des dividendes ou participations aux bénéficiaires d'entreprises ne résidant pas sur le territoire espagnol touchés par une entreprise dont le domicile fiscal est établi en Espagne;
- e) l'article 22 du TRLIS, intitulé «Exemption de certains revenus obtenus à l'étranger par l'intermédiaire d'un établissement permanent», fait partie du chapitre IV du TRLIS. Cet article 22 définit les conditions pour que les revenus obtenus à l'étranger par l'intermédiaire d'un établissement permanent situé en dehors du territoire espagnol soient exonérés d'impôts.
- (23) Aux fins de la présente décision, on entendra par:
- a) transfert d'actifs une opération par laquelle une entreprise transmet à une autre toutes, une ou plusieurs branches d'activité, sans que cela implique l'extinction de la société cédante;
- b) regroupement d'entreprises une opération par laquelle une ou plusieurs entreprises transmettent en bloc, comme conséquence et au moment de leur dissolution sans liquidation, à une autre entreprise préexistante ou à une entreprise qu'elles créent, leurs patrimoines sociaux respectifs, au moyen de l'attribution à leurs actionnaires de valeurs représentatives du capital de l'autre entreprise;
- c) prise de participation une opération par laquelle une entreprise acquiert des actions dans le capital d'une autre entreprise sans obtenir une majorité ni le contrôle des droits de vote de l'entreprise acquise;
- d) entreprise acquise une entreprise ne résidant pas en Espagne, dont le revenu remplit les conditions décrites au considérant 21, point c), dans laquelle une entreprise résidant en Espagne prend une participation;
- e) prises de participation intracommunautaires les prises de participations qui réunissent toutes les conditions visées à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, dans une entreprise acquise formée conformément à la législation d'un État membre et dont le siège social, l'administration centrale ou le centre d'activité principal se trouvent au sein de la Communauté;
- f) prises de participation extracommunautaires les prises de participations qui réunissent toutes les conditions visées à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, dans une entreprise acquise qui n'a pas été formée conformément à la législation d'un État membre ou dont le siège social, l'administration centrale ou le centre d'activité principal ne se trouvent pas au sein de la Communauté.
- ### III. MOTIFS DE L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE
- (24) Dans la décision d'ouvrir la procédure, la Commission a ouvert la procédure formelle d'examen conformément à l'article 88, paragraphe 2, du traité concernant la mesure litigieuse, dans la mesure où elle paraissait remplir tous les critères pour être considérée comme une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité. La Commission doutait que la mesure litigieuse pût être considérée compatible avec le marché commun, puisqu'aucune des exceptions prévues à l'article 87, paragraphes 2 et 3, ne semblait lui être applicable.
- (25) Plus particulièrement, la Commission a considéré que la mesure litigieuse dépassait la portée ordinaire du système espagnol d'impôt sur les sociétés, qui est le système fiscal de référence. La Commission a également soutenu que l'amortissement fiscal de la survaleur financière résultant de la prise de participation de 5 % dans une entreprise étrangère semblait constituer un avantage exceptionnel.
- (26) La Commission a estimé que l'amortissement fiscal s'appliquait seulement à une catégorie particulière d'entreprises, à savoir celles qui prennent certaines participations s'élevant au moins à 5 % du capital social de l'entreprise acquise, et uniquement par rapport à des entreprises étrangères à la condition que les critères prévus à l'article 21, paragraphe 1, du TRLIS soient remplis. La Commission a également souligné que, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, une réduction fiscale favorisant uniquement l'exportation de produits nationaux était constitutive d'une aide d'État⁽¹⁵⁾. Par conséquent, la mesure litigieuse semble être sélective.
- (27) Dans ce contexte, la Commission a également considéré que l'avantage sélectif ne semblait pas se justifier par la nature inhérente du système fiscal. Plus particulièrement, elle a estimé que la différenciation créée par la mesure litigieuse, qui s'écarte du régime général des systèmes comptable et fiscal de l'Espagne, ne pouvait se justifier par des raisons liées à des aspects techniques du système fiscal. En effet, la survaleur ne peut se déduire qu'en cas de regroupement d'entreprises ou de transfert d'actifs, à la seule exception prévue dans la mesure litigieuse. La Commission a aussi jugé disproportionné que la mesure litigieuse prétende atteindre les objectifs de neutralité poursuivis par le système espagnol parce qu'elle se limite uniquement à la prise de participations significatives dans des entreprises étrangères.

⁽¹⁵⁾ Voir l'arrêt de la Cour de justice du 10 décembre 1969, affaires jointes 6/69 et 11/69, *Commission/France*, Recueil 1969, p. 523. Voir également le point 18 de la communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises (JO C 384 du 10.12.1998, p. 3).

- (28) En outre, la Commission a considéré que la mesure litigieuse supposait l'utilisation de ressources de l'État dans la mesure où elle impliquait une renonciation à des rentrées fiscales par le ministère espagnol des finances. Enfin, la mesure litigieuse était susceptible de fausser la concurrence sur le marché de la prise de participations dans des entreprises européennes en conférant un avantage économique sélectif aux entreprises espagnoles qui prennent une participation significative dans des entreprises étrangères. La Commission n'a pas non plus trouvé le moindre motif permettant de considérer que la mesure litigieuse était compatible avec le marché commun.
- (29) Par conséquent, la Commission a conclu que la mesure litigieuse pouvait constituer une aide d'État incompatible, auquel cas la récupération devrait se faire conformément aux dispositions de l'article 14 du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE. À cet égard, la Commission a invité les autorités espagnoles et les parties intéressées à présenter leurs observations quant à l'éventuelle présence de confiance légitime ou de tout principe général de droit communautaire permettant à la Commission de renoncer à titre exceptionnel à la récupération conformément à l'article 14, paragraphe 1, deuxième phrase, du règlement du Conseil précité.

IV. OBSERVATIONS DES AUTORITÉS ESPAGNOLES ET DES TIERS INTÉRESSÉS

- (30) La Commission a reçu les observations des autorités espagnoles⁽¹⁶⁾ et de trente-deux tiers intéressés⁽¹⁷⁾, parmi lesquels huit sont des associations.
- (31) En résumé, les autorités espagnoles considèrent que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS constitue une mesure générale et non une exception au système fiscal espagnol, étant donné que cette disposition permet l'amortissement d'un actif incorporel, qui s'applique à tout contribuable qui prend une participation significative dans une entreprise étrangère. Compte tenu de la pratique de la Commission et de la jurisprudence en la matière, les autorités espagnoles estiment que les mesures litigieuses ne peuvent être considérées comme une aide d'État au sens de l'article 87 du traité. En outre, elles estiment qu'une conclusion différente affaiblirait le principe de sécurité juridique. Elles contestent également la compétence de la Commission pour s'opposer à cette mesure générale, en affirmant que les règles sur les aides d'État ne permettent pas à la Commission d'harmoniser les questions fiscales en se basant sur elles.
- (32) De manière générale, trente tiers intéressés (ci-après «les trente parties intéressées») soutiennent les points de vue des autorités espagnoles, tandis que deux autres tiers (ci-après «les deux parties») considèrent que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS constitue une aide d'État illégale

incompatible avec le marché commun. Par conséquent, dans les sections qui suivent, les arguments des trente parties intéressées seront présentés avec la position des autorités espagnoles, tandis que les arguments des deux parties seront exposés à part.

A. Observations des autorités espagnoles et des trente parties intéressées

- (33) De manière préliminaire, les autorités espagnoles soulignent que les impôts directs relèvent de la compétence des États membres. Par conséquent, l'action de la Commission dans ce domaine doit respecter le principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité. Par ailleurs, les autorités espagnoles rappellent que l'article 3 et l'article 58, paragraphe 1, point a), du traité permettent aux États membres d'établir des régimes fiscaux différents selon la localisation de l'investissement ou la résidence fiscale du contribuable, sans que cela soit considéré comme une restriction à la libre circulation des capitaux.
- (34) Les trente parties intéressées affirment en outre qu'une décision négative de la Commission enfreindrait le principe d'autonomie fiscale nationale établi dans le traité, ainsi que l'article 56 du traité, qui interdit les restrictions à la libre circulation des capitaux.

A.1. La mesure litigieuse ne constitue pas une aide d'État

- (35) Les autorités espagnoles et les trente parties intéressées considèrent que la mesure litigieuse ne constitue pas une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité étant donné que: i) elle ne confère pas d'avantage économique; ii) elle ne favorise pas certaines entreprises; iii) elle ne fausse ni ne menace de fausser la concurrence entre les États membres. Conformément à la logique du système fiscal espagnol, elles considèrent que la mesure litigieuse doit être considérée comme une mesure générale qui s'applique indistinctement à tout type d'entreprise et à tout type d'activité.

A.1.1. La mesure litigieuse ne confère pas d'avantage économique

- (36) Contrairement à la position manifestée par la Commission dans la décision d'ouvrir la procédure, d'après les autorités espagnoles, l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS ne constitue pas une exception au système espagnol d'impôt sur les sociétés, étant donné que: i) le régime comptable espagnol n'est pas un point de référence approprié pour fonder l'existence d'une exception au système fiscal; et ii) même s'il l'était, la caractérisation de la survaleur financière en tant qu'actif amortissable sur une certaine durée est ancrée historiquement dans les régimes espagnols de comptabilité et de fiscalité des entreprises.

⁽¹⁶⁾ Voir le considérant 7.

⁽¹⁷⁾ Voir le considérant 8.

- (37) Premièrement, en raison de la non-harmonisation des normes comptables, le bénéfice comptable ne peut servir de point de référence pour établir le caractère exceptionnel de la mesure litigieuse. En effet, en Espagne, l'assiette imposable est calculée sur la base du bénéfice comptable, rectifié conformément à la législation fiscale. Par conséquent, en l'espèce, les considérations comptables ne peuvent pas, d'après l'Espagne, servir de point de référence pour une mesure fiscale.
- (38) Deuxièmement, il est erroné de considérer que l'amortissement de la survaleur ne s'inscrit pas dans la logique du régime comptable espagnol, puisque tant la survaleur ⁽¹⁸⁾ que la survaleur financière ⁽¹⁹⁾ peuvent s'amortir durant une durée maximale de vingt ans. Ces règles empiriques reflètent la perte de valeur des actifs sous-jacents, qu'ils soient corporels ou non. Par conséquent, l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS ne constitue pas une exception puisqu'il ne s'écarte pas des règles relatives à l'amortissement de la survaleur définies dans les systèmes comptable et fiscal de l'Espagne.
- (39) Troisièmement, les autorités espagnoles signalent que la mesure litigieuse ne constitue pas un véritable avantage économique étant donné qu'en cas de vente de la participation prise, le montant déduit est récupéré au moyen de l'impôt sur la plus-value, de telle façon que le contribuable se trouverait dans la même situation que si l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS ne lui avait pas été appliqué.
- (40) Quatrièmement, la Commission se serait référée à tort à l'article 11, paragraphe 4, et à l'article 89, paragraphe 3, du TRLIS pour établir l'existence d'un avantage. Dans la décision d'ouvrir la procédure, la Commission déclare que, pour bénéficier de l'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, il n'est pas nécessaire qu'il y ait regroupement d'entreprises ni prise de contrôle de l'entreprise acquise. Cette affirmation témoigne d'une compréhension erronée du système fiscal espagnol, dès lors que ces deux articles n'empêchent pas qu'un groupe d'entreprises acquérant conjointement le contrôle d'une entreprise acquise déduise une fraction correspondante à la survaleur résultant de l'opération. Par conséquent, pour appliquer ces deux articles, il n'est pas nécessaire qu'il y ait un contrôle individuel de l'entreprise acquise pour bénéficier de la mesure litigieuse. Dans ce contexte, il ne serait pas opportun de considérer que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS réserve un traitement plus favorable comparé à l'article 11, paragraphe 4, ou à l'article 89, paragraphe 3, du TRLIS en ce qui concerne la position de contrôle des bénéficiaires. Enfin, s'agissant du critère de participation de 5 %, il convient de souligner qu'il est cohérent avec les conditions fixées conformément à l'article 89, paragraphe 3, du TRLIS, mais aussi avec les directives et la pratique de la Commission ⁽²⁰⁾.
- (41) Les autorités espagnoles affirment que c'est aussi à tort que la Commission se réfère à l'article 12, paragraphe 3,

du TRLIS pour établir le caractère prétendument avantageux de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS: l'article 12, paragraphe 3, s'applique à des situations de dépréciation en cas de perte objective subie par l'entreprise acquise, tandis que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS complète cette disposition et reflète la perte de valeur imputable à la dépréciation de la survaleur financière.

- (42) Cinquièmement, la communication de la Commission sur l'application des règles relatives aux aides d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises ⁽²¹⁾ (ci-après «la communication de la Commission») indique explicitement que les règles d'amortissement n'impliquent pas une aide d'État. Étant donné que le coefficient actuel d'amortissement de la survaleur financière durant une période minimale de vingt ans coïncide avec le coefficient d'amortissement de la survaleur, la règle ne constitue pas une exception au régime fiscal général.
- (43) Enfin, les trente parties intéressées considèrent également que si la mesure litigieuse constituait un avantage, les bénéficiaires seraient, en dernière analyse, les actionnaires de l'entreprise acquise, puisqu'ils percevraient le prix payé par l'entreprise acquérante qui bénéficie de la mesure litigieuse.

A.1.2. La mesure litigieuse ne favorise pas certaines entreprises ou productions

- (44) Premièrement, l'Espagne prétend que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS est une mesure générale puisqu'elle est ouverte à n'importe quelle entreprise espagnole indépendamment de son activité, de son secteur, de sa taille, de sa forme ou de toute autre caractéristique. La seule condition prévue dans la mesure litigieuse pour que le contribuable puisse en bénéficier est d'être imposable en Espagne. Le fait que tous les contribuables ne bénéficient pas de la mesure litigieuse ne la rend pas pour autant sélective. Par conséquent, l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS ne peut être sélectif ni de facto ni de jure au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité. À cet égard, par lettre du 14 juillet 2008 ⁽²²⁾, les autorités espagnoles ont fourni des données extraites des déclarations de revenu espagnoles de 2006, lesquelles montrent que tous types d'entreprises (PME et grandes entreprises), ainsi que des entreprises actives dans différents secteurs économiques, avaient bénéficié de la mesure litigieuse. Les autorités espagnoles soulignent aussi que, dans un arrêt récent ⁽²³⁾, le Tribunal de première instance a indiqué qu'un nombre limité de bénéficiaires ne suffisait pas davantage en soi à démontrer la sélectivité de la mesure, puisqu'il peut représenter l'intégralité des entreprises se trouvant dans une situation factuelle et juridique similaire. En particulier, les autorités espagnoles font valoir que la mesure litigieuse présente des similitudes avec une affaire récente ⁽²⁴⁾ que la Commission a considérée comme une mesure générale et, partant, elles réclament le même traitement.

⁽¹⁸⁾ Les autorités espagnoles ont renvoyé à l'article 194 du décret royal 1564/1989 du 22 décembre 1989.

⁽¹⁹⁾ Les autorités espagnoles ont renvoyé à la résolution de l'Institut de comptabilité et d'audit des comptes (ICAC) n° 3, BOICAC, 27.11.1996.

⁽²⁰⁾ Voir la décision N 354/04 de la Commission du 22 septembre 2004, Irish Holding Company Regime (JO C 131 du 28.5.2005, p. 10).

⁽²¹⁾ JO C 384 du 10.12.1998, p. 3.

⁽²²⁾ Voir le considérant 12.

⁽²³⁾ Voir l'arrêt du Tribunal de première instance du 10 avril 2008, affaire T-233/04, *Pays-Bas/Commission*, Recueil 2008, p. II-591.

⁽²⁴⁾ Voir la décision N 480/07 de la Commission du 14 février 2008, *Reducción de ingresos procedentes de determinados activos intangibles* (JO C 80 du 1.4.2008, p. 1).

