

II

(Actes non législatifs)

DÉCISIONS

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 12 janvier 2011

relative à l'amortissement fiscal de la survalueur 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(2010) 9566]

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

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

(2011/282/UE)

LA COMMISSION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment son article 108, 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 parties intéressées à présenter leurs observations conformément auxdits articles ⁽¹⁾, et compte tenu de ces observations,

considérant ce qui suit:

distribution d'énergie Scottish Power Ltd. via l'achat d'actions. Selon lui, Iberdrola aurait bénéficié d'une aide d'État irrégulière 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° 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 n° 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 intérieur en application de l'article 6, paragraphe 1, point b), du règlement sur les concentrations.

I. PROCÉDURE

(1) Par les questions écrites posées à la Commission (n° E-4431/05, E-4772/05 et E-5800/06), plusieurs députés européens ont indiqué que l'Espagne avait adopté 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° 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades» ⁽²⁾], ci-après le «TRLIS»].

(2) Par la question écrite n° P-5509/06, le député européen David Martin (PSE) s'est plaint à la Commission de l'OPA hostile lancée par le producteur d'énergie espagnol Iberdrola sur l'entreprise britannique de production et de

(3) Par lettres du 15 janvier et du 26 mars 2007, 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 intérieur.

(4) Par lettres du 16 février et du 4 juin 2007, les autorités espagnoles ont répondu à ces demandes.

⁽¹⁾ JO C 311 du 21.12.2007, p. 21.

⁽²⁾ Publiée au Journal officiel de l'État espagnol le 11.3.2004.

⁽³⁾ JO L 24 du 29.1.2004, p. 1.

⁽⁴⁾ Voir http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_4517.

- (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 intérieur. 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 108, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le «TFUE») (ancien article 88, paragraphe 2, du traité CE) concernant l'amortissement fiscal de la survaleur financière prévu 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 107, paragraphe 1, du TFUE. La Commission a informé l'Espagne qu'elle avait décidé d'ouvrir la procédure prévue à l'article 108, paragraphe 2, du TFUE. 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.
- (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 sur la décision d'ouvrir la procédure de la part de trente-deux tiers intéressés. Les tiers qui n'ont pas demandé à garder l'anonymat sont cités à l'annexe I de la présente décision.
- (9) Par lettres des 9 avril, 15 et 22 mai 2008 et du 27 mars 2009, la Commission a transmis les observations précitées aux autorités espagnoles afin de leur donner la possibilité d'y répondre. Par lettres du 30 juin 2008 et du 22 avril 2009, les autorités espagnoles ont présenté leurs commentaires sur les observations des tiers intéressés.
- (10) Le 18 février 2008, les 12 mai et 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 régime 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 du 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 SA; et le 12 février 2009, une réunion s'est tenue entre les représentants de la Commission et Telefónica SA.
- (12) Le 14 juillet 2008, les autorités espagnoles ont présenté des informations supplémentaires relatives à la mesure litigieuse, et notamment des données extraites de déclarations fiscales de 2006 qui fournissaient une description générale des contribuables ayant bénéficié de cette mesure.
- (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 l'Union.
- (14) Le 28 octobre 2009, la Commission a adopté une décision négative ⁽⁶⁾ avec ordre de recouvrement de l'aide accordée aux bénéficiaires sur la base de la législation en cause lors d'acquisitions réalisées au sein de l'Union (ci-après la «décision antérieure»). Ainsi que l'indique le considérant 119 de la décision, la Commission a maintenu ouverte la procédure entamée par la décision d'ouvrir la procédure en ce qui concerne les acquisitions réalisées en dehors de l'Union, dès lors que les autorités espagnoles se sont engagées à apporter de nouveaux éléments relatifs aux obstacles aux fusions transfrontières en dehors de l'Union.
- (15) Les 12, 16 et 20 novembre 2009, les autorités espagnoles ont présenté des informations succinctes relatives aux investissements directs réalisés par des entreprises espagnoles en dehors de l'Union.
- (16) Le 16 décembre 2009, les services de la Commission ont envoyé aux autorités espagnoles une demande de renseignements concernant les opérations réalisées en dehors de l'Union, jugeant celle-ci nécessaire pour évaluer le caractère d'aide d'État du régime, selon les suggestions formulées par les autorités espagnoles.
- (17) Par lettre du 3 janvier 2010, les autorités espagnoles ont présenté des informations détaillées sur quinze pays tiers concernés par la grande majorité (environ 70 %) des investissements directs espagnols à l'étranger. Plus concrètement, elles ont présenté des rapports établis par le cabinet d'avocats Garrigues et par KPMG, qui contiennent une analyse des prétendus obstacles fiscaux et juridiques existant dans ces pays tiers.
- (18) Par lettre du 27 janvier 2010, la Commission a reçu les observations de Banesto, membre du groupe Santander.
- (19) Par courrier électronique du 3 mars 2010, les autorités espagnoles ont répondu à une question technique qui leur avait été posée le 26 février 2010.

⁽⁵⁾ Voir la note de bas de page 1.

⁽⁶⁾ Voir la décision de la Commission C(2009) 8107 final et sa version corrigée C(2009) 8107 corr., disponibles depuis janvier 2010 sur le site web de la Commission à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/222341/222341_1030573_302_1.pdf.

- (20) Par lettre du 9 juillet 2010, la Commission a reçu des observations de Banco Santander.
- (21) Par lettre du 25 novembre 2010, la Commission a reçu des observations de Telefónica.
- (22) Le 27 novembre 2009 et les 16 et 29 juin 2010, ont eu lieu des réunions techniques entre les services de la Commission et les autorités espagnoles.