- (45) Deuxièmement, d'après les autorités espagnoles et les trente parties intéressées, la Commission a mélangé, dans sa décision d'ouvrir la procédure, le concept de sélectivité et les conditions objectives de la mesure litigieuse qui ne se réfèrent qu'à certaines transactions (à savoir la participation dans une entreprise étrangère acquise). En effet, la Commission prétend que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS est sélectif du fait qu'il ne réserve pas le même traitement aux investissements similaires dans des entreprises espagnoles. Néanmoins, la Commission fait fi de ce que le critère de sélectivité n'est pas déterminé par le fait que le bénéficiaire de la mesure litigieuse soit un groupe d'entreprises ou une entreprise multinationale ayant une participation dans une entreprise acquise. Le fait qu'une mesure bénéficie uniquement aux entreprises qui remplissent le critère objectif exposé dans la mesure litigieuse ne suffit pas en soi à ce que la mesure soit sélective. Le critère de sélectivité implique nécessairement l'imposition des restrictions subjectives au bénéficiaire de la mesure litigieuse. Le critère de sélectivité créé par ce processus est contraire à la pratique antérieure de la Commission et est trop vague. Le développement de ce concept mènerait à tort à la conclusion que la majorité des dépenses fiscalement déductibles tombent sous le coup de l'article 87, paragraphe 1, du traité.
- (46) Les autorités espagnoles ajoutent que le fait de limiter l'amortissement de la survaleur financière à celui qui résulte d'une prise de participation significative dans une entreprise acquise ne suffit pas à priver la mesure litigieuse de son caractère général, puisqu'elle s'applique indistinctement à toute entreprise imposée en Espagne sans aucune autre condition. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes⁽²⁵⁾, une mesure qui profite indistinctement à l'ensemble des entreprises situées sur le territoire national n'est pas susceptible de constituer une aide d'État.
- (47) Troisièmement, en ce qui concerne le seuil de 5 %, ce niveau n'exige pas d'investir un certain montant minimal et, partant, la mesure litigieuse ne profite pas uniquement aux grandes entreprises. S'agissant du fait que l'application de la mesure litigieuse n'exige pas que le vendeur soit imposé sur la plus-value obtenue, les autorités espagnoles estiment qu'il n'est pas pertinent, dès lors qu'elles ne sont pas compétentes pour contrôler les revenus perçus à l'étranger par un vendeur résident non soumis à l'impôt en Espagne. Enfin, le fait de limiter, pour des raisons de technique fiscale, la portée d'une mesure aux prises de participation dans des entreprises acquises est cohérent avec la situation qui résulte de l'application de différentes directives communautaires. Par exemple, en conséquence de l'application de la directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents⁽²⁶⁾ (ci-après «la directive sur les paiements d'intérêts et de redevances transfrontaliers»), et de la directive 2003/123/CE du Conseil du 22 décembre 2003 modifiant la directive 90/435/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents⁽²⁷⁾ (ci-après «la directive sur les sociétés mères et filiales»), le traitement fiscal des dividendes, intérêts ou redevances peut être différent selon qu'ils sont payés par une entreprise nationale ou étrangère.
- (48) Quatrièmement, l'introduction de la mesure litigieuse est justifiée dans tous les cas par le principe de neutralité, qui inspire toute la législation fiscale espagnole. Ce principe implique que le traitement fiscal d'un investissement doit être neutre indépendamment des instruments utilisés, qu'il s'agisse d'un transfert d'actifs, d'un regroupement d'entreprises ou d'une prise de participation. Par conséquent, l'amortissement fiscal d'un investissement doit être identique quel que soit l'instrument utilisé pour réaliser l'acquisition en question. L'objectif final de la mesure litigieuse, d'un point de vue plus large, consiste à garantir la libre circulation des capitaux en évitant un traitement fiscal discriminatoire entre les transactions avec des entreprises acquises par rapport aux transactions simplement nationales. Étant donné que les prises de participations significatives dans des entreprises résidentes peuvent entraîner le regroupement des entreprises acquérantes et des entreprises acquises sans aucun obstacle de nature légale ou fiscale, la survaleur qui résulterait, à des fins fiscales, de ce regroupement pourrait être amortie⁽²⁸⁾. Cependant, la survaleur des opérations transfrontières ne peut apparaître tant que l'harmonisation à l'échelon communautaire n'est pas finalisée ou, pire encore, tant qu'il n'existera aucune harmonisation en dehors de la Communauté. En effet, les autorités espagnoles affirment⁽²⁹⁾ que «c'est pour cette raison que la législation fiscale espagnole a prévu des régimes fiscaux différents, comme c'est le cas des prises de participation dans des entreprises étrangères par rapport aux prises de participation dans des entreprises espagnoles (impossibilité de réaliser des opérations de concentration, d'assumer des risques, etc.), en vue de parvenir à la neutralité fiscale poursuivie par la législation espagnole interne et par le droit communautaire lui-même, ainsi qu'afin d'obtenir une logique cohérente et efficace du système fiscal espagnol» [traduction libre]. Bien que la directive 90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant les sociétés d'États membres différents⁽³⁰⁾ («ci-après la directive sur la fiscalité transfrontalière») ait éliminé les barrières fiscales, la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux⁽³¹⁾ (ci-après «la directive sur les fusions transfrontalières») ⁽³²⁾ n'a toujours pas été transposée dans l'ordre juridique interne. Dans la pratique, cette situation rend impossible le regroupement d'entreprises d'États membres différents. Par conséquent, la mesure litigieuse vise à supprimer l'incidence négative

⁽²⁵⁾ Voir l'arrêt de la Cour de justice du 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, Recueil 2001, p. I-8365.

⁽²⁶⁾ JO L 157 du 26.6.2003, p. 49.

⁽²⁷⁾ JO L 7 du 13.1.2004, p. 41.

⁽²⁸⁾ En application de l'article 89, paragraphe 3, du TRLIS.

⁽²⁹⁾ Voir la lettre du 5 décembre 2007 envoyée par les autorités espagnoles à la Commission, p. 35, précitée au considérant 7.

⁽³⁰⁾ JO L 225 du 20.8.1990, p. 1.

⁽³¹⁾ JO L 310 du 25.11.2005, p. 1.

⁽³²⁾ Les observations des autorités espagnoles ont été reçues le 5 décembre 2007 alors que les États membres devaient appliquer la directive 2005/56/CE avant le 15 décembre 2007.

de ces obstacles, dont l'existence n'est pas imputable à l'Espagne⁽³³⁾. Il est dès lors nécessaire de limiter la portée de la mesure litigieuse aux acquisitions transfrontalières afin d'appliquer le principe de neutralité. Par conséquent, selon les autorités espagnoles toujours, le système fiscal espagnol traite de façon différente des contribuables qui se trouvent dans des situations différentes⁽³⁴⁾, ce qui garantit la neutralité du système fiscal espagnol, ainsi que l'exigent le système fiscal espagnol lui-même et le traité. En particulier, le 16 juin 2009, les autorités espagnoles ont reconnu que, bien que la directive sur les fusions transfrontalières ait des retombées positives, les entreprises européennes demeurent confrontées à plusieurs obstacles⁽³⁵⁾ concernant les fusions transfrontalières en raison du manque de transposition dans le droit national (droits des actionnaires minoritaires, droits des créanciers, problèmes de marque, autres aspects réglementaires plus importants, notamment le droit du travail, les considérations politiques et stratégiques générales).

- (49) En conclusion, la mesure litigieuse vise à supprimer les obstacles fiscaux que le système fiscal espagnol pose à la décision d'investir en pénalisant les prises de participation dans des entreprises étrangères par rapport aux prises de participation dans des entreprises nationales. La mesure litigieuse garantit le même traitement aux deux types d'acquisition (acquisitions directes d'actifs et acquisitions indirectes au moyen de la prise de participation): ainsi, elle permet d'identifier le survaleur qui résulte de ces deux types d'acquisition (survaleur directe et survaleur financière) afin de promouvoir l'intégration des différents marchés, jusqu'à ce que les obstacles de fait et de droit aux regroupements transfrontaliers d'entreprises aient disparu. De cette façon, les autorités espagnoles veillent à ce que les contribuables choisissent d'investir au niveau local ou transfrontalier sans être affectés par lesdits obstacles. En effet, l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS rétablit des conditions de concurrence équitable en supprimant les conséquences négatives des obstacles.

A.1.3. La mesure litigieuse ne fausse pas la concurrence et n'affecte pas les échanges communautaires

- (50) Les autorités espagnoles affirment que la Commission n'a pas prouvé, ainsi que la législation l'exige, que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS restreint la concurrence, puisque i) le prétendu «marché de l'acquisition d'actions d'entreprises» ne constitue pas un marché de référence aux fins du droit de la concurrence; et ii) même s'il l'était, l'amor-

tissement de la survaleur financière n'affecte pas en soi la compétitivité des entreprises espagnoles.

- (51) Premièrement, la Commission a estimé que la mesure litigieuse constitue un avantage contraire à la concurrence en se basant sur le fait que l'article 12, paragraphe 5, permet aux contribuables espagnols d'obtenir un bonus en raison de la prise de participation significative dans une entreprise acquise. Néanmoins, la Commission n'a procédé à aucune évaluation comparative de la réalité économique des entreprises espagnoles et internationales.
- (52) Deuxièmement, étant donné que la mesure litigieuse est ouverte à toutes les entreprises espagnoles sans aucune limitation, elle ne peut pas fausser la concurrence. En effet, n'importe quelle entreprise qui se trouverait dans la même situation qu'un bénéficiaire de la mesure litigieuse peut bénéficier de cette mesure, en réduisant ainsi sa charge fiscale, ce qui supprime tout avantage concurrentiel susceptible d'en résulter. Ainsi, la fiscalité moindre d'un État membre qui pourrait améliorer la situation concurrentielle des entreprises locales ne doit pas être évaluée à la lumière de la législation sur les aides d'État si elle revêt un caractère général.
- (53) Enfin, la Commission a déjà examiné à la lumière du règlement sur les concentrations de nombreuses opérations transfrontalières espagnoles⁽³⁶⁾ qui auraient pu bénéficier de la mesure litigieuse. Toutefois, la Commission n'a soulevé dans aucun de ces examens la moindre éventualité que la concurrence soit faussée.
- (54) Les allégations de la Commission s'écartent non seulement de la réalité, mais aussi de la réalité d'investissement des entreprises espagnoles. La mesure litigieuse ne fausse pas la concurrence, pas plus qu'elle n'affecte négativement les conditions des échanges intracommunautaires dans une mesure contraire à l'intérêt commun.
- (55) Sur un marché non harmonisé, des opérations identiques ont une incidence fiscale différente selon le domicile fiscal des opérateurs en raison de la compétence des systèmes fiscaux. Cette situation fausse la concurrence, même si les mesures nationales en question sont générales. Autrement dit, le fait que la concurrence soit faussée n'est pas le résultat d'une aide d'État, mais d'une absence d'harmonisation. Si l'on suit le raisonnement de la Commission, cette dernière devrait ouvrir des procédures formelles d'examen au sujet de centaines de mesures nationales, ce qui entraînerait une insécurité juridique hautement préjudiciable pour les investissements étrangers.

⁽³³⁾ Voir les considérants du règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC) (JO L 207 du 18.8.2003, p. 1) et l'avis du Comité économique et social européen du 28 avril 2004, COM(2003) 703 final — 2003/2077 (COD).

⁽³⁴⁾ D'après la page 8 de la lettre des autorités espagnoles datée du 30 juin 2008, voir le considérant 9 ci-dessus.

⁽³⁵⁾ En référence à l'évaluation des services de la Commission de l'application de la directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition (JO L 142 du 30.4.2004, p. 12).

⁽³⁶⁾ Voir les décisions de la Commission du 10 juin 2005, Cesky Telecom; du 10 janvier 2005, O₂; du 23 mai 2006, Québec, GIC, BAA; du 15 septembre 2004, Abbey National; et du 26 mars 2007, Scottish Power, disponibles à l'adresse <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/>

A.2. Compatibilité

- (56) Même si la Commission considère que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS constitue une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité, cette disposition est compatible avec l'article 87, paragraphe 3, du traité, puisqu'il contribue à l'intérêt communautaire de promouvoir l'intégration des entreprises internationales.
- (57) Conformément au plan d'action dans le domaine des aides d'État ⁽³⁷⁾, une mesure peut être déclarée compatible si elle corrige une défaillance du marché, si elle répond à des objectifs d'intérêt commun clairement définis et qu'elle ne fausse pas la concurrence et les échanges intra-communautaires dans une mesure contraire à l'intérêt commun. En l'espèce, la défaillance du marché consiste en la difficulté (ou la presque impossibilité) d'effectuer des regroupements transfrontaliers d'entreprises. L'article 12, paragraphe 5, du TRLIS vise à encourager la création d'entreprises paneuropéennes, en mettant les acquisitions nationales et les acquisitions transfrontalières sur un pied d'égalité.
- (58) Par conséquent, de l'avis des autorités espagnoles, l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS est compatible avec le marché commun puisqu'à défaut d'harmonisation fiscale européenne, il parvient à éliminer de façon proportionnée les obstacles à l'investissement transfrontalier. En effet, la mesure litigieuse vise à supprimer l'incidence négative des barrières aux regroupements transfrontaliers d'entreprises et à rendre le traitement fiscal des regroupements transfrontières équivalent à celui des regroupements locaux, ce qui garantit que les décisions prises concernant ces opérations ne soient pas fondées sur des considérations fiscales, mais uniquement sur des considérations économiques.

A.3. Confiance légitime et sécurité juridique

- (59) Enfin, si la Commission déclare que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS constitue une aide d'État incompatible avec le marché commun, elle doit reconnaître que certaines circonstances justifient la non-récupération de l'aide d'État prétendument reçue en vertu de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Les bénéficiaires doivent avoir le droit d'effectuer l'amortissement exceptionnel de la survaleur financière correspondant aux acquisitions réalisées avant la date de publication de la décision finale.
- (60) En premier lieu, la Commission semble reconnaître, dans la décision d'ouvrir la procédure, l'existence probable

d'une confiance légitime. Par conséquent, conformément à la jurisprudence du Tribunal de première instance ⁽³⁸⁾, cette déclaration constitue un indice clair de l'existence d'une confiance légitime. Dans la mesure où la décision d'ouvrir la procédure ne préjuge pas du dénouement de la procédure formelle d'examen, la confiance légitime doit être reconnue pour toutes les opérations effectuées avant la date de publication de la décision finale.

- (61) Deuxièmement, dans ses réponses aux questions écrites ⁽³⁹⁾ posées par des députés européens, la Commission a déclaré que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS ne constituait pas une aide d'État. Cette déclaration reflète une position claire de la Commission, qui donne une confiance légitime évidente aux autorités espagnoles et aux bénéficiaires de la mesure litigieuse.
- (62) Troisièmement, conformément à la conclusion à laquelle la Commission est parvenue dans des affaires similaires ⁽⁴⁰⁾, la Commission a fourni toute une série de preuves indirectes que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS ne constitue pas une aide d'État. Compte tenu de ces décisions, une entreprise prudente n'aurait pas été en mesure de prédire que la Commission pouvait adopter une position contraire.
- (63) Enfin, la mesure litigieuse doit continuer à s'appliquer à toutes les opérations antérieures à la date de publication d'une décision négative jusqu'à la fin de l'amortissement de la survaleur financière. En effet, la mesure litigieuse correspond à un droit de déduire un certain montant, déterminé au moment de l'acquisition, dont la déduction est fractionnée au cours des vingt années qui suivent. Par ailleurs, en raison de la position adoptée par la Commission dans des affaires similaires ⁽⁴¹⁾, il est justifié de considérer que la confiance légitime doit se maintenir jusqu'à la date de publication de la décision finale.

B. Observations des deux parties

- (64) De l'avis des deux parties, l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS constitue une aide d'État. Elles estiment qu'en l'espèce, il n'existe pas de confiance légitime et demandent par conséquent à la Commission d'ordonner la récupération de toute aide illégale perçue.

⁽³⁸⁾ Arrêt du Tribunal de première instance du 12 septembre 2007 dans l'affaire T-348/03, *Koninklijke Friesland Foods/Commission*, Recueil 2007, p. II-101.

⁽³⁹⁾ Questions écrites E-4431/05 et E-4772/05.

⁽⁴⁰⁾ Notamment, la décision de la Commission du 30 juillet 2004 dans l'affaire N 354/04, *Irish Holding Company Regime* (JO C 131 du 28.5.2005, p. 11), et la décision de la Commission du 13 juillet 2006 dans l'affaire C 4/07 (ex N 465/06), *Groepsrentebox* (JO C 66 du 22.3.2007, p. 30).

⁽⁴¹⁾ Voir la décision 2001/168/CECA de la Commission du 31 octobre 2000 relative aux lois espagnoles sur l'impôt sur les sociétés (JO L 60 du 1.3.2001, p. 57).

⁽³⁷⁾ Plan d'action dans le domaine des aides d'État – Des aides d'État moins nombreuses et mieux ciblées: une feuille de route pour la réforme des aides d'État 2005-2009, COM(2005) 107 final (JO L 1 du 4.1.2003, p. 1).

B.1. La mesure litigieuse constitue une aide d'État

B.1.1. La mesure litigieuse confère un avantage économique

(65) D'après les deux parties, l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS est de nature exceptionnelle étant donné que le système fiscal espagnol ne permet, à l'exception de cette disposition, aucun amortissement de la survaleur financière, mais seulement une déduction en cas de dépréciation. Jusqu'à l'introduction de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, la législation espagnole sur l'impôt sur les sociétés ne permettait pas l'amortissement des prises de participation indépendamment qu'il y ait réellement dépréciation ou non. Elles soulignent que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS est probablement unique dans la sphère européenne et qu'aucun autre État membre n'a de régime similaire relatif aux transactions transfrontalières sans acquisition d'actions de contrôle.

(66) Conformément au système fiscal espagnol, la survaleur ne peut être amortie qu'en cas de regroupement d'entreprises, la seule exception étant la mesure litigieuse, qui permet l'amortissement dans une situation exceptionnelle: en cas de prise de participation minoritaire dans une entreprise acquise. Cette mesure s'écarte du système fiscal général, puisque l'amortissement est possible non seulement sans qu'il y ait regroupement d'entreprises, mais aussi dans les cas où l'acheteur n'acquiert même pas le contrôle de l'entreprise étrangère acquise. L'article 12, paragraphe 5, du TRLIS concède ainsi un avantage à certaines entreprises espagnoles par rapport a) aux autres entreprises espagnoles qui n'opèrent qu'au niveau national et b) aux autres opérateurs communautaires, qui sont concurrents, à l'échelle internationale, des bénéficiaires espagnols de la mesure litigieuse.