II. DESCRIPTION DÉTAILLÉE DE LA MESURE LITIGIEUSE

- (23) La mesure en cause prévoit un amortissement fiscal de la survaleur financière résultant d'une prise de participations significative dans une entreprise étrangère.
- (24) Cette mesure (ci-après la «mesure litigieuse») est régie par l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Plus concrètement, l'article 2, paragraphe 5, de la loi n° 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 législatif royal n° 4/2004 du 5 mars 2005 présente une version consolidée de cette loi sur l'impôt des sociétés.
- (25) La Commission est consciente que la législation espagnole a évolué depuis la date où la décision d'ouvrir la procédure a été prise ⁽⁷⁾. 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 être modifiée entre-temps. Toute nouvelle disposition légale sera explicitement indiquée comme telle.
- (26) L'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, 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 participations d'au moins 5 % dans une entreprise étrangère, par tranches annuelles, durant au moins les 20 années qui suivent cette prise de participations.

- (27) 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 ⁽⁸⁾, l'écart entre le prix payé pour la prise de participations 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, dès que l'entreprise acquéreuse prend le contrôle de l'entreprise acquise ⁽⁹⁾.

- (28) 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 composant des entreprises indépendantes ou après une opération de fusion ou de scission.

- (29) Au sens du système fiscal espagnol, la «survaleur financière» équivaut à la survaleur qui aurait été enregistrée dans la comptabilité en cas de regroupement de l'entreprise acquéreuse 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 le transfert d'actifs ou dans des opérations 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 participations.

- (30) L'article 12, paragraphe 5, du TRLIS dispose que l'amortissement de la survaleur financière dépend du 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 ⁽¹⁰⁾;

⁽⁸⁾ Voir les articles 46 et 39 du code de commerce de 1885.

⁽⁹⁾ À la suite de l'application de la loi n° 16/2007, du 4 juillet 2007, modifiant et adaptant le droit des sociétés en matière comptable en vue de son harmonisation internationale conformément au droit de l'Union.

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

⁽⁷⁾ Loi n° 4/2008 du 23 décembre 2008, qui a modifié plusieurs dispositions de la législation fiscale.

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 la fraude fiscale⁽¹¹⁾ et pourvue d'une clause sur l'échange d'informations;

c) les revenus de l'entreprise étrangère doivent provenir essentiellement de la réalisation d'activités à l'étranger ou être des revenus qui peuvent y être assimilés. 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 des règles espagnoles en matière de transparence fiscale internationale et sont imposés en tant que bénéfices dégagés en Espagne⁽¹²⁾. En particulier, sont réputés remplir ces conditions les revenus tirés des activités suivantes:

— le commerce de gros, lorsque les biens sont mis à la disposition des acquéreurs dans le pays ou le territoire où réside l'entreprise acquise ou dans tout autre pays ou territoire que l'Espagne,

— les services fournis à des bénéficiaires qui n'ont pas leur domicile fiscal en Espagne,

— les services financiers fournis à des bénéficiaires qui n'ont pas leur domicile fiscal en Espagne,

— les services d'assurances relatifs à des risques situés en dehors 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⁽¹³⁾.

(31) Outre la mesure litigieuse, il convient de présenter brièvement les dispositions suivantes du TRLIS auxquelles il sera fait référence dans la présente décision:

⁽¹¹⁾ Voir l'article 21, paragraphe 1, point b), du TRLIS.

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

⁽¹³⁾ Voir l'article 21, paragraphe 1, point c), deuxième alinéa, du TRLIS.

— l'article 11, paragraphe 4, du TRLIS⁽¹⁴⁾, intitulé «Corrections de valeur: amortissements» et compris dans le chapitre IV du TRLIS qui définit l'assiette imposable, vise l'amortissement durant au moins 20 ans de la survaleur résultant d'une prise de participations lorsque les conditions suivantes sont remplies: i) la survaleur résulte d'une prise de participations à titre onéreux; ii) le vendeur n'a pas de relation avec l'entreprise acquéreuse. Les modifications apportées à cette disposition après la décision d'ouvrir la procédure et introduites par la loi n° 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 participations 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) soit constituée une réserve indisponible d'un montant équivalent au moins au montant déduit conformément à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS,

— l'article 12, paragraphe 3, du TRLIS, qui fait partie du chapitre IV 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, 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 appliquée conjointement avec cet article du TRLIS⁽¹⁵⁾,

— l'article 89, paragraphe 3, du TRLIS fait partie du titre VII, chapitre VIII intitulé «Régime spécial des fusions, scissions, transferts d'actifs et échanges de valeurs et changement d'adresse d'une entreprise européenne ou d'une société coopérative européenne d'un État membre à l'autre de l'Union européenne». Il s'intitule «Participations au capital de l'entreprise acquise et de l'entreprise acquéreuse». 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) il faut une participation d'au moins 5 % dans l'entreprise acquise avant le regroupement d'entreprises; ii) il convient de prouver que la survaleur a été imposée à charge du vendeur et iii) que ce dernier n'est pas lié à l'acheteur. Si la condition iii) n'est pas remplie, le montant déduit devra correspondre à une dépréciation irréversible des actifs incorporels,

⁽¹⁴⁾ Dans la législation en vigueur, cette disposition est l'article 12, paragraphe 6, du TRLIS.

⁽¹⁵⁾ Comme l'indique explicitement l'article 12, paragraphe 5, deuxième alinéa: «La déduction de cette différence (celle visée à l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS) sera compatible, le cas échéant, avec les pertes pour dépréciation auxquelles se réfère le paragraphe 3 du présent article».