(67) D'un point de vue économique, les autorités espagnoles non seulement octroient un prêt sans intérêt, lequel sera utilisé sur une période de vingt ans (ajournement sans intérêt du paiement de l'impôt), mais elles laissent aussi à la discrétion du prestataire la date du remboursement du prêt sans intérêt, pour autant que ce prêt soit réellement remboursé. Si l'investisseur ne transfère pas la participation significative, l'effet est le même qu'une remise de la dette de la part des autorités espagnoles. Dans ce cas, la mesure revient à une exonération fiscale permanente.

(68) Une des parties calcule que, du fait de la mesure litigieuse, les acquéreurs espagnols, du secteur bancaire par exemple, peuvent payer quelque 7 % en moins qu'ils le feraient en l'absence de cette mesure. Toutefois, elle reconnaît aussi que, le prix de l'offre étant une combinaison de différents éléments supplémentaires, la mesure litigieuse n'est pas le seul facteur, bien qu'elle soit probablement l'un des facteurs les plus déterminants de l'agressivité des acquéreurs espagnols potentiels qui bénéficient de la mesure litigieuse. Cette partie considère

également que la mesure litigieuse concède un avantage définitif aux acquéreurs espagnols potentiels dans les enchères internationales.

B.1.2. La mesure litigieuse favorise certaines entreprises ou productions

(69) Il existe un parallélisme clair et les circonstances qui ont conduit à l'arrêt de la Cour de justice du 15 juillet 2004⁽⁴²⁾. Malgré les arguments avancés par les autorités espagnoles selon lesquels la mesure litigieuse dans ce dernier cas n'est pas sélective étant donné que l'article 37 du TRLIS s'applique à toutes les entreprises espagnoles qui réalisent des investissements internationaux, la Cour de justice a estimé que la mesure constituait une aide d'État étant donné qu'elle se limitait à une catégorie d'entreprises, à savoir celles qui réalisent certains investissements internationaux. Ce même raisonnement peut s'appliquer à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Ainsi, le caractère sélectif de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS est dû au fait que seules les entreprises qui prennent une participation dans des entreprises étrangères peuvent en bénéficier.

(70) En outre, seules les entreprises d'une certaine taille et dotée d'une certaine solidité financière, avec des opérations multinationales, peuvent bénéficier de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Bien que le bilan de l'entreprise reflète les valeurs comptables des actifs, il est peu probable qu'il reflète aussi les valeurs de marché tacites des actifs. Dès lors, dans la pratique, seuls les opérateurs qui ont un intérêt de contrôle dans les entreprises acquises ont un accès suffisant aux documents d'une entreprise pour déterminer la valeur de marché tacite des actifs de l'entreprise. Par conséquent, le seuil des 5 % favorise les entreprises qui effectuent des opérations multinationales.

(71) Par ailleurs, seul un opérateur espagnol qui a une entreprise en Espagne a une assiette imposable espagnole et peut profiter de la dépréciation. Par conséquent, seules les entreprises résidant en Espagne avec une assiette imposable espagnole significative peuvent en bénéficier dans la pratique, puisque l'avantage potentiel est lié à la dimension de l'opération espagnole et non à celle de l'acquisition. Même si l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS est rédigé de manière à s'appliquer à tous les opérateurs établis en Espagne, dans la pratique, seul un nombre limité et identifiable d'entreprises imposables en Espagne, qui ont effectué des acquisitions étrangères durant l'exercice pertinent et qui ont une assiette imposable d'un certain montant pour pouvoir effectuer la déduction de la survaleur, peuvent bénéficier annuellement de l'application de la mesure litigieuse. En conséquence, cette mesure offre dans la pratique un traitement fiscal différent, y compris aux opérateurs espagnols qui se trouvent dans la même position de réaliser des acquisitions à l'étranger.

⁽⁴²⁾ Arrêt de la Cour de justice du 15 juillet 2004 dans l'affaire C-501/00, *Espagne/Commission*, Recueil 2004, p. I-6717.

(72) Les deux parties affirment n'avoir pu identifier aucun critère ni aucune condition objective ou horizontale justifiant la mesure litigieuse. Au contraire, elles considèrent que l'intention première de la mesure litigieuse est de concéder un avantage à certains opérateurs espagnols. En outre, si la mesure litigieuse est inhérente au système fiscal espagnol, les participations étrangères prises avant cette date doivent aussi pouvoir bénéficier de la mesure, ce qui n'est pas le cas, puisque la déduction fiscale n'est octroyée qu'aux participations prises après le 1^{er} janvier 2002.

(73) Par conséquent et à la lumière de la politique de la Commission ⁽⁴³⁾, la mesure litigieuse doit être considérée sélective.

B.1.3. La mesure litigieuse fausse la concurrence et affecte les échanges communautaires

(74) La mesure litigieuse est clairement discriminatoire, en ce sens qu'elle concède aux opérateurs espagnols un avantage fiscal et monétaire évident dont les opérateurs étrangers ne peuvent bénéficier. Dans le cadre d'une enchère ou d'une autre procédure de mise en concurrence en vue de l'acquisition d'une entreprise, pareil avantage constitue une différence considérable.

(75) Les offres d'acquisition présupposent en règle générale le paiement d'une prime sur le prix des actions de l'entreprise acquise qui donnerait presque toujours lieu à une survaleur financière. En plusieurs occasions, la presse financière a rapporté d'importantes acquisitions par des entreprises espagnoles et a évoqué les avantages fiscaux respectifs découlant des normes fiscales espagnoles relatives à l'amortissement de la survaleur financière. Pour une de ces acquisitions, réalisée par une banque d'investissement, il avait été calculé que l'avantage fiscal basé sur l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS s'élevait à 1,7 milliard d'euros, soit 6,5 % du prix de l'offre. Un autre rapport a indiqué que l'acquéreur espagnol avait pu soumettre une offre supérieure de quelque 15 % à celles des autres concurrents non espagnols.

(76) La mesure litigieuse semble également favoriser une certaine activité exportatrice (aide à l'exportation pour la prise de participations étrangères) des entreprises espagnoles, ce qui est contraire à la politique de la Commission ⁽⁴⁴⁾ établie dans ce domaine.

B.1.4. La mesure litigieuse affecte les ressources de l'État

(77) La mesure litigieuse bénéficie à des entreprises qui réunissent certaines conditions et leur permet de réduire leur assiette imposable et, partant, le montant de l'impôt qu'elles devraient payer au cours d'un exercice donné si

cette disposition n'existait pas. Aussi cette mesure concède-t-elle à ces entreprises un avantage financier dont le coût retombe directement sur le budget de l'État membre concerné.

V. RÉPONSE DE L'ESPAGNE AUX OBSERVATIONS DES TIERS

(78) Les autorités espagnoles font valoir que la grande majorité des observations des tiers appuient son propre point de vue. Seules les deux parties s'accordent à considérer que la mesure litigieuse constitue une aide d'État, alors que toutes les autres arrivent à la conclusion que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS ne constitue pas une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité. Dans le cas contraire, moins d'opérateurs économiques auraient présenté des observations. En outre, la diversité de l'activité et de la dimension des tiers intéressés démontre le caractère général de la mesure litigieuse.

(79) En ce qui concerne la nature exceptionnelle de la mesure litigieuse, les autorités espagnoles rejettent cette qualification et rappellent la caractéristique commune de l'amortissement de la survaleur et de la survaleur financière selon les normes comptables espagnoles ⁽⁴⁵⁾. En outre, la déduction de l'amortissement de la survaleur constitue la règle générale du système espagnol de l'impôt sur les sociétés conformément aux dispositions établies à l'article 11, paragraphe 4, et à l'article 89, paragraphe 3, du TRLIS. L'article 12, paragraphe 5, du TRLIS s'inscrit dans cette même logique. Il est inexact de présenter l'article 12, paragraphe 3, du TRLIS comme la règle générale d'amortissement de la survaleur financière, puisque cet article se rapporte à la déduction de la prise de participation dans des entreprises non imposables en Espagne. Cette disposition est liée à la dépréciation de la valeur comptable théorique et non à la survaleur financière. L'article 12, paragraphes 3 et 5, du TRLIS sont des normes générales complémentaires: le premier paragraphe se rapporte à la dépréciation imputable aux résultats négatifs de l'entreprise acquise, tandis que le second se rapporte à la déduction uniquement de la partie de dépréciation imputable à la dépréciation de la survaleur financière. Enfin, le fait qu'aucun autre État membre n'ait de mesure similaire à la mesure litigieuse est sans pertinence, puisque les systèmes fiscaux ne sont pas harmonisés au sein de l'Union européenne.

(80) En ce qui concerne le caractère sélectif de la mesure litigieuse, le parallélisme établi avec l'arrêt de la Cour de justice du 15 juillet 2004 ⁽⁴⁶⁾ est incorrect dans la mesure où, dans cette affaire, la Commission avait clairement défini le profil du bénéficiaire, tandis qu'en l'espèce, elle n'a pas pu le définir. En effet, l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS n'exige aucun lien entre la prise de participation et l'exportation de biens et services. Par conséquent, la mesure litigieuse n'a pas pour effet d'accroître l'exportation de marchandises ou services espagnols. Le fait que cette mesure non sélective ne soit pas applicable aux opérations nationales n'affecte pas sa nature générale. En effet, l'objectif final de la mesure litigieuse est le même que celui de la directive

⁽⁴³⁾ Voir la section II.1.b) ff) du rapport de la Commission sur l'application des règles en matière d'aide d'État aux mesures relevant de la fiscalité directe des entreprises, disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/rapportaidesfiscales_fr.pdf

⁽⁴⁴⁾ Voir la décision 82/364/CEE de la Commission du 17 mai 1982 concernant l'octroi par la France de subventions d'intérêt sur des crédits destinés au financement d'exportations de France vers la Grèce après l'adhésion de ce pays à la Communauté économique européenne (JO L 159 du 10.6.1982, p. 44), en particulier la partie IV, qui se rapporte aux affaires 6/69 et 11/69, *Commission/France*.

⁽⁴⁵⁾ En se référant à la résolution de l'Institut de comptabilité et d'audit des comptes de novembre 1996, n° 3, BOICAC 27.

⁽⁴⁶⁾ Voir la note 42 de bas de page.

sur la fiscalité transfrontalière, à savoir veiller à ce que les décisions d'investissement soient fondées sur des considérations économiques et non sur des critères fiscaux. En conséquence, étant donné qu'il est possible de réaliser des regroupements d'entreprises au moyen de prises de participation nationales et non au moyen de prises de participation étrangères, le fait d'appliquer un traitement différent aux opérations nationales et aux opérations transfrontalières est non seulement justifié pour garantir la neutralité du système fiscal, mais aussi nécessaire.

- (81) En ce qui concerne la concurrence qui serait prétendument faussée du fait de la mesure litigieuse, les autorités espagnoles rappellent que toute déduction fiscale réduisant les coûts de fonctionnement d'une entreprise augmente le pouvoir concurrentiel du bénéficiaire. Cette affirmation est toutefois sans pertinence puisque la mesure litigieuse est une mesure générale. Les différents taux d'imposition appliqués dans les États membres, qui influencent la compétitivité de leurs entreprises nationales, n'entrent pas dans le champ d'application des règles sur les aides d'État. En outre, il n'a pas été démontré que la mesure litigieuse altérerait les échanges entre les États membres. Par ailleurs, l'amortissement de la survaleur financière n'a pas nécessairement pour conséquence d'augmenter le prix offert par un concurrent.
- (82) S'agissant de la compatibilité de la mesure litigieuse avec le marché commun, les autorités espagnoles considèrent que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS est approprié et proportionnel afin de corriger une défaillance du marché, puisqu'il établit un système fiscal neutre pour les opérations nationales et transfrontalières qui favorise le développement d'entreprises paneuropéennes.

VI. ÉVALUATION DU RÉGIME

- (83) Afin de déterminer si une mesure est constitutive d'une aide, la Commission doit évaluer si la mesure litigieuse réunit les conditions de l'article 87, paragraphe 1, du traité. Il ressort de cette disposition que: «Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions». À la lumière de cette disposition, la Commission va à présent examiner si la mesure litigieuse constitue une aide d'État.

A. Caractère sélectif et avantageux de la mesure

- (84) Pour être considérée comme une aide d'État, la mesure doit être spécifique ou sélective, en ce sens qu'elle favorise certaines entreprises ou la production de certains biens.
- (85) Dans sa communication ⁽⁴⁷⁾, la Commission affirme: «Ce qui est donc avant tout pertinent pour l'application de

l'article 92, paragraphe 1 [actuellement, article 87, paragraphe 1], à une mesure fiscale, c'est que cette mesure instaure, en faveur de certaines entreprises de l'État membre, une exception à l'application du système fiscal. Il convient donc d'abord de déterminer le régime commun applicable. Il est ensuite nécessaire d'examiner si l'exception ou des différenciations à l'intérieur de ce régime sont justifiées "par la nature ou l'économie du système fiscal", c'est-à-dire si elles résultent directement des principes fondateurs ou directeurs du système fiscal de l'État membre concerné».

- (86) Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice ⁽⁴⁸⁾, «[e]n ce qui concerne l'appréciation de la condition de sélectivité, qui est constitutive de la notion d'aide d'État, il résulte d'une jurisprudence constante que l'article 87, paragraphe 1, CE impose de déterminer si, dans le cadre d'un régime juridique donné, une mesure nationale est de nature à favoriser "certaines entreprises ou certaines productions" par rapport à d'autres, qui se trouveraient, au regard de l'objectif poursuivi par ledit régime, dans une situation factuelle et juridique comparable» ⁽⁴⁹⁾.
- (87) La Cour de justice a également indiqué à maintes reprises que l'article 87, paragraphe 1, du traité ne distingue pas entre les aides d'État en fonction de leurs causes ou de leurs buts, mais qu'il les définit en fonction de leurs effets ⁽⁵⁰⁾. Concrètement, les mesures fiscales qui ne constituent pas une adaptation du système général à des caractéristiques particulières de certaines entreprises, mais qui ont été conçues comme un moyen d'améliorer leur compétitivité entrent dans le champ d'application de l'article 87, paragraphe 1, du traité ⁽⁵¹⁾.
- (88) Or, le concept d'aide d'État ne s'applique pas aux mesures d'État qui établissent une distinction entre les entreprises lorsque cette différence est le fruit de la nature ou de la structure globale du système dont elles font partie. Ainsi que la Commission l'a expliqué dans sa communication ⁽⁵²⁾, «certaines conditions peuvent être justifiées par des différences objectives entre les contribuables».

⁽⁴⁸⁾ Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire C-143/99, *Adria-Wien*; voir la note 25 de bas de page, considérant 41; l'arrêt de la Cour de justice du 29 avril 2004 dans l'affaire C-308/01, *GIL Insurance*, Recueil 2004, p. I-4777, point 68; l'arrêt de la Cour de justice du 3 mars 2005 dans l'affaire C-172/03, *Heiser*, Recueil 2005, p. I-1627, point 40; et l'arrêt de la Cour de justice du 6 septembre 2006 dans l'affaire C-88/03, *Portugal/Commission*, Recueil 2006, p. I-7115, point 54.

⁽⁴⁹⁾ Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour de justice du 6 septembre 2006 dans l'affaire C-88/03, *Portugal/Commission*, Recueil 2006, p. I-7115, point 54.

⁽⁵⁰⁾ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour de justice du 29 février 1996 dans l'affaire C-56/93, *Belgique/Commission*, Recueil 1996, p. I-723, point 79; l'arrêt de la Cour de justice du 26 septembre 1996 dans l'affaire C-241/94, *France/Commission*, Recueil 1996, p. I-4551, point 20; l'arrêt de la Cour de justice du 17 juin 1999 dans l'affaire C-75/97, *Belgique/Commission*, Recueil 1999, p. I-3671, point 25; et l'arrêt de la Cour de justice du 13 février 2003 dans l'affaire C-409/00, *Espagne/Commission*, Recueil 2003, p. I-10901, point 46.

⁽⁵¹⁾ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour de justice du 15 décembre 2005 dans l'affaire C-66/02, *Italie/Commission*, Recueil 2005, p. I-10901, point 101. Voir aussi la décision de la Commission du 8 juillet 2009 relative au régime Groepsrentebox [C 4/07 (ex N 465/06)], non encore publiée au Journal officiel, en particulier les considérants 75 et suivants.

⁽⁵²⁾ Voir la note 21 de bas de page.

⁽⁴⁷⁾ Voir la note 21 de bas de page.

(89) Comme exposé plus en détail dans la section suivante, la Commission considère que la mesure litigieuse est sélective dans la mesure où elle ne bénéficie qu'à certains groupes d'entreprises qui réalisent certains investissements à l'étranger et que ce caractère spécifique du régime ne se justifie pas par la nature de celui-ci, indépendamment du fait que le système de référence se définit comme une législation sur le traitement fiscal de la survalueur financière en vertu du système d'imposition espagnol [voir les considérants 92 à 114] ou comme le traitement fiscal de la survalueur financière qui découle d'un intérêt économique acquis dans une entreprise résidant dans un pays autre que l'Espagne [voir les considérants 115 à 119]. La Commission estime que la mesure litigieuse doit être évaluée en tenant compte des dispositions générales du régime de l'impôt sur les sociétés applicables aux situations dans lesquelles l'apparition de la survalueur conduit à un avantage fiscal [voir les considérants 35 à 55], essentiellement parce qu'elle considère que les situations dans lesquelles la survalueur financière peut être amortie ne couvrent pas toute la catégorie des contribuables se trouvant dans une situation similaire en fait ou en droit.