- l'article 21 intitulé «Exemption visant à éviter la double imposition internationale sur les dividendes et les revenus de source étrangère résultant du transfert de valeurs représentatives des fonds propres d'entreprises ne résidant pas sur le territoire espagnol» fait partie du titre IV du TRLIS. Cet article définit les conditions auxquelles les dividendes ou les participations aux bénéficiaires d'entreprises ne résidant pas sur le territoire espagnol sont exonérés d'impôts lorsqu'ils sont touchés par une entreprise dont le domicile fiscal est établi en Espagne,
 - 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 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.
- (32) Aux fins de la présente décision, on entendra par:
- transfert d'actifs, une opération par laquelle une entreprise transmet à une autre toutes, une ou plusieurs branches d'activité, sans que cela implique la dissolution de la société cédante,
 - 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,
 - prise de participations, 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,
 - entreprise acquise, une entreprise ne résidant pas en Espagne, dont le revenu remplit les conditions décrites au considérant 30, point c), dans laquelle une entreprise résidant en Espagne prend une participation,
 - prises de participations à l'intérieur de l'Union européenne, 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 sur le territoire de l'Union,
 - prises de participations en dehors de l'Union européenne, 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 sur le territoire de l'Union.
- ### III. MOTIFS JUSTIFIANT L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE
- (33) Dans la décision d'ouvrir la procédure, la Commission a ouvert la procédure formelle d'examen conformément à l'article 108, paragraphe 2, du TFUE (ancien article 88, paragraphe 2, du traité CE) au sujet de la mesure litigieuse, dans la mesure où celle-ci paraissait remplir toutes les conditions pour être considérée comme une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE. La Commission doutait également de la compatibilité de la mesure litigieuse avec le marché intérieur, aucune des exceptions prévues à l'article 107, paragraphes 2 et 3, ne semblant lui être applicable.
- (34) 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. Elle a également soutenu que l'amortissement fiscal de la survalueur financière résultant de la prise de participations de 5 % dans une entreprise acquise étrangère semblait constituer un avantage exceptionnel.
- (35) 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 d'une entreprise acquise, et uniquement à l'égard des entreprises acquises 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, une réduction fiscale favorisant uniquement l'exportation de produits nationaux était constitutive d'une aide d'État⁽¹⁶⁾. La mesure litigieuse semblait donc sélective.
- ⁽¹⁶⁾ Voir l'arrêt du 10 décembre 1969 dans les affaires jointes C-6/69 et C-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).

- (36) 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, excepté les dispositions de 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.
- (37) La Commission a, en outre, 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 prendraient 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 intérieur.
- (38) 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 autre principe général du droit de l'Union qui permettrait 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. PREMIÈRE DÉCISION PARTIELLEMENT NÉGATIVE

- (39) Dans la décision antérieure, la Commission a conclu que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS constitue un régime d'aides au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE lorsqu'il s'applique aux prises de participations à l'intérieur de l'Union.
- (40) La Commission a également estimé que, la mesure litigieuse ayant été exécutée en violation de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE, elle constitue un régime d'aides illégal lorsqu'elle s'applique aux prises de participations à l'intérieur de l'Union.
- (41) La Commission a maintenu ouverte la procédure entamée par la décision d'ouvrir la procédure du 10 octobre 2007 en ce qui concerne les prises de participations en dehors de l'Union en attendant les nouveaux éléments que les autorités espagnoles se sont engagées à apporter en ce qui concerne les obstacles aux fusions transfrontières en dehors de l'Union.

V. OBSERVATIONS DES AUTORITÉS ESPAGNOLES ET DES TIERS INTÉRESSÉS

- (42) La Commission a reçu les observations des autorités espagnoles⁽¹⁷⁾ et de trente-deux tiers intéressés⁽¹⁸⁾, parmi lesquels huit sont des associations.
- (43) 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 107 du TFUE. 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 celle-ci ne peut pas se fonder sur les règles relatives aux aides d'État pour harmoniser les questions fiscales.
- (44) D'une manière générale, les trente tiers intéressés (ci-après les «trente parties intéressées») soutiennent le point 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 intérieur. 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 séparément.

A. Observations des autorités espagnoles et des trente parties intéressées

- (45) De manière préliminaire, les autorités espagnoles soulignent que les impôts directs relèvent de la compétence des États membres. Partant, l'action de la Commission dans ce domaine devrait respecter le principe de subsidiarité visé à l'article 5 du traité CE (remplacé aujourd'hui, en substance, par l'article 5 du TFUE). Par ailleurs, les autorités espagnoles rappellent que l'article 3 du traité CE (aujourd'hui remplacé, en substance, par les articles 3 à 6 du TFUE) et l'article 58, paragraphe 1, point a), du traité CE (aujourd'hui remplacé par l'article 65 du TFUE) 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.

⁽¹⁷⁾ Voir le considérant 7.

⁽¹⁸⁾ Voir le considérant 8.

(46) Les trente parties intéressées affirment, en outre, qu'une décision négative de la Commission enfreindrait le principe d'autonomie fiscale nationale établi dans le TFUE, ainsi que l'article 56 du traité CE (aujourd'hui remplacé par l'article 63 du TFUE), qui interdit les restrictions à la libre circulation des capitaux.

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

(47) 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 107, paragraphe 1, du TFUE 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

(48) Contrairement à la position exprimée par la Commission dans la décision d'ouvrir la procédure, les autorités espagnoles estiment que 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 sur lequel fonder l'existence d'une exception au système fiscal; ii) et même s'il l'était, le fait de qualifier la survaleur financière d'actif amortissable sur une certaine durée est historiquement ancré dans les régimes espagnols de comptabilité et de fiscalité des entreprises.

(49) 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.

(50) 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⁽¹⁹⁾ que la survaleur financière⁽²⁰⁾ 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.

(51) 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 sorte que le contribuable se trouverait dans la même situation que si l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS ne lui avait pas été appliqué.

(52) 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 prenant conjointement le contrôle d'une entreprise acquise déduise une fraction correspondante de 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 que l'article 11, paragraphe 4, ou que l'article 89, paragraphe 3, du TRLIS en ce qui concerne la position de contrôle des bénéficiaires. Enfin, il convient de souligner que le critère de participation de 5 % 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⁽²¹⁾.

(53) 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.

⁽¹⁹⁾ Les autorités espagnoles ont renvoyé à l'article 194 du décret royal n° 1564/1989 du 22 décembre 1989.

⁽²⁰⁾ Les autorités espagnoles ont renvoyé à la résolution n° 3 de l'Institut de comptabilité et d'audit des comptes (ICAC), BOICAC, 27.11.1996.

⁽²¹⁾ Voir la décision de la Commission du 22.9.2004, N 354/04, Company Holding Regime (JO C 131 du 28.5.2005, p. 10).

- (54) 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 ⁽²²⁾ (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 d'au moins 20 ans est le même que le coefficient d'amortissement de la survaleur, la règle ne constitue pas une exception au régime fiscal général.
- (55) 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 acquéreuse qui bénéficie de la mesure litigieuse.
- (57) 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 opérations (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 n'admet pas 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 en faire une mesure sélective. Le critère de sélectivité implique nécessairement l'imposition de restrictions subjectives au bénéficiaire de la mesure litigieuse. Le critère de sélectivité créé par cette procédure est contraire à la pratique antérieure de la Commission et est trop vague et général. Le développement de ce concept mènerait à tort à la conclusion que la majorité des dépenses fiscalement déductibles relèvent de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

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

- (56) 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 est que le contribuable doit être imposable en Espagne pour pouvoir en bénéficier. 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 107, paragraphe 1, du TFUE. À cet égard, par lettre du 14 juillet 2008 ⁽²³⁾, les autorités espagnoles ont fourni des données extraites des déclarations fiscales espagnoles de 2006, lesquelles montrent que tous types d'entreprises (PME et grandes entreprises), ainsi que des entreprises présentes dans différents secteurs économiques, ont bénéficié de la mesure litigieuse. Les autorités espagnoles soulignent aussi que, dans un arrêt récent ⁽²⁴⁾, le Tribunal a indiqué qu'un nombre limité de bénéficiaires ne suffisait pas en soi à démontrer le caractère sélectif de la mesure, étant donné qu'il peut représenter l'ensemble 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 ⁽²⁵⁾ que la Commission a considérée comme une mesure générale et, partant, elles réclament le même traitement.
- (58) Les autorités espagnoles ajoutent que le fait de limiter l'amortissement de la survaleur financière à celui qui résulte d'une prise de participations 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 ⁽²⁶⁾, 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.
- (59) Troisièmement, le seuil de 5 % n'exigeant pas d'investir un certain montant minimal, la mesure litigieuse ne profite pas uniquement aux grandes entreprises. En ce qui concerne le fait que l'application de la mesure litigieuse ne nécessite pas que le vendeur paie un impôt sur la plus-value obtenue, les autorités espagnoles estiment que ce point 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 imposé en Espagne. Enfin, le fait de limiter, pour des raisons de technique fiscale, la portée d'une mesure aux prises de participations dans des entreprises acquises est cohérent avec la situation qui résulte de l'application de différentes directives communautaires.

⁽²²⁾ JO C 384 du 10.12.1998, p. 3.

⁽²³⁾ Voir le considérant 12.

⁽²⁴⁾ Voir l'arrêt du 10 avril 2008 dans l'affaire T-233/04, Pays-Bas/Commission (Recueil 2008, p. II-591).

⁽²⁵⁾ Voir la décision de la Commission du 13.2.2008, N 480/07, Reducción ingresos procedentes de determinados activos intangibles (JO C 80 du 1.4.2008, p. 1).

⁽²⁶⁾ Voir l'arrêt du 8 novembre 2001 dans l'affaire C-143/99, Adria-Wien Pipeline GmbH et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (Recueil 2001, p. I-8365).

- (60) Quatrièmement, l'introduction de la mesure litigieuse est justifiée dans tous les cas par le principe de neutralité sur lequel se fonde 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 participations. 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, est de garantir la libre circulation des capitaux en évitant un traitement fiscal discriminatoire entre les opérations avec des entreprises acquises et les opérations purement nationales. Étant donné que les prises de participations significatives dans des entreprises résidentes peuvent entraîner le regroupement des entreprises acquiseuses et des entreprises acquises sans aucun obstacle de nature juridique ou fiscale, la survaleur qui résulterait, à des fins fiscales, de ce regroupement pourrait être amortie⁽²⁷⁾. 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 l'Union.
- (61) Par ailleurs, au cours de l'enquête, les autorités espagnoles et certaines des trente parties intéressées ont donné une description très détaillée des obstacles juridiques qui existaient dans la législation de quinze pays tiers. Une synthèse des informations techniques contenues dans les présentations des autorités espagnoles et des trente parties intéressées figure aux annexes II et III de la présente décision (ci-après les «rapports»). Ces descriptions doivent être interprétées d'une manière plus générale dans le cadre de la déclaration ci-après des autorités espagnoles⁽²⁸⁾: «La législation fiscale espagnole a donc prévu des régimes fiscaux différents, comme c'est le cas des prises de participations dans des entreprises étrangères et des prises de participations dans des entreprises espagnoles (impossibilité de réaliser des opérations de concentration, acceptation des risques, etc.), afin de parvenir à la neutralité fiscale imposée par la législation espagnole interne et par le droit de l'Union lui-même, de même que pour garantir une logique cohérente et efficace du système fiscal espagnol». Selon ces autorités et les trente parties intéressées, les obstacles décrits dans les rapports ne permettent pas le regroupement d'entreprises d'États membres différents. Par conséquent, la mesure litigieuse vise à supprimer l'incidence négative de ces obstacles, dont l'existence n'est pas imputable à l'Espagne. Il est dès lors nécessaire de limiter la portée de la mesure litigieuse aux acquisitions transfrontières afin d'appliquer le principe de neutralité. Ainsi, toujours selon les autorités espagnoles, le système fiscal espagnol réserve un traitement différent à des contribuables qui se trouvent dans des situations différentes⁽²⁹⁾, ce qui garantit sa neutralité, ainsi que l'exigent le système fiscal espagnol lui-même et le TFUE.
- (62) En conclusion, la mesure litigieuse vise à supprimer les obstacles fiscaux que le système fiscal espagnol pose aux décisions d'investir en pénalisant les prises de participations dans des entreprises étrangères par rapport aux prises de participations dans des entreprises nationales. La mesure litigieuse garantit le même traitement fiscal aux deux types d'acquisitions (acquisitions directes d'actifs et acquisitions indirectes au moyen de la prise de participations): elle permet ainsi de définir la survaleur qui résulte de ces deux types d'acquisitions (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 transfrontières d'entreprises soient supprimés. De cette façon, les autorités espagnoles veillent à ce que les contribuables choisissent d'investir au niveau local ou transfrontière sans être concernés 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 ni n'affecte les échanges de l'Union
- (63) Les autorités espagnoles affirment que la Commission n'a pas prouvé, ainsi que l'exige la législation, 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 si tel était le cas, l'amortissement de la survaleur financière n'affecte pas en soi la compétitivité des entreprises espagnoles.
- (64) Premièrement, la Commission a qualifié la mesure litigieuse d'avantage contraire à la concurrence au motif que l'article 12, paragraphe 5, permet aux contribuables espagnols d'obtenir une prime pour une prise de participations significatives dans une entreprise acquise. Néanmoins, la Commission n'a procédé à aucune évaluation comparative de la situation économique des entreprises espagnoles et internationales.
- (65) 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, le taux d'imposition inférieur appliqué par un État membre, qui pourrait améliorer la situation concurrentielle des entreprises locales, ne doit pas être évalué à la lumière de la législation sur les aides d'État s'il revêt un caractère général.