(90) Par ailleurs, même en choisissant un système de référence alternatif, inspiré de celui que les autorités espagnoles suggèrent [voir les considérants 56 à 58], la Commission estime que la mesure litigieuse constituerait toujours une aide d'État, notamment en raison des différentes conditions de fait et de droit exigées pour que les différentes situations puissent bénéficier des dispositions relatives à la survalueur résultant d'un intérêt économique acquis dans une entreprise résidant dans un pays autre que l'Espagne.

(91) Dans cette hypothèse alternative, la mesure litigieuse est trop imprécise et vague, en ce sens qu'elle ne conditionne pas son application à l'existence de situations spécifiques et légalement délimitées qui justifieraient un traitement fiscal différent. Par conséquent, l'application de la mesure litigieuse s'étend à des situations dont le caractère différent n'est pas suffisamment démontré pour justifier une exception sélective aux règles générales en matière de survalueur. Dès lors, la Commission considère que la mesure litigieuse consiste en une déduction fiscale de certains types de coûts et couvre une vaste catégorie de transactions de manière discriminatoire, ce qui ne peut se justifier par l'existence de différences objectives entre les contribuables et est, partant, de nature à fausser la concurrence⁽⁵³⁾.

A.1. Traitement fiscal de la survalueur financière selon le système d'imposition espagnol par rapport aux prises de participation intracommunautaires

A.1.1. Système de référence

(92) Dans la décision d'ouvrir la procédure, la Commission a estimé que le système de référence approprié était le régime espagnol de l'impôt sur les sociétés et, plus précisément, les règles relatives au traitement fiscal de la

survalueur financière contenues dans le système fiscal espagnol. Cette approche est conforme à la pratique antérieure de la Commission et à la jurisprudence du juge communautaire, qui considère que le système de référence est le régime ordinaire de l'impôt sur les sociétés⁽⁵⁴⁾. Dans leurs observations, les autorités espagnoles soulignent que les obstacles aux regroupements transfrontaliers d'entreprises placent les contribuables qui prennent des participations dans des entreprises nationales dans une situation de droit et de fait différente de ceux qui prennent des participations dans des entreprises étrangères. D'après les autorités espagnoles, cette situation est due à l'existence d'obstacles qui, après les prises de participation, empêchent les investisseurs espagnols d'effectuer des regroupements transfrontaliers, alors qu'ils peuvent le faire dans un contexte national.

(93) Premièrement, en ce qui concerne l'existence de prétendus obstacles, il convient de signaler que les autorités espagnoles et les trente parties intéressées n'ont pas fourni d'informations détaillées sur l'existence de tels obstacles et qu'elles se sont contentées, même dans leurs dernières présentations, de formuler des allégations génériques et non justifiées, en soulignant des caractéristiques générales telles que les différences résultant de la non-transposition de la directive sur le droit des sociétés, les différences relatives aux droits des actionnaires minoritaires, aux droits des créanciers, au droit du travail et à la marque nationale, ainsi que des considérations politiques ou commerciales d'ordre général. Si des éléments non justifiés de nature générale tels que ceux-ci pouvaient être pris en considération afin de déterminer le champ d'application de l'article 87 du traité, le concept d'aide risquerait de devenir dans une large mesure arbitraire. Par ailleurs, ces affirmations subjectives ne sont ni argumentées ni justifiées. En outre, les autorités espagnoles citent le rapport de la Commission sur l'application des règles relatives aux offres publiques d'acquisition⁽⁵⁵⁾, mais elles n'expliquent pas le rapport entre les obstacles aux offres publiques d'acquisition et les prétendus obstacles aux regroupements transfrontaliers d'entreprises.

(94) Deuxièmement, en ce qui concerne la nature de ces prétendus obstacles, les autorités espagnoles et les trente parties intéressées n'ont identifié explicitement aucun obstacle fiscal existant sur le marché commun. Depuis le 1^{er} janvier 1992, date à laquelle la directive sur la fiscalité transfrontalière devait être appliquée par les États membres, les barrières fiscales aux regroupements transfrontaliers d'entreprises sont levées. Par conséquent, le traitement fiscal des regroupements d'entreprises est réputé harmonisé, que ce soit dans le contexte d'opérations nationales ou transfrontalières. S'agissant des obstacles qui ne sont pas de nature fiscale et, en particulier, des obstacles du droit des sociétés imputables à l'État de résidence de l'entreprise acquise, la Commission est d'avis que les obstacles aux regroupements d'entreprises ont été supprimés au sein du marché commun à compter du 8 octobre 2004, date de l'entrée en vigueur de la directive 2001/86/CE du Conseil

⁽⁵³⁾ Voir, en ce sens, la note 52 de bas de page, décision relative au régime Groepsrentebox et, dans cette décision, les considérants 83 et suivants en particulier.

⁽⁵⁴⁾ Voir, entre autres, l'arrêt du Tribunal de première instance du 1^{er} juillet 2004 dans l'affaire T-308/00, *Salzgitter/Commission*, Recueil 2004, p. II-1933, point 82.

⁽⁵⁵⁾ Voir le document SEC(2007) 268 du 21 février 2007.

du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs⁽⁵⁶⁾ ainsi que du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE)⁽⁵⁷⁾ ou, au plus tard, à compter de la date de transposition⁽⁵⁸⁾ de la directive sur les fusions transfrontalières. Par conséquent, le traitement du regroupement d'entreprises du point de vue du droit des sociétés est, du moins à partir du 15 décembre 2007, similaire pour les opérations nationales et les opérations transfrontalières. Le préambule de la loi espagnole 3/2009 du 3 avril 2009⁽⁵⁹⁾ sur les modifications structurelles des sociétés commerciales transposant la directive sur le droit des sociétés confirme cette analyse en affirmant que «[...] la pratique espagnole connaissait déjà les fusions transfrontalières entre des sociétés soumises à des lois de différents États membres [...]» [traduction libre]. Ni les autorités espagnoles ni les trente parties intéressées n'ont communiqué à la Commission le moindre autre obstacle justifié, qui soit susceptible d'étayer un traitement légal différent comme celui visé dans la mesure litigieuse. Bien que les autorités espagnoles aient présenté le 16 juin 2009 une liste de problèmes⁽⁶⁰⁾ liés aux obstacles aux regroupements transfrontaliers d'entreprises, ce document ne contient ni des informations justifiées ni des éléments de fait pertinents afin de justifier les caractéristiques discriminatoires de la mesure litigieuse.

- (95) Troisièmement, la Commission fait observer que, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice⁽⁶¹⁾, si les États membres ne traitent pas les regroupements transfrontaliers d'entreprises de façon similaire aux regroupements d'entreprises nationales, cela peut constituer une infraction aux obligations qui découlent du traité. En effet, un droit interne qui instaure une différence de traitement entre sociétés selon la nature interne ou transfrontalière de la fusion est de nature à les dissuader d'exercer la liberté d'établissement consacrée par le traité. Plus précisément, «[u]ne telle différence de traitement constitue une restriction au sens des articles 43 CE et 48 CE, laquelle est contraire au droit d'établissement et ne saurait être admise que si elle poursuit un objectif légitime compatible avec le traité et si elle est justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général»⁽⁶²⁾. Par ailleurs, il convient de rappeler que le pouvoir d'appréciation conféré à la Commission dans l'application de l'article 87, paragraphe 3, du traité ne lui permet pas

d'autoriser une dérogation aux dispositions de droit communautaire autres que celles relatives à l'application de l'article 87, paragraphe 1, du traité⁽⁶³⁾.

- (96) Dès lors, la Commission considère qu'il n'y a aucune raison de s'écarter du système de référence de la décision d'ouvrir la procédure: le cadre approprié pour l'évaluation de la mesure litigieuse est celui constitué par le régime général espagnol de l'impôt sur les sociétés et, plus précisément, les règles relatives au traitement fiscal de la survaleur financière contenues dans ledit régime d'imposition.

A.1.2. Existence d'une exception à ce système de référence

- (97) Dans le système fiscal espagnol, l'assiette imposable est calculée à partir du résultat comptable, en y introduisant ensuite des corrections en application des règles fiscales spécifiques. À titre préliminaire et subsidiaire, la Commission signale que la mesure litigieuse constitue une exception au régime comptable espagnol. L'apparition de la survaleur financière ne peut être comptabilisée, dans l'abstrait, en consolidant la comptabilité de l'entreprise acquise avec celle de l'entreprise acquérante. Néanmoins, conformément au régime comptable espagnol, la consolidation des comptes est obligatoire en cas de contrôle⁽⁶⁴⁾ et s'applique aux associations d'entreprises tant nationales qu'étrangères, de façon à présenter la situation globale d'un groupe d'entreprises soumises à un contrôle unique. L'on considère que cette situation se présente⁽⁶⁵⁾, par exemple, lorsque la société mère détient la majorité des droits de vote au sein de l'entreprise dépendante. Cependant, la mesure litigieuse n'exige aucun contrôle de cette nature et s'applique à partir d'un niveau de participation de 5 %. Enfin, la Commission fait aussi observer qu'à compter du 1^{er} janvier 2005⁽⁶⁶⁾, aucune entreprise ne peut plus amortir la survaleur financière conformément aux normes comptables. En effet, à cet égard, les trente parties intéressées se réfèrent à des dispositions⁽⁶⁷⁾ qui ne sont plus en vigueur conformément à l'actuel régime comptable espagnol. En vertu de la loi 16/2007, du 4 juillet 2007, portant réforme et adaptation de la législation commerciale en matière comptable en vue de son harmonisation internationale conformément au droit de l'Union européenne, ainsi que du décret royal 1514/2007, du 16 novembre 2007, portant approbation du plan général de comptabilité, d'un point de vue comptable, l'amortissement de la survaleur et celui de la survaleur financière ne sont plus

⁽⁵⁶⁾ JO L 294 du 10.11.2001, p. 22. Directive entrée en vigueur le 10 novembre 2001.

⁽⁵⁷⁾ JO L 294 du 10.11.2001, p. 1. Règlement entré en vigueur le 8 octobre 2004.

⁽⁵⁸⁾ 15 décembre 2007, conformément à l'article 19 de la directive sur le droit des sociétés.

⁽⁵⁹⁾ Disponible à l'adresse http://noticias.juridicas.com/base_datos/Vacatio/13-2009.html

⁽⁶⁰⁾ Non-application de la directive sur les fusions transfrontalières, droits des actionnaires minoritaires, droits des créanciers, droit du travail, marque nationale, partenaires locaux, cadre réglementaire, synergies économiques, considérations politiques, stratégiques et commerciales.

⁽⁶¹⁾ Arrêt de la Cour de justice du 13 décembre 2005 dans l'affaire C-411/03, *SEVIC Systems*, Recueil 2005, p. I-10805, points 23 à 31.

⁽⁶²⁾ Arrêt de la Cour de justice du 13 décembre 2005 dans l'affaire C-411/03, *SEVIC Systems*, précité, point 23.

⁽⁶³⁾ Arrêt du Tribunal de première instance du 27 septembre 2000 dans l'affaire T-184/97, *BP Chemicals Ltd/Commission*, Recueil 2000, p. II-3145, point 55; voir aussi l'arrêt de la Cour de justice du 12 novembre 1992 dans les affaires C-134/91 et C-135/91, *Kerafina*, point 20, et l'arrêt de la Cour de justice du 15 juin 1993 dans l'affaire C-225/91, *Matra SA/Commission*, point 41.

⁽⁶⁴⁾ En application de l'article 42 du code de commerce de 1885.

⁽⁶⁵⁾ Voir l'article 42, paragraphe 1, du code de commerce de 1885.

⁽⁶⁶⁾ Entreprises ayant émis des titres négociables sur un marché réglementé de n'importe quel État membre au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 13, de la directive 93/22/CEE du Conseil, en application de l'article 4 de la disposition mentionnée.

⁽⁶⁷⁾ Article 194 du décret royal 1564/1989 du 22 décembre 1989 approuvant le texte refondu de la loi sur les sociétés anonymes.

permis. Ces modifications de la législation comptable espagnole sont conformes au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales ⁽⁶⁸⁾. Ainsi, compte tenu de ces considérations, la mesure litigieuse constitue une exception aux normes comptables ordinaires applicables en Espagne.

- (98) Cela dit, étant donné la nature fiscale de la mesure litigieuse, l'existence d'une exception doit être évaluée en comparaison avec le système fiscal de référence et pas seulement sur une base comptable. Dans ce contexte, la Commission indique que le système d'imposition espagnol n'a jamais permis l'amortissement de la survaleur financière, sauf en vertu de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Concrètement, cet amortissement n'est pas possible pour les opérations nationales. Cette situation est reflétée par les éléments exposés ci-après.
- (99) À des fins de fiscalité, la survaleur ne peut, en Espagne, être comptabilisée que séparément à la suite d'un regroupement d'entreprises ⁽⁶⁹⁾, qui se matérialise en cas d'acquisition ou de contribution des actifs composant des entreprises indépendantes ou à la suite d'un regroupement légal d'entreprises. Dans ces cas, la survaleur résulte de la différence comptable entre le coût d'acquisition et la valeur de marché des actifs qui composent les entreprises acquises par l'entité regroupée ou qui sont sous son contrôle. Lorsque l'acquisition d'une entreprise se fait au moyen de l'acquisition de ses actions, comme dans le cas de la mesure litigieuse, la survaleur ne peut apparaître que si l'entreprise acquérante est ensuite regroupée à l'entreprise acquise, dont elle obtient ainsi le contrôle.
- (100) Or, conformément à la mesure litigieuse, ni le contrôle ni le regroupement des deux entreprises ne sont nécessaires. La seule prise de participation d'au moins 5 % dans l'entreprise étrangère suffit. Ainsi, en permettant que la survaleur financière, qui est la survaleur qui aurait été comptabilisée si les entreprises s'étaient regroupées, apparaisse même sans regroupement des entreprises, la mesure litigieuse constitue une exception au système de référence. Il convient de souligner que l'exception ne découle pas de la durée de la période durant laquelle la survaleur financière est amortie en comparaison avec la période qui s'applique à l'amortissement de la survaleur traditionnelle ⁽⁷⁰⁾, mais bien de la différence de traitement entre les opérations nationales et transfrontalières. La mesure litigieuse ne peut pas être considérée comme une nouvelle norme comptable générale en tant que droit propre puisque l'amortissement de la survaleur financière résultant de la prise de participations nationales n'est pas permis. Compte tenu de toutes les considérations qui précèdent, la Commission conclut que la mesure litigieuse constitue une exception au système de référence. Comme elle le montrera aux considérants 128 à 138, la Commission estime que ni les autorités espagnoles ni les trente parties intéressées n'ont invoqué des arguments suffisamment cohérents pour infirmer cette conclusion.

A.1.3. Existence d'un avantage

- (101) L'article 12, paragraphe 5, du TRLIS permet de déduire de l'assiette imposable une partie de la survaleur financière résultant de la prise de participations dans des entreprises étrangères par dérogation au système de référence. Par conséquent, en réduisant la charge fiscale du bénéficiaire, l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS lui octroie un avantage économique. Cet avantage consiste en une réduction fiscale de l'impôt auquel les entreprises auraient été soumises dans le cas contraire. Cette réduction est proportionnelle à la différence entre le prix d'acquisition payé et la valeur de marché des actifs comptabilisés sous-jacents des participations prises.
- (102) Le montant exact de l'avantage relatif au prix d'acquisition payé correspond à la valeur actualisée nette de la réduction de la charge fiscale octroyée au titre de l'amortissement déductible durant toute la période d'amortissement suivant l'acquisition. Par conséquent, il dépend du taux d'imposition applicable à l'entreprise durant les exercices correspondants et du taux d'intérêt de déduction applicable.
- (103) En cas de revente des participations prises, une partie de cet avantage serait récupérée au moyen de l'impôt sur la plus-value. En effet, en permettant l'amortissement de la survaleur, en cas de revente de la participation étrangère en question, le montant déduit entraînerait une hausse de la plus-value imposée au moment de la vente. Néanmoins, dans pareilles circonstances, l'avantage ne disparaîtrait pas complètement, dès lors que l'imposition à une date ultérieure ne tient pas compte du coût de liquidité. Ainsi que les deux parties l'indiquent à raison, d'un point de vue économique, le montant de l'avantage est au minimum similaire à celui d'une ligne de crédit sans intérêt qui permet jusqu'à vingt retraits annuels d'un vingtième de la survaleur financière durant toute la période où la prise de participation reste dans la comptabilité du contribuable.
- (104) Selon un exemple hypothétique déjà mentionné par la Commission dans la décision d'ouvrir la procédure, une participation acquise en 2002 supposerait un avantage correspondant à 20,6 % du montant de la survaleur financière, si l'on applique un taux d'intérêt de ristourne de 5 % ⁽⁷¹⁾ et si l'on tient compte de l'actuelle structure des taux d'imposition des sociétés jusqu'en 2022, comme le prévoit actuellement la loi 35/2006 ⁽⁷²⁾. Les tiers n'ont pas contesté ces chiffres. En cas de revente des participations prises, l'avantage correspondait aux intérêts qui auraient été appliqués au contribuable pour une ligne de crédit remplissant les caractéristiques décrites au considérant précédent.