⁽²⁷⁾ En application de l'article 89, paragraphe 3, du TRLIS.

⁽²⁸⁾ Voir la lettre du 5 décembre 2007 envoyée par les autorités espagnoles à la Commission, p. 35, précitée au considérant 7.

⁽²⁹⁾ D'après ce qu'indiquent les autorités espagnoles à la page 8 de leur lettre du 30 juin 2008, voir le considérant 9 ci-dessus.

(66) Enfin, la Commission a déjà examiné, à la lumière du règlement sur les concentrations, de nombreuses opérations transfrontières espagnoles⁽³⁰⁾ qui auraient pu bénéficier de la mesure litigieuse. Elle n'a pourtant soulevé, dans aucun de ces examens, le moindre cas de distorsion de la concurrence.

(67) Les allégations de la Commission s'écartent non seulement de la réalité, mais aussi de la situation des entreprises espagnoles en matière d'investissement. La mesure litigieuse ne fausse pas la concurrence, pas plus qu'elle n'affecte négativement les conditions des échanges à l'intérieur de l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun.

(68) Sur un marché non harmonisé, des opérations identiques ont une incidence fiscale différente selon le domicile fiscal des opérateurs en raison de la concurrence entre les systèmes fiscaux. Cette situation fausse la concurrence, même si les mesures nationales en question sont générales. Autrement dit, cette distorsion de la concurrence 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.

A.2. Compatibilité

(69) Même si la Commission considère que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS constitue une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, cette disposition est compatible avec l'article 107, paragraphe 3, du TFUE, puisqu'elle contribue à l'intérêt de l'Union qui est de promouvoir l'intégration des entreprises internationales.

(70) Conformément au plan d'action dans le domaine des aides d'État⁽³¹⁾, 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 si elle ne fausse pas la concurrence et les échanges à l'intérieur de l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun. En l'espèce, le marché est défaillant parce qu'il est difficile (voire presque impossible) d'effectuer des regroupements transfrontières 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 transfrontières sur un pied d'égalité.

(71) Par conséquent, selon les autorités espagnoles, l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS est compatible avec le marché intérieur puisqu'en l'absence d'harmonisation fiscale européenne, il parvient à éliminer de manière proportionnée les obstacles à l'investissement transfrontière. En effet, la mesure litigieuse vise à supprimer l'incidence négative des obstacles aux regroupements transfrontières d'entreprises et à aligner le traitement fiscal des regroupements transfrontières sur celui des regroupements locaux, afin que les décisions prises au sujet de ces opérations ne soient pas fondées sur des considérations fiscales, mais uniquement sur des considérations économiques.

A.3. Confiance légitime et sécurité juridique

(72) Enfin, si la Commission déclare que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS constitue une aide d'État incompatible avec le marché intérieur, elle doit reconnaître que certaines circonstances justifient la non-récupération de la prétendue aide d'État reçue en vertu de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Les bénéficiaires doivent avoir le droit d'effectuer l'amortissement exceptionnel de la valeur financière correspondant aux acquisitions réalisées avant la date de publication de la décision finale.

(73) 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⁽³²⁾, 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 l'ensemble des opérations effectuées avant la date de publication de la décision finale.

(74) Deuxièmement, dans ses réponses aux questions écrites⁽³³⁾ 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 constitue une position claire de la Commission, qui donne une confiance légitime évidente aux autorités espagnoles et aux bénéficiaires de la mesure litigieuse.

(75) Troisièmement, la Commission a fourni, conformément à la conclusion à laquelle elle est parvenue dans des affaires similaires⁽³⁴⁾, 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.

⁽³⁰⁾ Voir les décisions de la Commission du 10.6.2005 (Cesky Telecom), du 10.1.2005 (O₂), du 23.5.2006 (Québec, GIC, BAA), du 15.9.2004 (Abbey National) et du 26.3.2007 (Scottish Power), qui sont disponibles à l'adresse suivante: <http://ec.europa.eu/competitions/mergers/cases/>.

⁽³¹⁾ 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).

⁽³²⁾ Arrêt du 12 septembre 2007 dans l'affaire T-348/03, Koninklijke Friesland Foods/Commission (Recueil 2007, p. II-101).

⁽³³⁾ Questions écrites E-4431/05 et E-4772/05.

⁽³⁴⁾ Notamment, la décision de la Commission du 22.9.2004 dans l'affaire N 354/04, Company Holding Regime (JO C 131 du 28.5.2005, p. 10) et la décision de la Commission du 13.7.2006 dans l'affaire C4/07 (ex N 465/06), Groepsrentebox (JO C 66 du 22.3.2007, p. 30).

(76) 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 ce que la survaleur financière soit complètement amortie. En effet, la mesure litigieuse équivaut à un droit de déduire un certain montant, déterminé au moment de la prise de participations, dont la déduction est échelonnée sur les vingt années qui suivent. Par ailleurs, en raison de la position adoptée par la Commission dans des affaires similaires ⁽³⁵⁾, il est justifié de considérer que la confiance légitime doit être maintenue jusqu'à la date de publication de la décision finale.

B. Observations des deux parties

(77) 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. Leurs arguments sont résumés ci-après.

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

B.1.1. La mesure litigieuse confère un avantage économique

(78) 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 pas, à l'exception de cette disposition, d'amortissement de la survaleur financière, mais seulement une déduction en cas de dépréciation de la valeur. Jusqu'à l'introduction de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, la législation espagnole relative à l'impôt sur les sociétés ne permettait pas l'amortissement des prises de participations, qu'il y ait eu réellement dépréciation ou non. Les deux parties soulignent que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS est probablement unique dans le contexte européen et qu'il n'existe dans aucun autre État membre de régime similaire relatif aux opérations transfrontières sans acquisition d'actions de contrôle.

(79) 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 participations minoritaire dans une entreprise acquise. Cette mesure s'écarte du système fiscal général, puisque l'amortissement est possible non seulement sans 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 confère donc un avantage à certaines entreprises espagnoles par rapport i) à d'autres entreprises espagnoles qui n'opèrent qu'au niveau national et ii) à d'autres opérateurs de l'Union, qui sont concurrents, à l'échelle internationale, des bénéficiaires espagnols de la mesure litigieuse.

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

(81) Une des deux parties calcule qu'en raison de la mesure litigieuse, les acquéreurs espagnols, du secteur bancaire par exemple, sont en mesure de payer quelque 7 % de plus que ce qu'ils pourraient payer si la mesure n'existait pas. 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, mais elle est probablement l'une des causes les plus déterminantes de l'agressivité des acquéreurs espagnols potentiels qui en bénéficient. Cette partie considère également que la mesure litigieuse confère un avantage certain aux acquéreurs espagnols potentiels dans les enchères internationales.

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

(82) Il existe un parallélisme clair entre la présente affaire et les circonstances qui ont conduit la Cour à rendre son arrêt du 15 juillet 2004 ⁽³⁶⁾. Malgré les arguments avancés par les autorités espagnoles selon lesquels la mesure litigieuse en l'espèce n'était pas sélective étant donné que l'article 37 du TRLIS s'applique à toutes les entreprises espagnoles qui réalisent des investissements internationaux, la Cour a estimé que la mesure constituait une aide d'État, car 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.

(83) En outre, seules les entreprises d'une certaine taille, suffisamment solides sur le plan financier et qui réalisent des opérations multinationales peuvent bénéficier de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS. Si le bilan d'une entreprise indique les valeurs comptables des actifs, il est peu probable qu'il mentionne aussi les valeurs de marché tacites des actifs. Dès lors, dans la pratique, seuls les opérateurs qui détiennent une participation de contrôle dans les entreprises acquises ont un accès suffisant aux documents de ces entreprises pour déterminer la valeur de marché tacite de leurs actifs. Par conséquent, le seuil de 5 % favorise les entreprises qui réalisent des opérations multinationales.

⁽³⁵⁾ Voir la décision de la Commission 2001/168/CECA du 31 octobre 2000 relative aux lois espagnoles sur l'impôt sur les sociétés (JO L 60 du 1.3.2001, p. 57).

⁽³⁶⁾ Arrêt du 15 juillet 2004 dans l'affaire C-501/00, Espagne/Commission (Recueil 2004, p. I-6717).

(84) Par ailleurs, seul un opérateur espagnol qui a une entreprise en Espagne est imposable en Espagne et peut bénéficier de la dépréciation. Par conséquent, seules les entreprises résidant en Espagne et ayant une importante assiette imposable dans ce pays 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 pouvoir 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 survalueur financière, peuvent bénéficier chaque année 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.

(85) Les deux parties affirment n'avoir pu mettre au jour 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 conférer 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.

(86) Par conséquent et à la lumière de la politique de la Commission en la matière⁽³⁷⁾, la mesure litigieuse doit être considérée comme sélective.

B.1.3. La mesure litigieuse fausse la concurrence et affecte les échanges de l'Union

(87) La mesure litigieuse est clairement discriminatoire, car elle confère 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, un tel avantage constitue une différence considérable.

⁽³⁷⁾ Voir le point II.1.b) et suivants 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, qui est disponible à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/rapporataidesfiscales_fr.pdf.

(88) Les offres d'acquisition présupposent généralement le paiement d'une prime sur le prix des actions de l'entreprise acquise qui donnerait presque toujours lieu à une survalueur financière. En plusieurs occasions, la presse financière s'est fait l'écho d'importantes acquisitions par des entreprises espagnoles et a évoqué les avantages fiscaux respectifs découlant des règles fiscales espagnoles relatives à l'amortissement de la survalueur financière. Pour une de ces acquisitions, réalisée par une banque d'investissement, l'avantage fiscal conféré par l'application de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS avait été estimé à 1 700 000 000 EUR, soit 6,5 % du prix de l'offre. Un autre rapport indiquait que l'acquéreur espagnol avait pu soumettre une offre supérieure de quelque 15 % à celles des autres concurrents non espagnols.