⁽⁷¹⁾ Conformément aux dispositions du TRLIS tel que modifié par la loi 35/2006, le taux d'imposition dans le cadre de l'impôt sur les sociétés utilisé pour le calcul était de 35 % de 2002 à 2006, de 32,5 % en 2007, et de 30 % depuis lors.

⁽⁷²⁾ Huitième disposition supplémentaire, loi 35/2006 du 28 novembre 2006 relative à l'impôt sur le revenu des personnes physiques et modifiant partiellement les lois relatives aux impôts sur les sociétés, sur le revenu des non-résidents et sur le patrimoine, *Journal officiel espagnol* n° 285 du 29 novembre 2006.

⁽⁶⁸⁾ JO L 243 du 11.9.2002, p. 1.

⁽⁶⁹⁾ En application de l'article 89, paragraphe 3, du TRLIS.

⁽⁷⁰⁾ En application de l'article 11, paragraphe 4, du TRLIS.

(105) Enfin, la Commission ne peut accepter le point de vue des autorités espagnoles et des trente parties intéressées selon lequel le bénéficiaire final de la mesure litigieuse serait le vendeur de la participation étrangère, puisque ce dernier recevrait un prix plus élevé. Premièrement, aucun mécanisme ne garantit que l'avantage soit entièrement transféré au vendeur. Deuxièmement, le prix d'acquisition est celui qui résulte d'une série d'éléments différents, et pas seulement de la mesure litigieuse. Troisièmement, dans la situation hypothétique où un avantage économique serait transféré au vendeur en conséquence de la mesure litigieuse, l'acquéreur augmente son prix d'acquisition, ce qui est d'une importance capitale en cas d'opération d'acquisition concurrentielle.

(106) Par conséquent, la Commission en vient à la conclusion que, d'une manière ou d'une autre, la mesure litigieuse octroie un avantage au moment de la prise de participations étrangères.

A.1.4. Justification de la mesure selon la logique du système fiscal espagnol

(107) La Commission estime qu'à la lumière de la jurisprudence constante de la Cour de justice⁽⁷³⁾, les mesures qui établissent une distinction entre entreprises ne constituent pas une aide d'État lorsque cette différenciation résulte de la nature ou de la structure générale du système d'imposition dont elles font partie. Cette justification fondée sur la nature ou sur la structure générale du système fiscal reflète la cohérence d'une mesure fiscale spécifique avec la logique interne du système fiscal en général.

(108) À cet égard, la Commission estime, premièrement, que les autorités espagnoles n'ont pas démontré que la mesure litigieuse aurait pour conséquence la suppression de la double imposition. Le régime ne prévoit en effet aucune condition pour démontrer que le vendeur a été effectivement imposé pour ce qui est du bénéfice obtenu à la suite du transfert de participation, bien que cette condition soit nécessaire pour l'amortissement de la survaleur résultant d'un regroupement d'entreprises⁽⁷⁴⁾. Il convient de souligner que, bien que les autorités espagnoles prétendent ne pas être compétentes pour exercer un contrôle sur un vendeur étranger réalisant des opéra-

tions à l'étranger, la Commission indique que cette condition est nécessaire pour l'application d'autres dispositions fiscales espagnoles⁽⁷⁵⁾, mais pas pour la mesure litigieuse.

(109) Deuxièmement, la mesure litigieuse ne constitue pas non plus un mécanisme conçu pour éviter la double imposition de futurs dividendes qui seraient imposés lors de l'obtention de bénéfices futurs et ne devraient pas être imposés deux fois en les transférant à l'entreprise qui possède une participation significative pour l'acquisition de laquelle elle a payé un survaleur financière. En effet, la mesure litigieuse n'établit aucun lien entre les dividendes perçus et la déduction obtenue grâce à la mesure litigieuse. Au contraire, les dividendes perçus d'une participation significative bénéficient déjà tant de l'exonération prévue à l'article 21 du TRLIS que de la neutralité fiscale directe visée à l'article 32 du TRLIS afin d'éviter la double imposition internationale. À cet égard, l'amortissement de la survaleur financière entraîne un avantage supplémentaire en ce qui concerne la prise de participations significatives dans des entreprises étrangères.

(110) Troisièmement, les autorités espagnoles n'ont pas démontré que la mesure litigieuse constituait une extension des règles relatives à la dépréciation des valeurs, qui suppose qu'il y ait des preuves objectives de pertes fondées sur un calcul détaillé et objectif que la mesure litigieuse n'exige pas. Au contraire, l'article 12, paragraphe 3, du TRLIS permet la déduction partielle pour dépréciation de la participation à des fonds propres d'entreprises nationales et étrangères qui ne sont pas cotées sur un marché secondaire, pour la dépréciation subie entre le début et la clôture de l'exercice fiscal. La mesure litigieuse, qui, pour les bénéficiaires, est compatible avec l'article 12, paragraphe 3, du TRLIS⁽⁷⁶⁾, prévoit d'autres déductions outre la diminution de la valeur théorique comptable liée à la dépréciation.

(111) Quatrièmement, la Commission fait observer que la survaleur financière résultant de la prise de participations espagnoles ne peut être amortie, tandis que la survaleur financière d'entreprises étrangères est amortie sous certaines conditions. La différence de traitement fiscal de la survaleur financière des entreprises étrangères par rapport à celui des entreprises espagnoles constitue une différence introduite par la mesure litigieuse qui n'est ni nécessaire ni proportionnée compte tenu de la logique du système fiscal. En effet, la Commission est d'avis qu'il est disproportionné que le régime qui nous occupe impose une taxation nominale et effective substantiellement différente à des entreprises qui se trouvent dans une situation comparable pour la seule raison que certaines d'entre elles prennent part à des investissements à l'étranger.

⁽⁷³⁾ Voir l'affaire C-88/03, *Portugal/Commission*, point 81; voir la note 49 de bas de page de la présente décision; voir l'arrêt du Tribunal de première instance du 9 septembre 2009 dans l'affaire T-227/01, *Territorio foral de Álava et al.*, non encore publié au Recueil, point 179; et l'arrêt du Tribunal de première instance du 9 septembre 2009 dans l'affaire T-230/01, *Territorio foral de Álava et al.*, non encore publié au Recueil, point 190.

⁽⁷⁴⁾ En application de l'article 89, paragraphe 3, point a), premier alinéa, du TRLIS.

⁽⁷⁵⁾ Voir les articles 89, 21 et 22 du TRLIS.

⁽⁷⁶⁾ Comme indiqué explicitement à l'article 12, paragraphe 5, deuxième alinéa, «la déduction de cette différence (c'est-à-dire l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS) sera compatible, le cas échéant, avec les pertes pour dépréciation auxquelles le considérant 3 du présent article se réfère.» [traduction libre]

- (112) Enfin, les autorités espagnoles allèguent également que la mesure litigieuse est justifiée par le principe de neutralité qui doit être appliqué dans le domaine de la taxation des sociétés (77). En effet, l'exposé des motifs de la loi sur l'impôt des sociétés (78) en vigueur lors de l'introduction de la mesure litigieuse renvoie clairement à ce principe. À cet égard, la Commission signale que le «principe de compétitivité» (79) invoqué par les autorités espagnoles, qui se réfèrent expressément à «une hausse des exportations» sous-tend aussi cette réforme. Dans ce contexte, il convient de rappeler que, d'après de précédentes décisions de la Commission (80), il est disproportionné d'imposer une taxation effective différente à des entreprises qui se trouvent dans une situation comparable pour la simple raison qu'elles réalisent des activités liées à l'exportation ou qu'elles poursuivent des perspectives d'investissements à l'étranger. En outre, la Commission rappelle que, comme la Cour de justice l'a indiqué (81) «[...] si les principes d'égalité devant l'impôt et de capacité contributive relèvent assurément des fondements du système fiscal espagnol, ils n'imposent pas que des contribuables placés dans des situations différentes soient traités de manière identique. [...]».
- (113) À la lumière des arguments avancés, la Commission considère que le principe de neutralité ne peut justifier la mesure litigieuse. En réalité, ainsi que les deux parties l'ont également souligné, le fait que la prise d'une participation minoritaire de 5 % bénéficie de la mesure litigieuse montre que cette mesure couvrirait différentes situations qui ne présentent guère de similitudes. Ainsi, l'on pourrait dire que, conformément au système de référence, des situations qui sont différentes tant en fait qu'en droit reçoivent un traitement identique. La Commission estime dès lors que le principe de neutralité ne peut être invoqué pour justifier la mesure litigieuse.
- (114) Compte tenu des éléments exposés aux considérants 107 à 113, la Commission doit conclure que le caractère d'avantage sélectif du régime fiscal qui nous occupe n'est pas justifié par la nature du système fiscal. Par conséquent, il convient de considérer que la mesure litigieuse comprend un élément discriminatoire, lequel consiste en une limitation quant au pays où se produit l'opération qui bénéficie de l'avantage fiscal (82), et que cette discrimination n'est pas justifiée par la logique du système fiscal espagnol.
- A.2. *Raisonnement complémentaire: analyse de la mesure litigieuse à la lumière du système de référence consistant en le traitement de la survaleur dans des opérations avec des pays tiers*
- (115) Les autorités espagnoles ont expliqué que la mesure litigieuse a pour but d'éviter une différence de traitement fiscal entre, d'une part, une acquisition immédiatement suivie d'un regroupement d'entreprises et, de l'autre, une prise de participation sans regroupement d'entreprises. Sur cette base, le champ d'application du régime controversé se limiterait à la prise de participations significatives dans une entreprise ne résidant pas en Espagne étant donné que certains obstacles rendraient le regroupement transfrontalier d'entreprises plus difficile qu'un regroupement local (83). Du fait de l'existence de ces obstacles, les contribuables espagnols qui investissent à l'étranger se trouveraient, en fait et en droit, dans une situation différente de celle des contribuables investissant en Espagne. En effet, les autorités espagnoles déclarent que (84): «En définitive, le seul caractère différentiel de certaines mesures fiscales n'implique pas nécessairement qu'elles constituent des aides d'État, car il faudra également analyser si ces mesures sont nécessaires ou fonctionnelles pour ce qui est de l'efficacité du système fiscal, comme affirmé dans la communication de la Commission. C'est pourquoi la législation fiscale espagnole a prévu des régimes fiscaux différents pour des situations objectivement différentes, comme c'est le cas des prises de participation dans des entreprises étrangères et des prises de participations dans des entreprises espagnoles (impossibilité de réaliser des opérations de concentration, d'assumer des risques, etc.) de manière à parvenir à la neutralité fiscale poursuivie par la législation espagnole interne et par le droit communautaire lui-même, de même que pour garantir une logique cohérente et efficace du système d'imposition espagnol.» [traduction libre]
- (116) D'après les autorités espagnoles, réserver un traitement spécifique aux prises de participations transfrontalières serait nécessaire afin de garantir la neutralité du système fiscal espagnol et d'éviter que les prises de participations espagnoles reçoivent un traitement plus favorable. C'est la raison pour laquelle les autorités espagnoles et les trente parties intéressées estiment que le cadre de référence correct aux fins de l'évaluation de la mesure litigieuse serait le traitement fiscal de la survaleur pour les acquisitions étrangères.
- (117) Bien que la Commission soit d'avis que les autorités espagnoles et les trente parties intéressées n'aient pas, dans le cadre de la présente procédure, apporté d'éléments suffisants de nature à justifier un traitement fiscal différent entre les opérations de participations espagnoles et les opérations entre entreprises établies au sein de la Communauté (décrit aux considérants 92 à 96), elle ne peut *a priori* rejeter complètement cette différenciation pour ce qui est des opérations concernant des pays tiers. En effet, en dehors de la Communauté, il peut subsister des barrières juridiques aux regroupements transfrontaliers d'entreprises, lesquelles placeraient les opérations transfrontalières dans une situation différente en droit

(77) Voir, en particulier, le considérant 48.

(78) Loi 43/1995 sur l'impôt des sociétés, dérogée par le décret royal législatif 4/2004.

(79) Défini par les autorités espagnoles dans l'exposé des motifs de la loi 43/1995, comme suit: «Le principe de compétitivité exige que l'impôt sur les sociétés soutienne l'ensemble des mesures de politique économique destinées au renforcement de la compétitivité et qu'il soit cohérent avec lui. [...], ainsi que les incitations à l'internationalisation des entreprises, pour autant qu'il en résulte une hausse des exportations, répondent au principe susmentionné.» [traduction libre]

(80) Voir, entre autres, la décision de la Commission du 22 mars 2006 sur les mesures fiscales directes en faveur d'activités liées à l'exportation (JO C 302 du 14.12.2007, p. 3), considérant 51.

(81) Voir le point 127 de l'arrêt cité à la note 42 de bas de page.

(82) Voir à cet égard la décision de la Commission de 8 juillet 2009 dans l'affaire C-2/2007, Groepsrentebox, non encore publiée au Journal officiel, en particulier le considérant 107.

(83) Voir le courrier électronique des autorités espagnoles du 16 juin 2009 cité au considérant 13.

(84) Voir en particulier la lettre des autorités espagnoles du 22 avril 2009 (A-9531), page 6, citée au considérant 9.

et en fait des opérations intracommunautaires. En conséquence, les acquisitions extracommunautaires qui auraient pu conduire à l'amortissement fiscal de la survaleur, comme en cas de détention de la majorité de l'actionnariat, pourraient être privées de cet avantage fiscal en raison de l'impossibilité d'effectuer un regroupement d'entreprises. L'amortissement fiscal de la survaleur pour ces transactions hors du cadre de fait et de droit communautaire pourrait être nécessaire afin de garantir la neutralité fiscale.

- (118) Telle que la mesure litigieuse apparaît actuellement, elle permet que l'amortissement fiscal de la survaleur apparaisse séparément, même lorsque le bénéficiaire acquiert 5 % de l'actionnariat, et, partant, la mesure litigieuse peut constituer une exception au système de référence, y compris tel qu'il est défini au considérant 117.
- (119) Dans ce contexte, la Commission maintient ouverte la procédure entamée par la décision d'ouvrir la procédure du 10 octobre 2007 en ce qui concerne les acquisitions extracommunautaires, dès lors que les autorités espagnoles se sont engagées à apporter de nouveaux éléments relatifs aux obstacles aux fusions transfrontalières extracommunautaires. Par conséquent, la procédure ouverte le 10 octobre 2007 reste en suspens pour ce qui est des acquisitions extracommunautaires.

B. Présence de ressources de l'État

- (120) La mesure implique l'utilisation de ressources de l'État, puisqu'elle suppose la renonciation à des rentrées fiscales d'un montant correspondant à la déduction de la dette fiscale des entreprises imposables en Espagne qui prennent une participation significative dans des entreprises étrangères, et ce durant une période minimale de vingt ans à compter de l'acquisition.
- (121) La renonciation aux recettes fiscales allège les charges qui pèsent normalement sur le budget d'une entreprise et, partant, sans constituer des subventions au sens strict du terme, elle est de nature similaire et produit des effets identiques. De même, une mesure qui permet à certaines entreprises de bénéficier d'une réduction fiscale ou de retarder le paiement de l'impôt qu'elles devraient normalement payer équivaut à une aide d'État. D'un point de vue budgétaire et conformément à la jurisprudence de la Cour de justice⁽⁸⁵⁾ et à la communication de la Commission⁽⁸⁶⁾, la mesure litigieuse entraîne une perte de recettes fiscales pour l'État, du fait de la réduction de l'assiette imposable, qui équivaut à l'utilisation des ressources de l'État.
- (122) Pour ces raisons, la Commission considère que la mesure litigieuse implique une utilisation des ressources de l'État.

⁽⁸⁵⁾ Voir l'arrêt de la Cour de justice du 10 janvier 2006, dans l'affaire C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze et al.*, Recueil 2006, p. I-289.

⁽⁸⁶⁾ Voir la note 21 de bas de page. En particulier, voir les points 9 et 10 de la communication de la Commission.