(89) 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 établie⁽³⁸⁾ dans ce domaine.

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

(90) 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 en principe payer au cours d'un exercice donné si cette disposition n'existait pas. Aussi cette mesure confère-t-elle à ces entreprises un avantage financier dont le coût retombe directement sur le budget de l'État membre concerné.

VI. RÉPONSE DE L'ESPAGNE AUX OBSERVATIONS DES TIERS

(91) Les autorités espagnoles font valoir que la grande majorité des observations des tiers intéressés appuient leur point de vue. Seules les deux parties considèrent 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 107, paragraphe 1, du TFUE. Si tel n'avait pas été le cas, 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.

⁽³⁸⁾ 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 jointes 6/69 et 11/69, Commission/France.

(92) 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⁽³⁹⁾. En outre, la déduction de l'amortissement de la survaleur constitue la règle générale du système espagnol relatif à 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 participations dans des entreprises non cotées en Espagne. Cette disposition est liée à la dépréciation de la valeur comptable théorique et non à la survaleur financière. Les paragraphes 3 et 5 de l'article 12 du TRLIS sont des règles 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 la dépréciation imputable à la dépréciation de la survaleur financière. Enfin, l'argument selon lequel aucun autre État membre n'a de mesure similaire à la mesure litigieuse n'est pas pertinent, puisque les systèmes fiscaux ne sont pas harmonisés au sein de l'Union.

(93) En ce qui concerne la nature sélective de la mesure litigieuse, le parallélisme établi avec l'arrêt de la Cour du 15 juillet 2004⁽⁴⁰⁾ 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 faire. En effet, l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS n'exige aucun lien entre la prise de participations et l'exportation de biens et de services. Par conséquent, la mesure litigieuse n'a pas pour effet d'accroître les exportations de biens ou de 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 sur la fiscalité transfrontalière, à savoir veiller à ce que les décisions en matière d'investissements 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 participations nationales et non au moyen de prises de participations étrangères, l'application d'un traitement différent aux opérations nationales et aux opérations transfrontières est non seulement justifiée juridiquement pour garantir la neutralité du système fiscal, mais elle est aussi nécessaire.

(94) En ce qui concerne la concurrence qui serait prétendument faussée en raison 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 n'est toutefois pas pertinente puisque la mesure litigieuse est une mesure générale. Les différents taux d'imposition appliqués dans les États membres, qui influent sur la compétitivité de leurs entreprises nationales, ne relèvent pas 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 effet d'augmenter le prix offert par un concurrent.

(95) Pour ce qui concerne la compatibilité de la mesure litigieuse avec le marché intérieur, les autorités espagnoles considèrent que l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS est approprié et proportionnel pour corriger une défaillance du marché, puisqu'il établit un système fiscal neutre pour les opérations nationales et transfrontières qui favorise le développement d'entreprises paneuropéennes.

VII. ÉVALUATION DU RÉGIME

(96) Afin de déterminer si une mesure est constitutive d'une aide, la Commission doit évaluer si elle réunit les conditions prévues à l'article 107, paragraphe 1, du TFUE. Il ressort de cette disposition que: «Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, 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 d'avantage de la mesure

(97) 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.

(98) Dans sa communication⁽⁴¹⁾, la Commission affirme ce qui suit: «Ce qui est donc avant tout pertinent pour l'application de l'article 92, paragraphe 1 (actuellement, article 107, paragraphe 1, du TFUE), 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».

⁽³⁹⁾ Voir la résolution n° 3 de l'Institut de comptabilité et d'audit des comptes de novembre 1996, BOICAC 27.

⁽⁴⁰⁾ Voir la note de bas de page 36.

⁽⁴¹⁾ Voir la note de bas de page 22.

- (99) Conformément à la jurisprudence de la Cour ⁽⁴²⁾, «en 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, du traité CE (actuellement, article 107, paragraphe 1, du TFUE), 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» ⁽⁴³⁾.
- (100) La Cour a également estimé, en de nombreuses occasions, que l'article 107, paragraphe 1, du TFUE ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions étatiques, mais les définit en fonction de leurs effets ⁽⁴⁴⁾. Concrètement, les mesures fiscales qui ne constituent pas une adaptation du système général aux 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 107, paragraphe 1, du TFUE ⁽⁴⁵⁾.
- (101) 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'explique dans sa communication ⁽⁴⁶⁾, «certaines conditions peuvent être justifiées par des différences objectives entre les contribuables».
- (102) Ainsi que nous l'expliquons de manière plus approfondie dans la section suivante, la Commission considère que la mesure litigieuse est sélective parce qu'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 du système. Elle
- estime que la mesure litigieuse doit être évaluée en fonction des dispositions générales du régime relatif à l'impôt sur les sociétés et, plus concrètement, des règles sur le traitement fiscal de la survaleur financière (voir les considérants 48 à 69).
- (103) La Commission a également analysé si l'hypothèse factuelle sur laquelle se basent les autorités espagnoles est fondée et s'il existe des obstacles dans les législations des pays tiers. Il convient néanmoins de signaler que cet exercice ne saurait constituer une reconnaissance que de tels obstacles peuvent justifier un traitement fiscal différent en l'espèce. Par ailleurs, la présente décision n'a pas pour objectif d'établir les conditions qui permettraient à l'État membre concerné d'éviter que la mesure litigieuse soit qualifiée d'aide d'État.
- (104) Même si l'on optait pour un autre système de référence fondé sur celui que suggèrent les autorités espagnoles, la Commission estime que la mesure litigieuse continuerait de constituer un avantage sélectif, notamment parce que les différentes conditions de fait et de droit nécessaires pour que toutes les entreprises bénéficient des dispositions relatives à la survaleur ou à la survaleur financière dans des opérations étrangères n'existent pas. Il convient surtout de noter que la mesure litigieuse permet que la survaleur financière apparaisse séparément et soit amortie même lorsque le bénéficiaire acquiert une participation minoritaire de 5 %, un niveau très inférieur à celui qui est nécessaire pour appliquer les règles générales relatives à l'amortissement de la survaleur ⁽⁴⁷⁾. Par conséquent, la mesure litigieuse constitue une exception au système de référence, quelle que soit sa définition.
- (105) Qui plus est, la Commission observe d'autres différences en ce qui concerne les conditions d'application de la mesure litigieuse et les dispositions du système de référence. En effet, selon la mesure litigieuse, les prises de participations datant d'avant le 1^{er} janvier 2002 ne sont pas prises en compte pour le calcul de la base amortissable. Par contre, dans le cas d'un regroupement d'entreprises, cette date limite n'existe pas pour le calcul de la survaleur et le contribuable doit prouver que le regroupement est réalisé pour des raisons économiques valables et non aux seules fins d'obtenir un avantage fiscal ⁽⁴⁸⁾, alors que la mesure litigieuse ne confère que des avantages fiscaux. Les autorités espagnoles n'ont pas été en mesure de fournir des arguments convaincants qui justifient ces différences et on ne peut, dès lors, considérer que la mesure est justifiée par la logique du système fiscal espagnol.