C. Distorsion de la concurrence et des échanges entre les États membres

- (123) Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice⁽⁸⁷⁾, «[...] Aux fins de la qualification d'une mesure nationale en tant qu'aide d'État prohibée, il y a lieu, non pas d'établir une incidence réelle de l'aide sur les échanges entre États membres et une distorsion effective de la concurrence, mais seulement d'examiner si l'aide est susceptible d'affecter ces échanges et de fausser la concurrence. En particulier, lorsqu'une aide accordée par un État membre renforce la position d'une entreprise par rapport à d'autres entreprises concurrentes dans les échanges intracommunautaires, ces derniers doivent être considérés comme influencés par l'aide. [...] Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que l'entreprise bénéficiaire participe elle-même aux échanges intracommunautaires. En effet, lorsqu'un État membre octroie une aide à une entreprise, l'activité intérieure peut s'en trouver maintenue ou augmentée, avec cette conséquence que les chances des entreprises établies dans d'autres États membres de pénétrer le marché de cet État membre en sont diminuées». En outre, selon une jurisprudence constante⁽⁸⁸⁾, pour conclure qu'une mesure fausse la concurrence, il suffit que son bénéficiaire rivalise avec d'autres entreprises sur des marchés ouverts à la concurrence. La Commission estime que les conditions visées dans la jurisprudence sont réunies pour les raisons exposées ci-après.
- (124) Premièrement, la mesure litigieuse octroie un avantage en termes de financement et, par conséquent, elle renforce la position de l'unité économique que le bénéficiaire et l'entreprise acquise peuvent former. À cet égard et conformément à la jurisprudence de la Cour de justice⁽⁸⁹⁾, en raison du simple fait qu'une entreprise détienne des participations de contrôle d'une entreprise acquise et qu'elle exerce effectivement ce contrôle en intervenant directement ou indirectement dans la gestion de celle-ci, il convient de considérer que cette entreprise prend part à l'activité économique exercée par l'entreprise contrôlée.
- (125) Deuxièmement, la mesure litigieuse est susceptible de fausser la concurrence, surtout entre concurrents européens, en octroyant une réduction fiscale aux entreprises espagnoles qui prennent une participation significative dans des entreprises acquises. Cette analyse est confirmée par le fait que différentes entreprises ont dénoncé cette mesure ou sont intervenues après la décision d'ouvrir la procédure afin de déclarer que la mesure litigieuse octroyait un avantage significatif en encourageant le désir de concentration des entreprises espagnoles, en particulier dans le contexte de procédures d'enchères. Ces interventions confirment au minimum que plusieurs entreprises non espagnoles estiment que leur position sur le marché se trouve affectée par la mesure litigieuse, indépendamment du fait que leurs présentations détaillées soient correctes en ce qui concerne l'existence d'une aide d'État.

⁽⁸⁷⁾ Voir la note 42 de bas de page, points 139 à 143.

⁽⁸⁸⁾ Arrêt du Tribunal de première instance du 30 avril 1998 dans l'affaire T-214/95, *Vlaams Gewest/Commission*, Recueil 1998, p. II-717.

⁽⁸⁹⁾ Voir l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire C-222/04, précité à la note 85 de bas de page.

(126) Par conséquent, la Commission estime que la mesure litigieuse est susceptible d'affecter les échanges entre les États membres et de fausser la concurrence, essentiellement sur le marché intérieur, en améliorant potentiellement les conditions opérationnelles des bénéficiaires qui participent directement à des activités économiques imposables en Espagne.

D. Réaction de la Commission aux observations reçues

(127) Avant de conclure sur la qualification de la mesure, la Commission considère opportun d'analyser plus en détail certains arguments avancés par les autorités espagnoles et par des tiers, qui n'ont pas encore été abordés de manière explicite ou implicite dans les considérants relatifs à l'évaluation du régime (considérants 83 et suivants).

D.1. Réaction aux données extraites des déclarations de revenu de 2006 et aux observations sur l'arrêt de la Cour de justice C-501/00

(128) En ce qui concerne les données extraites par les autorités espagnoles des déclarations de revenu de 2006 en vue de démontrer que la mesure litigieuse n'est pas sélective⁽⁹⁰⁾, la Commission souligne le manque général de précision des informations soumises. Premièrement, les données présentent la répartition des bénéficiaires par catégorie (activité, chiffre d'affaires), mais elles n'indiquent pas si les bénéficiaires en question représentent une petite partie ou une partie importante de chacune des catégories concernées. Deuxièmement, bien que les statistiques basées sur l'importance du chiffre d'affaires puissent constituer un indicateur intéressant afin de démontrer que la mesure litigieuse s'applique à toutes les entreprises en Espagne, il convient de souligner que la mesure litigieuse se réfère à des prises de participations. Ce type d'investissement ne génère pas nécessairement un chiffre d'affaires considérable, ce qui implique que, par exemple, des sociétés de portefeuille peuvent apparaître en tant que PME dans les données en question. Par conséquent, pour que les données soient considérées pertinentes, il conviendrait de tenir compte d'indicateurs supplémentaires, tels que les montants totaux du bilan ainsi que le fait que les bénéficiaires peuvent ou non consolider leur assiette imposable avec d'autres contribuables espagnols. Troisièmement, les données ne semblent pas non plus représentatives, dans la mesure où elles n'indiquent pas le niveau de participations acquises (participations majoritaires ou seulement minoritaires) par les bénéficiaires. Enfin, les données reçues n'offrent pas d'indication permettant de déterminer si les conditions établies dans la recommandation de la Commission de 2003 sur les PME⁽⁹¹⁾ sont remplies. Aussi la Commission est-elle d'avis que sa démonstration selon laquelle la mesure d'aide litigieuse est sélective en raison des caractéristiques propres à la législation en question n'a pas été infirmée par les données partielles et peu représentatives soumises par les autorités espagnoles.

(129) Néanmoins, même si les arguments avancés par les autorités espagnoles avaient été complétés par des preuves supplémentaires, la mesure litigieuse n'en perdrait pas pour autant son caractère sélectif, puisque seules certaines entreprises bénéficient de la mesure, notamment en vertu de la Cour de justice dans l'affaire C-501/00 *Espagne/Commission*⁽⁹²⁾. En effet, en ce qui concerne le fait que les autorités espagnoles qualifient la mesure de mesure générale⁽⁹³⁾ puisqu'elle est ouverte à n'importe quelle entreprise domiciliée en Espagne, il convient de rappeler cet arrêt de la Cour de justice. Cette affaire se rapportait également à une exonération de l'impôt sur les sociétés espagnol et, plus précisément, à une mesure intitulée «Déduction pour activités d'exportation». Les autorités espagnoles ont affirmé devant la Cour de justice que le régime était ouvert à n'importe quelle entreprise dont le domicile fiscal était établi en Espagne. Pourtant, la Cour de justice a estimé que la déduction fiscale ne pouvait «profiter qu'à une catégorie d'entreprises, à savoir celles qui ont des activités d'exportation et réalisent certains investissements visés par les mesures litigieuses»⁽⁹⁴⁾. La Commission considère qu'en l'espèce, la mesure litigieuse prétend favoriser l'exportation de capital depuis l'Espagne, de façon à renforcer la position des entreprises espagnoles à l'étranger et d'améliorer ainsi la compétitivité des bénéficiaires du régime.

(130) À cet égard, il convient de signaler que, selon la Cour de justice, «pour justifier les mesures litigieuses par rapport à la nature ou à l'économie du système fiscal dans lequel elles s'insèrent, il ne suffit pas d'affirmer qu'elles tendent à promouvoir les échanges internationaux. Une telle finalité constitue certes un objectif économique, mais il n'a pas été établi qu'elle ne correspond pas à une logique globale du système fiscal. [...] Aussi, la circonstance que les mesures litigieuses poursuivaient un objectif de politique commerciale ou industrielle, tel que la promotion des échanges internationaux par le soutien des investissements à l'étranger, ne suffit-elle pas à les faire échapper d'emblée à la qualification d'"aides" au sens de l'article 4, sous c), CA⁽⁹⁵⁾». En l'espèce, les autorités espagnoles ont simplement déclaré que la mesure litigieuse a pour objet de promouvoir les échanges internationaux et la consolidation d'entreprises, sans démontrer que cette mesure est justifiée par la logique du système. Compte tenu de ce qui précède, la Commission confirme son analyse selon laquelle la mesure litigieuse est sélective.

D.2. Réaction aux observations sur la pratique de la Commission

(131) S'agissant de la référence à l'interprétation prétendument novatrice du concept de sélectivité dans le cas d'espèce, il convient premièrement de souligner que ce raisonnement est totalement conforme avec la pratique décisionnelle de la Commission et la jurisprudence de la Cour de justice décrites au considérant 92. En l'espèce, le raisonnement ne s'écarte pas non plus de la décision N 480/07 de la

⁽⁹⁰⁾ Voir le considérant 12.

⁽⁹¹⁾ JO L 124 du 20.5.2003, p. 36.

⁽⁹²⁾ Voir la note 42 de bas de page.

⁽⁹³⁾ Voir en particulier les considérants 31 et 44.

⁽⁹⁴⁾ Voir en particulier le point 120 de l'arrêt.

⁽⁹⁵⁾ Voir la note 42 de bas de page, considérant 124.

Commission⁽⁹⁶⁾ à laquelle les autorités espagnoles renvoient. En effet, cette décision a tenu compte de la nature spécifique de l'objectif poursuivi en renvoyant⁽⁹⁷⁾ à la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social – Vers une utilisation plus efficace des incitations fiscales en faveur de la recherche et du développement⁽⁹⁸⁾. En l'espèce, l'objectif poursuivi par la mesure litigieuse n'est pas un objectif similaire. En outre, contrairement à l'affaire qui nous occupe, la mesure espagnole en question dans cette décision précédente n'établissait aucune distinction entre les opérations nationales et internationales.

- (132) Enfin, pour ce qui est de l'exception au régime de fiscalité des entreprises découlant de l'application de certaines directives⁽⁹⁹⁾, telles que la directive sur les sociétés mères et filiales ou la directive sur les paiements d'intérêts et de redevances transfrontaliers, la Commission est d'avis que la situation résultant de l'application de ces directives est pleinement cohérent avec le raisonnement exposé dans la présente décision. En effet, à la suite de l'harmonisation communautaire, les opérations transfrontalières au sein de la Communauté et de chaque État membre doivent être considérées comme se trouvant dans une situation juridique et factuelle comparable. Par ailleurs, la Commission souhaiterait souligner que le Tribunal de première instance a indiqué que⁽¹⁰⁰⁾: «en l'état actuel du droit communautaire, la fiscalité directe relève de la compétence des États membres, même s'il est de jurisprudence constante que ces derniers doivent exercer celle-ci dans le respect de ce droit (voir, notamment, arrêt du 14 septembre 1999, *Gschwind*, C-391/97, Recueil 1999, p. I-5451, point 20) et, par conséquent, s'abstenir de prendre, dans ce contexte, toute mesure susceptible de constituer une aide d'État incompatible avec le marché commun.»

D.3. Réaction aux observations sur l'article 58, paragraphe 1, point a), du traité

- (133) Premièrement, comme indiqué plus haut, il ne faut pas oublier que, bien que la fiscalité directe relève de la compétence des États membres, il n'en n'est pas moins vrai qu'ils doivent l'exercer en respectant le droit communautaire⁽¹⁰¹⁾, et notamment les dispositions du traité relatives aux aides d'État. En d'autres termes, l'article 58, paragraphe 1, point a), du traité doit être interprété d'une manière qui soit compatible avec les dispositions du traité relatives aux aides d'État, y compris celles qui investissent la Commission de compétences de contrôle dans ce domaine.

- (134) En outre, l'article 58 du traité, invoqué par les autorités espagnoles, doit être interprété en rapport avec l'article 56 du traité, qui interdit les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres. En effet, l'article 58, paragraphe 1, du traité dispose que: «L'article 56 ne porte pas atteinte au droit qu'ont les États membres: a) d'appliquer les dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui établissent une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis».

- (135) La possibilité que l'article 58, paragraphe 1, point a), du traité laisse aux États membres d'appliquer les dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui établissent une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis, a déjà été confirmée par la Cour de justice. Selon une jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de l'article 58, paragraphe 1, point a), du traité, les dispositions fiscales nationales qui établissent certaines distinctions fondées, en particulier, sur la résidence des contribuables pourraient être compatibles avec le droit communautaire pour autant qu'elles s'appliquent à des situations qui ne sont pas comparables objectivement⁽¹⁰²⁾ ou pourraient être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général liées notamment à la cohérence du régime fiscal⁽¹⁰³⁾. En tout état de cause, les objectifs de nature purement économique ne peuvent constituer une raison impérieuse d'intérêt général de nature à justifier une entrave à une liberté fondamentale garantie par le traité⁽¹⁰⁴⁾.

- (136) En ce qui concerne aussi la période postérieure à l'entrée en vigueur de l'article 58, paragraphe 1, point a), du traité, la Cour de justice a examiné la présence possible de situations objectivement comparables qui pourraient justifier une législation entravant la libre circulation des capitaux. Concernant certaines législations fiscales ayant pour effet de dissuader les contribuables résidant dans un État membre d'investir leurs capitaux dans des sociétés établies dans un autre État membre et qui avaient également un effet restrictif pour les sociétés établies dans d'autres États membres, dans la mesure où elles constituaient pour ces sociétés un obstacle à la captation de capitaux dans l'État membre en question, la Cour de justice a estimé à plusieurs reprises que ces législations ne pouvaient se justifier par une différence de situation objective de nature à fonder une différence de traitement fiscal, conformément à l'article 58, paragraphe 1, point a), du traité⁽¹⁰⁵⁾.

⁽⁹⁶⁾ Voir la note 24 de bas de page et le considérant 44.

⁽⁹⁷⁾ Voir la décision de la Commission du 14 février 2008, affaire N 480/07, précitée à la note 24 de bas de page.

⁽⁹⁸⁾ SEC(2006) 1515, COM/2006/0728 final, section 1.2.

⁽⁹⁹⁾ Voir le considérant 47.

⁽¹⁰⁰⁾ Voir le point 123 de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire C-501/00, cité à la note 42 de bas de page.

⁽¹⁰¹⁾ Voir l'arrêt de la Cour de justice du 11 août 1995 dans l'affaire C-80/94, *Wielockx*, Recueil 1995, p. I-2493, point 16; l'arrêt de la Cour de justice du 11 décembre 1997 dans l'affaire C-264/96, *ICI/Colmer (HMIT)*, Recueil 1998, p. I-4695, point 19; et l'arrêt de la Cour de justice du 29 avril 1999 dans l'affaire C-311/97, *Royal Bank of Scotland*, Recueil 1999, p. I-2651, point 19.

⁽¹⁰²⁾ Voir, en particulier, l'arrêt de la Cour de justice du 14 février 1995 dans l'affaire C-279/93, *Schumacker*, Recueil 1995, p. I-225.

⁽¹⁰³⁾ Voir l'arrêt de la Cour de justice du 28 janvier 1992 dans l'affaire C-204/90, *Bachmann/État belge*, Recueil 1992, p. I-249, et l'arrêt de la Cour de justice du 28 janvier 1992 dans l'affaire C-300/90, *Commission/Belgique*, Recueil 1992, p. I-305.

⁽¹⁰⁴⁾ Voir l'arrêt de la Cour de justice du 28 avril 1998 dans l'affaire C-120/95 *Decker/Caisse de Maladie des Employés Privés*, Recueil 1998, p. I-1831, point 39; l'arrêt de la Cour de justice du 28 avril 1998 dans l'affaire C-158/96 *Kohll/Union des Caisses de Maladie*, Recueil 1998, p. I-1931, point 41; et l'arrêt de la Cour de justice du 6 juin 2000 dans l'affaire C-35/98, *Verkooyen*, précité, point 48.

⁽¹⁰⁵⁾ Voir l'arrêt de la Cour de justice du 15 juillet 2004 dans l'affaire C-315/02, *Lenz*, Recueil 2004, p. I-7063; l'arrêt de la Cour de justice du 7 septembre 2004 dans l'affaire C-319/02, *Manninen*, Recueil 2004, p. I-7477.

(137) En tout état de cause, il ne faut pas oublier que l'article 58, paragraphe 3, du traité précise que les dispositions nationales visées à l'article 58, paragraphe 1, point a), du traité ne peuvent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux et des paiements ⁽¹⁰⁶⁾.

(138) Compte tenu de ce qui précède, la Commission estime qu'en l'espèce, les prises de participations nationales et les prises de participations dans des entreprises établies dans un autre État membre se trouvent, pour les raisons précitées, dans une situation objective comparable et qu'il n'existe pas de raisons impérieuses d'intérêt général de nature à justifier une différence de traitement des contribuables en fonction de l'endroit où leur capital est investi.

E. Conclusion sur la qualification de la mesure litigieuse

(139) Étant donné toutes les considérations qui précèdent, la Commission estime que la mesure litigieuse, s'agissant des acquisitions intracommunautaires, remplit toutes les conditions prévues à l'article 87, paragraphe 1, du traité et que, par conséquent, elle doit être considérée comme une aide d'État.

F. Compatibilité

(140) Comme indiqué dans la décision d'ouvrir la procédure, la Commission considère que le régime d'aide en question n'est couvert par aucune des exceptions visées à l'article 87, paragraphes 2 et 3, du traité.

(141) Tout au long de la procédure, les autorités espagnoles et les trente parties intéressées ont présenté leurs arguments afin de démontrer que les exceptions visées à l'article 87, paragraphe 3, point c), du traité s'appliqueraient en l'espèce ⁽¹⁰⁷⁾. Les deux parties ont estimé qu'aucune des dispositions de l'article 87, paragraphe 2, ni de l'article 87, paragraphe 3, du traité n'étaient applicables en l'espèce.

(142) Les exceptions prévues à l'article 87, paragraphe 2, du traité, qui se réfèrent aux aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, aux aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires et à celles octroyées à l'économie de certaines régions de la république fédérale d'Allemagne ne s'appliquent pas en l'espèce.

(143) L'exception visée à l'article 87, paragraphe 3, point a), qui autorise les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi n'est pas non plus d'application, étant donné que la mesure n'est soumise à la réalisation d'aucun type d'activité dans des régions spécifiques ⁽¹⁰⁸⁾.

(144) De même, la mesure litigieuse adoptée en 2001 ne peut être considérée comme promouvant la réalisation d'un projet d'intérêt européen commun ni comme destinée à remédier à une perturbation grave de l'économie espagnole, comme prévu à l'article 87, paragraphe 3, point b). Elle n'a pas non plus comme objet de promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, ainsi que l'article 87, paragraphe 3, point d), le prévoit.

(145) Enfin, la mesure litigieuse doit être examinée à la lumière de l'article 87, paragraphe 3, point c), qui permet d'autoriser les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun. À cet égard, il convient tout d'abord de signaler que la mesure litigieuse n'entre dans le champ d'application d'aucun des cadres ou lignes directrices qui définissent les conditions permettant de considérer certains types d'aide compatibles avec le marché commun.

(146) Quant aux arguments avancés par les autorités espagnoles et les trente parties intéressées sur le plan d'action concernant les aides d'État de 2005 ⁽¹⁰⁹⁾, selon lesquels elles considèrent que certaines mesures peuvent être compatibles si elles répondent essentiellement à une défaillance du marché, la Commission fait observer que les prétendues difficultés générales pour réaliser des fusions transfrontalières ne peuvent être considérées comme des défaillances du marché.

(147) Le fait qu'une entreprise donnée ne puisse peut-être pas réaliser un certain projet ou une certaine opération sans aide ne signifie pas nécessairement qu'il existe une défaillance du marché. L'on ne peut considérer qu'il existe une défaillance du marché que lorsque les forces du marché ne permettent pas à elles seules d'obtenir un résultat suffisant, c'est-à-dire lorsque tous les bénéfices potentiels de l'opération ne sont pas atteints.

⁽¹⁰⁸⁾ Voir, entre autres exemples de la pratique antérieure de la Commission, la décision 2004/76/CE du 13 mai 2003 concernant le régime d'aide d'État mis à exécution par la France en faveur des quartiers généraux et centres de logistique (JO L 23 du 28.1.2004, p. 1), considérant 73; voir aussi, concernant un raisonnement similaire, la décision 2003/515/CE de la Commission du 17 février 2003 concernant le régime d'aide mis à exécution par les Pays-Bas pour les activités de financement internationales (JO L 180 du 18.7.2003, p. 52), considérant 105; la décision 2004/77/CE de la Commission du 24 juin 2003 concernant le régime d'aides mis à exécution par la Belgique sous la forme d'un régime fiscal de *ruling* applicable aux *US Foreign Sales Corporations* (sociétés de vente américaines) (JO L 23 du 28.1.2004, p. 14), considérant 70.

⁽¹⁰⁹⁾ Voir la note 37 de bas de page.

⁽¹⁰⁶⁾ Voir l'arrêt dans l'affaire C-35/98, *Verkooijen*, précité, point 44.

⁽¹⁰⁷⁾ Voir les considérants 56 et suivants.

- (148) La Commission ne conteste pas que les coûts impliqués par certaines opérations puissent être bien plus élevés que ceux d'autres opérations. Néanmoins, étant donné que ces coûts sont des coûts réels qui reflètent avec précision la nature des projets en question, c'est-à-dire des coûts relatifs aux différentes localisations géographiques ou aux différents ordres juridiques dans lesquelles elles sont réalisées, il est efficace que les entreprises tiennent pleinement compte de ces coûts lorsqu'elles prennent leurs décisions. Dans le cas contraire, un résultat inefficace se produirait si elles ignoraient ces coûts réels ou, a fortiori, si ces coûts étaient compensés par des aides d'État. Le même type de différences dans les coûts réels apparaît aussi en comparant différentes opérations au sein du même pays et en comparant des opérations transfrontalières. Aussi l'existence de ces différences ne signifie-t-elle pas qu'un résultat de marché inefficace se produira.
- (149) Les exemples cités par les autorités espagnoles de prétendues hausses des coûts de la réalisation d'opérations internationales par rapport à des opérations nationales renvoient tous à des coûts réels liés à la réalisation d'opérations qui devraient être pleinement pris en considération par les participants du marché afin d'obtenir des résultats efficaces.
- (150) Pour qu'il existe une défaillance du marché, il faut essentiellement que soient réunies des circonstances externes (incidences indirectes positives) générées par les opérations ou des informations significatives incomplètes ou asymétriques qui dissuadent de réaliser des opérations qui, sinon, auraient été efficaces. Bien que, en théorie, cette situation puisse se produire dans le cadre de certaines opérations, tant internationales que nationales (par exemple dans le contexte de programmes conjoints de R&D), elle ne peut être considérée comme inhérente à toutes les opérations internationales, et encore moins aux opérations du type en question. À cet égard, la Commission estime que l'argument relatif aux défaillances du marché ne peut être accepté.
- (151) Par ailleurs, il convient de rappeler qu'en évaluant si une aide peut être considérée compatible avec le marché commun, la Commission tente de trouver un équilibre entre l'incidence positive de la mesure pour ce qui est de parvenir à un objectif d'intérêt commun et ses possibles effets secondaires négatifs, tels que la distorsion des échanges et de la concurrence. Sur la base de cette pratique, le plan d'action concernant les aides d'État a institutionnalisé un «test d'équilibre» en trois phases. Les deux premières concernent les effets positifs de l'aide d'État et la troisième les effets négatifs et l'équilibre entre les premiers et les seconds. Le test d'équilibre se structure comme suit:
- a) évaluer si l'aide poursuit un objectif spécifique d'intérêt commun (par exemple la croissance, l'emploi, la cohésion, l'environnement ou la sécurité énergétique);
- b) évaluer si l'aide est appropriée pour atteindre l'objectif d'intérêt commun, c'est-à-dire si l'aide proposée remédie à la défaillance du marché, ou un autre objectif. Aux fins de cette évaluation, il convient de vérifier si:
- i) l'aide d'État est un instrument politique adéquat;
- ii) il existe un effet d'incitation, concrètement, si la mesure change le comportement des entreprises;
- iii) la mesure est proportionnée, autrement dit, s'il est possible de parvenir au même changement de comportement avec une aide moindre;
- c) les distorsions de la concurrence et des échanges sont limitées, de façon à ce que l'équilibre général soit positif.
- (152) Premièrement, il convient d'évaluer si l'objectif poursuivi par l'aide peut effectivement être considéré comme un objectif d'intérêt commun. Bien que la mesure vise prétendument à favoriser l'intégration du marché unique, l'objectif poursuivi par l'aide en l'espèce n'est pas clairement spécifié, puisqu'il va au-delà de l'intégration du marché en promouvant l'expansion d'entreprises espagnoles sur le marché européen en particulier.
- (153) La deuxième phase consiste à évaluer si l'aide est appropriée pour atteindre l'objectif spécifique d'intérêt commun. Plus précisément, l'aide d'État doit changer le comportement d'une entreprise bénéficiaire de façon à ce qu'elle entreprenne des activités contribuant à l'objectif d'intérêt commun qu'elle ne réaliserait pas sans l'aide ou qu'elle réaliserait d'une manière limitée ou différente. Les autorités espagnoles et les trente parties intéressées n'ont pas formulé d'arguments spécifiques de nature à démontrer la probabilité que cet effet d'incitation se produise.
- (154) Le troisième point concerne les effets négatifs de l'aide d'État. Même si elle est appropriée pour atteindre un objectif d'intérêt commun, une aide octroyée à une entreprise ou à un secteur économique concret peut occasionner de graves distorsions de la concurrence et des échanges entre les États membres. À cet égard, les trente parties intéressées considèrent que le régime d'aides n'a pas d'incidence sur la situation concurrentielle des entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés en Espagne dans la mesure où l'effet financier de l'article 12, paragraphe 5, serait négligeable. Or, comme indiqué aux considérants 101 et suivants, il existe des indices sérieux montrant que l'effet de l'article 12, paragraphe 5, est loin d'être négligeable. En outre, étant donné que le régime d'aides ne s'applique qu'aux opérations étrangères, son effet concentre clairement les distorsions de la concurrence sur les marchés étrangers.

- (155) La dernière phase de l'analyse de la compatibilité consiste à évaluer si les effets positifs de l'aide, le cas échéant, excèdent ses effets négatifs. Comme signalé plus haut, en l'espèce, les autorités espagnoles et les trente parties intéressées n'ont pas démontré l'existence d'un objectif spécifique qui produirait des effets clairement positifs. De manière générale, elles considèrent que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS réalise l'objectif communautaire consistant à promouvoir les opérations transfrontalières, sans entrer dans l'évaluation des effets négatifs potentiels et réels de la mesure litigieuse. En tout état de cause, même à supposer que l'effet positif de la mesure soit la promotion des opérations transfrontalières grâce à la suppression de barrières à ces opérations, la Commission est d'avis que les effets positifs de la mesure n'excèdent pas ses effets négatifs, en particulier parce que la portée de la mesure est imprécise et indistincte.
- (156) En conclusion, la Commission estime qu'en ce qui concerne notamment l'analyse prévue à l'article 87, paragraphe 3, point c), les avantages fiscaux octroyés en vertu de la mesure litigieuse ne sont liés ni à l'investissement, ni à la création d'emploi, ni à des projets spécifiques. Ces avantages ne font que libérer les entreprises concernées de charges qu'elles devraient normalement supporter et, par conséquent, ils doivent être considérés comme une aide au fonctionnement. En principe, les aides au fonctionnement ne relèvent pas du champ d'application de l'article 87, paragraphe 3, point c), du traité, car elles faussent les conditions de concurrence dans les secteurs où elles sont octroyées sans pour autant être capables, par leur nature même, d'atteindre l'un des buts fixés par cette disposition⁽¹¹⁰⁾. Conformément à la pratique habituelle de la Commission, cette aide ne peut pas être considérée compatible avec le marché commun, puisqu'elle ne favorise pas le développement de certaines activités ou de certains domaines économiques et qu'elle n'est pas limitée dans le temps, qu'elle ne se réduit pas progressivement et qu'elle n'est pas proportionnelle à ce qui est nécessaire pour remédier à un désavantage économique spécifique dans les domaines en question. Le résultat du «test d'équilibre» confirme cette analyse.
- (157) Compte tenu de tout ce qui précède, il y a lieu de conclure que le régime d'aides en question n'est pas compatible avec le marché commun en ce qui concerne les acquisitions intracommunautaires.

G. Récupération de l'aide

- (158) La mesure litigieuse a été exécutée sans avoir été préalablement notifiée à la Commission conformément à l'article 88, paragraphe 3, du traité. Par conséquent, la mesure constitue une aide illégale en ce qui concerne les acquisitions intracommunautaires.

- (159) Lorsque l'aide d'État octroyée illégalement est déclarée incompatible avec le marché commun, cette conclusion aura pour conséquence que l'aide devra être récupérée auprès de ses bénéficiaires, conformément à l'article 14 du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE⁽¹¹¹⁾. La récupération de l'aide vise à rétablir, dans la mesure du possible, la situation concurrentielle existant avant l'octroi de cette aide. Ni les autorités espagnoles ni les trente parties intéressées n'ont avancé des arguments justifiant que l'on s'écarte de ce principe fondamental.
- (160) Néanmoins, l'article 14, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 659/1999 dispose que «La Commission n'exige pas la récupération de l'aide si, ce faisant, elle allait à l'encontre d'un principe général de droit communautaire». La jurisprudence de la Cour de justice et la pratique de la Commission ont établi que le fait d'ordonner la récupération de l'aide violerait un principe général de droit communautaire lorsque, à la suite de l'action de la Commission, une confiance légitime existe dans le chef du bénéficiaire d'une mesure que l'aide a été accordée conformément à la législation communautaire⁽¹¹²⁾.
- (161) Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Forum 187*⁽¹¹³⁾, la Cour de justice a estimé que «le droit de se prévaloir du principe de protection de la confiance légitime s'étend à tout justiciable dans le chef duquel une institution communautaire a fait naître des espérances fondées. En outre, nul ne peut invoquer une violation de ce principe en l'absence d'assurances précises que lui aurait fournies l'administration. De même, lorsqu'un opérateur économique prudent et avisé est en mesure de prévoir l'adoption d'une mesure communautaire de nature à affecter ses intérêts, il ne saurait invoquer le bénéfice d'un tel principe lorsque cette mesure est adoptée.»
- (162) Pour l'essentiel, les autorités espagnoles et les trente parties intéressées ont invoqué l'existence d'une confiance légitime basée, premièrement, sur certaines réponses de la Commission à des questions parlementaires écrites et, deuxièmement, sur la prétendue similitude du régime d'aides avec des mesures antérieures que la Commission a déclarées compatibles. Troisièmement, les autorités espagnoles et les trente parties intéressées considèrent que le principe de la confiance légitime implique que la Commission ne peut réclamer la récupération des déductions déjà effectuées ni la récupération de toutes les déductions pendantes pour une période de vingt ans prévue par le TRLIS.

⁽¹¹¹⁾ JO L 83 du 27.3.1999, p. 1.

⁽¹¹²⁾ Voir les décisions mentionnées à la note 108 de bas de page.

⁽¹¹³⁾ Arrêt de la Cour de justice du 22 juin 2006 dans l'affaire C-182/03 et C-217/03, *Forum 187 ASBL*, Recueil 2006, p. I-5479, point 147; voir aussi l'arrêt de la Cour de justice du 26 novembre 2005 dans l'affaire C-506/03, *Allemagne/Commission*, non encore publié au Recueil, point 58; et l'arrêt de la Cour de justice du 11 mars 1987 dans l'affaire C-265/85, *Van den Bergh en Jurgens BV/Commission*, Recueil 1987, p. 1155, point 44.

⁽¹¹⁰⁾ Voir l'arrêt du Tribunal de première instance du 4 septembre 2009 dans l'affaire T-211/05, *Italie/Commission*, non encore publié au Recueil, point 173; voir aussi l'arrêt du Tribunal de première instance du 8 juin 1995 dans l'affaire T-459/93, *Siemens/Commission*, Recueil 1995, p. II-1675, point 48.

(163) S'agissant de la prétendue similitude du régime d'aides avec d'autres mesures considérées comme non constitutives d'une aide d'État, la Commission estime que le régime d'aides est substantiellement différent des mesures évaluées par la Commission dans sa décision de 1984 relative aux «centres de coordination belges»⁽¹¹⁴⁾. La mesure litigieuse a un champ d'application différent, puisqu'elle ne se rapporte pas à des activités au sein du groupe, comme dans l'affaire des «centres de coordination belges». En outre, la mesure litigieuse a une structure différente, ce qui la rend sélective, notamment parce qu'elle ne s'applique qu'aux opérations liées à des pays étrangers.

(164) Concernant l'effet des déclarations de la Commission sur la confiance légitime des bénéficiaires, la Commission est d'avis qu'il convient de distinguer deux périodes: a) celle comprise entre la date d'entrée en vigueur de la mesure le 1^{er} janvier 2002 jusqu'à la date de publication de la décision d'ouvrir la procédure au Journal officiel le 21 décembre 2007; b) la période postérieure à la publication de la décision d'ouvrir la procédure au Journal officiel.

(165) Pour ce qui est de la première période, la Commission reconnaît ses réponses aux questions parlementaires de M. Erik Meijer et de M^{me} Sharon Bowles sur la nature possible d'aide d'État de la mesure litigieuse. Plus précisément, en réponse à la question parlementaire du député européen, M. Erik Meijer, le 19 janvier 2006, un commissaire a répondu au nom de la Commission que: «La Commission n'est pas en mesure de confirmer si les offres élevées des entreprises espagnole sont dues à la législation fiscale espagnole qui permet aux entreprises d'amortir le fond financier 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»⁽¹¹⁵⁾ [traduction libre]. Le 17 février 2006, en réponse à la question parlementaire de la députée européenne M^{me} Sharon Bowles, un commissaire a répondu au nom de la Commission que: «Selon les informations dont la Commission dispose actuellement, les règles fiscales espagnoles relatives à l'amortissement de la survaleur semblent être applicables à toutes les entreprises en Espagne, indépendamment de leur taille, du secteur, de la forme juridique ou du fait qu'elles soient privées ou publiques, dès lors qu'elles constituent des règles d'amortissement générales. Elles ne semblent donc pas entrer dans le champ d'application des règles relatives aux aides d'État»⁽¹¹⁶⁾ [traduction libre].

(166) Par ces déclarations au Parlement européen, la Commission a offert des garanties spécifiques, inconditionnelles et concordantes d'une nature telle que les bénéficiaires de la mesure litigieuse ont nourri des espoirs justifiés que le régime d'amortissement de la survaleur était légal, en ce sens qu'il n'entraînait pas dans le champ d'application des

règles relatives aux aides d'État⁽¹¹⁷⁾, et que, par conséquent, aucun des avantages découlant dudit régime ne pouvait faire l'objet par la suite d'une procédure de récupération. Bien que ces déclarations n'équivaillent pas à une décision formelle de la Commission établissant que le régime d'amortissement ne constituait pas une aide d'État, leur effet est équivalent du point de vue de la création d'une confiance légitime, d'autant plus que, dans ce cas-ci, les procédures applicables garantissant le respect du principe de collégialité avaient été respectées. Étant donné que le concept d'aide d'État est objectif⁽¹¹⁸⁾ et que la Commission ne jouit pas de pouvoir de discrétion quant à son interprétation, contrairement à l'analyse de la compatibilité, toute déclaration précise et inconditionnelle au nom de la Commission selon laquelle une mesure nationale ne doit pas être considérée comme une aide d'État serait naturellement comprise comme signifiant que la mesure n'était pas constitutive d'une aide depuis le début (autrement dit, aussi avant la déclaration en question). Une entreprise qui, auparavant, avait une incertitude quant à la possibilité pour elle de faire à l'avenir l'objet, en vertu des règles relatives aux aides d'État, d'un ordre de récupération des avantages qu'elle aurait obtenus en application du régime d'amortissement de la survaleur résultant de transactions réalisées avant les déclarations de la Commission, aurait pu tirer de ces déclarations la conclusion que cette incertitude était non fondée, puisque l'on ne pouvait espérer d'elle qu'elle fasse montre d'une plus grande diligence que la Commission à cet égard. Dans ces circonstances précises et dès lors que le droit communautaire n'exige pas la démonstration d'un lien de causalité entre les garanties offertes par une institution communautaire et le comportement des citoyens ou des entreprises concernés par ces garanties⁽¹¹⁹⁾, un chef d'entreprise diligent pourrait raisonnablement espérer que la Commission n'imposerait postérieurement aucune récupération⁽¹²⁰⁾ s'agissant des mesures qu'elle-même avait au préalable qualifiées, dans une déclaration à une autre institution communautaire, de non constitutives d'une aide, indépendamment du moment où la transaction bénéficiaire de la mesure d'aide a été réalisée.

(167) Par conséquent, la Commission estime que les bénéficiaires de la mesure litigieuse pouvaient légitimement penser que l'aide ne serait pas récupérée et, partant, elle ne réclame pas la récupération des aides fiscales octroyées à ces bénéficiaires dans le cadre d'une participation qu'une entreprise acquérante espagnole aurait directement ou indirectement prise dans une entreprise étrangère

⁽¹¹⁴⁾ Décision de la Commission SG(84) D/6421 du 16 mai 1984.

⁽¹¹⁵⁾ Question écrite E-4431/05.

⁽¹¹⁶⁾ Question écrite E-4772/05.

⁽¹¹⁷⁾ Sur le principe de la confiance légitime, voir l'arrêt de la Cour de justice *Van den Bergh en Jurgens BV/Commission*, précité, point 44; l'arrêt de la Cour de justice dans les affaires C-182/03 et C-217/03, *Forum 187 ASBL/Commission*, Recueil 2006, p. I-5479, point 147; et l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-290/97, *Mehibas Dorðtselaan/Commission*, Recueil 2000, p. II-15, point 59.

⁽¹¹⁸⁾ Arrêt de la Cour de justice du 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, C-487/06 P, points 111 à 114 et 185 et 186; arrêt du Tribunal de première instance du 17 octobre 2002, affaire T-98/00, *Linde/Commission*, point 33.

⁽¹¹⁹⁾ C'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire de démontrer que le particulier ou l'entreprise a participé à des activités qu'il ou elle n'aurait pas réalisées autrement, en faisant confiance à la garantie en question.

⁽¹²⁰⁾ Voir, par analogie, la décision de la Commission du 17 février 2003 concernant les centres de coordination établis en Belgique (2003/757/CE), et la décision de la Commission du 20 décembre 2006, *GIE fiscaux* (C 46/04).

avant la date de publication⁽¹²¹⁾ au *Journal officiel de l'Union européenne* de la décision de la Commission d'ouvrir la procédure formelle d'examen conformément à l'article 88, paragraphe 2, du traité et qui aurait bénéficié alors de la mesure litigieuse. En effet, depuis la date d'ouverture de la procédure formelle d'examen et conformément à sa pratique⁽¹²²⁾, la Commission considère qu'un agent économique diligent aurait dû tenir compte des doutes exprimés par la Commission à l'égard de la compatibilité de la mesure litigieuse.

(168) La Commission considère également que ces bénéficiaires devraient continuer à profiter des avantages de la mesure litigieuse jusqu'à la fin de la période d'amortissement prévue dans la mesure. La Commission reconnaît que les opérations ont été planifiées et les investissements consentis dans la confiance raisonnable et légitime en une certaine continuité des conditions économiques, y compris la mesure litigieuse. Par conséquent, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice et à la pratique de la Commission⁽¹²³⁾, en l'absence d'intérêt public péremptoire⁽¹²⁴⁾, la Commission considère qu'il y a lieu de permettre aux bénéficiaires de continuer à bénéficier des avantages de la mesure litigieuse durant toute la période d'amortissement prévue à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS.

(169) Par ailleurs, la Commission est d'avis qu'il convient de prévoir un délai raisonnable de transition pour les entreprises qui avaient déjà acquis, dans une perspective à long terme, des droits dans des entreprises étrangères et qui ne détenaient pas ces droits durant une période ininterrompue d'au moins un an à la date de la publication de la décision d'ouvrir la procédure. Dès lors, la Commission estime qu'il faudra considérer que les entreprises qui réunissaient les autres conditions pertinentes de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS (voir le considérant 21) avant le 21 décembre 2007, à l'exception de la condition de posséder leurs participations durant une période ininterrompue d'un an minimum, bénéficient aussi de la confiance légitime si elles ont possédé ces droits durant une période ininterrompue d'un an au moins au plus tard le 21 décembre 2008.

⁽¹²¹⁾ Voir note 1 de bas de page.

⁽¹²²⁾ Voir, entre autres, la décision 2007/375/CE de la Commission du 7 février 2007 concernant l'exonération du droit d'accise sur les huiles minérales utilisées comme combustible pour la production d'alumine dans la région de Gardanne, dans la région du Shannon et en Sardaigne, appliquée respectivement par la France, l'Irlande et l'Italie (JO L 147 du 8.6.2007, p. 29), considérant 55, et la décision de la Commission du 24 juin 2003 concernant le régime d'aides mis à exécution par la Belgique sous la forme d'un régime fiscal de ruling applicable aux US Foreign Sales Corporations, précité, considérant 79.

⁽¹²³⁾ Voir la décision 2003/755/CE de la Commission du 17 février 2003 concernant le régime d'aides mis en œuvre par la Belgique en faveur des centres de coordination établis en Belgique (JO L 282 du 30.10.2003, p. 25), et l'arrêt de la Cour de justice du 22 juin 2006 dans les affaires C-182/03 et C-217/03, *Forum 187 ASBL*, précité, points 162 et 163.

⁽¹²⁴⁾ Voir l'arrêt dans l'affaire *Forum 187*, précité, point 149; voir aussi l'arrêt de la Cour de justice du 14 mai 1975 dans l'affaire C-74/74, *CNTA/Commission*, Recueil 1975, p. 533, point 44.

(170) En revanche, dans les cas où l'entreprise espagnole acquérante n'aurait pas possédé directement ou indirectement ces droits jusqu'après le 21 décembre 2007, il conviendra de récupérer auprès de ce bénéficiaire toute l'aide incompatible, sauf si: premièrement, avant le 21 décembre 2007, il a été convenu d'une obligation irrévocable, pour une entreprise espagnole acquérante, de posséder ces droits; deuxièmement, le contrat prévoyait une condition suspensive liée au fait que la transaction en question est soumise à l'autorisation impérative d'une autorité de réglementation; et, troisièmement, la transaction a été notifiée avant le 21 décembre 2007. En effet, après la publication de la décision d'ouvrir la procédure au *Journal officiel*, l'on ne peut prétendre qu'un agent économique prudent n'était pas en mesure de prévoir l'adoption d'une mesure communautaire susceptible d'affecter ses intérêts telle que la présente décision. Comte tenu de ce qui précède, la Commission conclut qu'il conviendra de procéder à la récupération dans tous les cas non visés aux considérants 167 et 169 de la présente décision. La Commission estime également que la mesure litigieuse n'est pas constitutive d'une aide si, au moment où les bénéficiaires ont profité de ses avantages, ils réunissaient toutes les conditions établie par une législation adoptée conformément à l'article 2 du règlement (CE) n° 994/98, qui était applicable au moment où la réduction fiscale a été octroyée.

(171) Compte tenu des considérations qui précèdent, au cours d'un exercice donné et pour un bénéficiaire donné, le montant exact de l'aide correspond à la valeur actualisée nette de la réduction de la charge fiscale octroyée au titre de l'amortissement visé à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Par conséquent, il dépend du taux d'imposition applicable à l'entreprise durant les exercices correspondant et du taux d'escompte applicable.

(172) Pour un exercice donné et un bénéficiaire donné, la valeur nominale de l'aide correspond à la réduction fiscale octroyée en application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS pour les droits dans des entreprises étrangères qui ne respectent pas les conditions exposées aux considérants 167 et 169.

(173) La valeur actualisée est calculée en appliquant le taux d'intérêt à la valeur nominale, conformément au chapitre V du règlement (CE) n° 794/2004 et au règlement (CE) n° 271/2008 modifiant le règlement (CE) n° 794/2004.

(174) Pour calculer la charge fiscale qui aurait été imposée aux bénéficiaires en l'absence de la mesure d'aide illégale, les autorités espagnoles doivent se base sur les opérations réalisées au cours de la période précédant la publication de la décision d'ouvrir la procédure au *Journal officiel*, comme indiqué précédemment. L'on ne peut prétendre qu'en l'absence de ces avantages illégaux, les bénéficiaires auraient structuré leurs opérations de manière différente afin de réduire leur charge fiscale. Comme exposé clairement dans l'arrêt rendu par la Cour de justice dans

l'affaire Unicredito ⁽¹²⁵⁾, ces considérations hypothétiques ne peuvent être prises en considération aux fins du calcul de l'aide.

VII. CONCLUSION

(175) La Commission considère, au vu de la jurisprudence citée et des particularités de l'espèce, que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS constitue un régime d'aide d'État au sens des dispositions de l'article 87, paragraphe 1, du traité, en ce qui concerne les acquisitions intracommunautaires. La Commission estime également que la mesure litigieuse, en ayant été exécutée en violation de l'article 88, paragraphe 3, du traité, constitue un régime d'aide illégal en ce qui concerne les acquisitions intracommunautaires. Néanmoins, étant donné l'existence d'une confiance légitime jusqu'à la date de publication de la décision d'ouvrir la procédure, la Commission renonce exceptionnellement à la récupération de tout avantage fiscal résultant de l'application du régime d'aides concernant les aides liées aux prises de participations dans des entreprises étrangères contrôlées directement ou indirectement par des entreprises espagnoles acquérantes avant la date de publication au *Journal officiel de l'Union européenne* de la décision de la Commission d'ouvrir la procédure formelle d'examen conformément à l'article 88, paragraphe 2, sauf si: premièrement, avant le 21 décembre 2007, il a été convenu d'une obligation irrévocable, pour une entreprise espagnole acquérante, de posséder ces droits; deuxièmement, le contrat prévoyait une condition suspensive liée au fait que la transaction en question est soumise à l'autorisation impérative d'une autorité de réglementation; et, troisièmement, la transaction a été notifiée avant le 21 décembre 2007.

(176) La Commission maintient ouverte la procédure entamée le 10 octobre 2007 concernant les opérations extracommunautaires étant donné que les autorités espagnoles se sont engagées à apporter de nouveaux éléments,

A ADOPTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

1. Le régime d'aides exécuté par l'Espagne conformément à l'article 12, paragraphe 5, du décret royal législatif n° 4/2004 du 5 mars 2004, qui a consolidé les modifications introduites à la loi sur l'impôt des sociétés, appliqué illégalement par le Royaume d'Espagne en violation de l'article 88, paragraphe 3, du traité, est incompatible avec le marché commun pour ce qui est des aides octroyées aux bénéficiaires lors de la prise de participations intracommunautaires.

2. Néanmoins, les déductions fiscales dont les bénéficiaires ont profité lors de prises de participations intracommunautaires et octroyées conformément à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS en ce qui concerne des droits possédés directement ou indirectement dans des entreprises étrangères qui remplissent les conditions pertinentes du régime d'aides avant le 21 décembre

2007, à l'exception de la condition de posséder ces participations durant une période ininterrompue d'au moins un an, pourront continuer à s'appliquer durant toute la période d'amortissement prévue par le régime d'aides.

3. Les déductions fiscales octroyées aux bénéficiaires au titre de prises de participations intracommunautaires, en vertu de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, qui sont liées à une obligation irrévocable, convenu avant le 21 décembre 2007, de posséder les droits en question lorsque le contrat contient une condition suspensive liée au fait que la transaction en question est soumise à l'autorisation impérative d'une autorité de réglementation et lorsque la transaction a été notifiée avant le 21 décembre 2007, pourront continuer de s'appliquer durant toute la période d'amortissement prévue par le régime d'aide pour la partie des droits possédés à partir de la date de levée de la condition suspensive.

Article 2

La réduction fiscale octroyée au titre du régime visé à l'article 1^{er} n'est pas constitutive d'une aide si, au moment de son octroi, elle remplissait les conditions définies par une législation adoptée en vertu de l'article 2 du règlement (CE) n° 994/98 et applicable à ce moment-là.

Article 3

La réduction fiscale octroyée au titre du régime visé à l'article 1^{er} qui, au moment de son octroi, remplissait les conditions définies dans un règlement adopté en vertu de l'article 1^{er} du règlement (CE) n° 994/98 ou dans tout autre régime d'aide approuvé est compatible avec le marché commun jusqu'à concurrence de l'intensité maximale appliquée pour ce genre d'aide.

Article 4

1. L'Espagne est tenue de récupérer l'aide incompatible correspondant à la réduction fiscale prévue en vertu du régime visé à l'article 1^{er}, paragraphe 1, auprès des bénéficiaires dont les droits dans des entreprises étrangères, acquis dans le cadre de participation intracommunautaires, ne remplissent pas les conditions visées à l'article 1^{er}, paragraphe 2.

2. Les sommes à récupérer produisent des intérêts à partir de la date à laquelle elles ont été mises à la disposition des bénéficiaires, jusqu'à leur récupération effective.

3. Les intérêts sont calculés sur une base composée conformément au chapitre V du règlement (CE) n° 794/2004 et au règlement (CE) n° 271/2008 qui le modifie.

4. L'Espagne annule toutes les réductions fiscales en suspens octroyées au titre du régime visé à l'article 1^{er}, paragraphe 1, à compter de la date d'adoption de la présente décision, à l'exception des réductions octroyées au titre de droits dans des entreprises étrangères remplissant les conditions visées à l'article 1^{er}, paragraphe 2.

⁽¹²⁵⁾ Arrêt de la Cour de justice du 15 décembre 2005 dans l'affaire C-148/04, *Unicredito Italiano Spa/Agencia delle Entrate*, Recueil 2005, p. I-11137, points 117 à 119.

Article 5

1. La récupération des aides octroyées au titre du régime visé à l'article 1^{er} est immédiate et effective.
2. L'Espagne veille à ce que la présente décision soit mise en œuvre dans les quatre mois suivant la date de sa notification.

Article 6

1. Dans les deux mois suivant la notification de la présente décision, l'Espagne communique les informations suivantes:
 - a) la liste des bénéficiaires qui ont reçu une aide en vertu du régime visé à l'article 1^{er}, ainsi que le montant total reçu par chaque bénéficiaire en vertu de ce régime;
 - b) le montant total (principal et intérêts) à récupérer auprès de chaque bénéficiaire;
 - c) une description détaillée des mesures déjà prises et des mesures prévues pour se conformer à la présente décision;

- d) les documents démontrant que les bénéficiaires ont été mis en demeure de rembourser l'aide.

2. L'Espagne tient la Commission informée de l'avancement des mesures nationales adoptées afin de mettre en œuvre la présente décision jusqu'à la récupération complète des aides octroyées en vertu du régime visé à l'article 1^{er}. Elle transmet immédiatement, sur simple demande de la Commission, toute information sur les mesures déjà prises et sur celles prévues pour se conformer à la présente décision. Elle fournit aussi des informations détaillées concernant les montants de l'aide et des intérêts déjà récupérés auprès des bénéficiaires.

Article 7

Le Royaume d'Espagne est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 28 octobre 2009.

Par la Commission

Neelie KROES

Membre de la Commission

ANNEXE

Liste des tiers intéressés qui ont soumis des observations à la décision d'ouvrir la procédure et qui n'ont pas demandé à garder l'anonymat

Abertis Infraestructuras SA
Acerinox SA
Aeropuerto de Belfast SA.
Altadis SA, Fomento de Construcciones y Contratas SA
Amey UK Ltd
Applus Servicios Tecnológicos SL
Asociación Española de Banca (AEB)
Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA)
Asociación de Empresas Constructoras de Ámbito Nacional (SEOPAN)
Asociación de Marcas Renombradas Españolas
Asociación Española de Asesores Fiscales
Amadeus IT Group SA
Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) SA
Banco Santander SA
Club de Exportadores e Inversores Españoles
Compañía de distribución integral Logista SA
Confederacion Española de Organizaciones Empresariales
Confederacion Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME)
Ebro Puleva SA
Ferrovia Services SA
Hewlett-Packard Española SL
La Caixa S A,
Iberdrola S A
Norvarem SA
Prosegur Compañía de Seguridad SA
Sociedad General de Aguas de Barcelona SA (Grupo AGBAR)
Telefónica SA