⁽⁴²⁾ Voir, à cet égard, les arrêts du 29 avril 2004 dans l'affaire C-308/01, *GIL Insurance* (Recueil 2004, p. I-4777, point 68), du 3 mars 2005 dans l'affaire C-172/03, *Heiser* (Recueil 2005, p. I-1627, point 40), et du 6 septembre 2006 dans l'affaire C-88/03, *Portugal/Commission* (Recueil 2006, p. I-7115, point 54).

⁽⁴³⁾ Voir, à cet égard, l'arrêt du 6 septembre 2006 dans l'affaire C-88/03, *Portugal/Commission* (Recueil 2006, p. I-7115, point 54).

⁽⁴⁴⁾ Voir, par exemple, l'arrêt du 29 février 1996 dans l'affaire C-56/93, *Belgique/Commission* (Recueil 1996, p. I-723, point 79); l'arrêt du 26 septembre 1996 dans l'affaire C-241/94, *France/Commission* (Recueil 1996, p. I-4551, point 20); l'arrêt du 17 juin 1999 dans l'affaire C-75/97, *Belgique/Commission* (Recueil 1999, p. I-3671, point 25); et l'arrêt du 13 février 2003 dans l'affaire C-409/00, *Espagne/Commission* (Recueil 2003, p. I-1487, point 46).

⁽⁴⁵⁾ Voir, par exemple, l'arrêt du 15 décembre 2005 dans l'affaire C-66/02, *Italie/Commission* (Recueil 2005, p. I-10901, point 101).

⁽⁴⁶⁾ Voir la note de bas de page 22.

⁽⁴⁷⁾ Article 89, paragraphe 3, du TRLIS; voir le considérant 31.

⁽⁴⁸⁾ Voir l'article 96, paragraphe 2, du TRLIS.

- (106) Par conséquent, la mesure litigieuse est trop imprécise et vague, en ce sens que son application n'est pas subordonnée à l'existence de situations spécifiques et légalement délimitées qui justifieraient un traitement fiscal différent. Il s'ensuit que 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 de manière discriminatoire une vaste catégorie d'opérations, ce qui ne peut se justifier par l'existence de différences objectives entre les contribuables.
- (107) Par ailleurs, conformément à la jurisprudence du Tribunal ⁽⁴⁹⁾, la Commission estime que, pour conclure qu'un régime constitue une aide d'État, il n'est pas nécessaire de démontrer que toute aide individuelle accordée au titre de ce régime présente un caractère d'aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE. À cet effet, il suffit que l'application du régime en question aboutisse à des situations qui constituent une aide pour pouvoir conclure que le régime contient des éléments d'aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE. Par conséquent, dans le cadre de la présente décision, il est inutile d'examiner la législation de tous les éventuels pays tiers pour lesquels la procédure d'examen de la Commission est toujours ouverte. Ainsi, selon ce qu'indiquent déjà les considérants 115 et suivants de la décision antérieure ⁽⁵⁰⁾, la Commission a vérifié, en se fondant sur une méthode expliquée en détail ci-après, si l'une des différentes applications du régime d'aide litigieux aux opérations réalisées en dehors de l'Union supposait une aide d'État. Cette analyse a porté sur les pays tiers avec lesquels l'Espagne entretient des relations économiques étroites et qui ont donc été choisis pour leur importance en matière d'investissements étrangers directs (ci-après les «IED») entre le 1^{er} janvier 2002 et le 1^{er} juin 2009. La Commission a axé son analyse sur les pays tiers où a été enregistré le plus grand nombre d'applications individuelles de la mesure litigieuse: États-Unis (35 000 000 000 EUR d'IED), Mexique (18 000 000 000 EUR d'IED), Argentine (15 000 000 000 EUR d'IED) et Brésil (13 000 000 000 EUR d'IED). Selon les informations fournies par les autorités espagnoles au cours de la procédure, il semble que, sur les quinze pays tiers pour lesquels elles ont présenté des informations, des opérations ont été réalisées non seulement avec les quatre pays tiers précités, mais également avec la République de Colombie, la République du Pérou et la République de l'Équateur. Aussi l'examen de la Commission a-t-il également porté sur ces trois autres pays tiers.
- (108) Le raisonnement de la Commission, résumé ci-dessus, est développé dans les considérants ci-après.
- A.1. *Traitement fiscal de la survalueur financière selon le régime fiscal espagnol pour ce qui concerne les prises de participations en dehors de l'Union*
- A.1.1. *Système de référence*
- (109) Dans la décision d'ouvrir la procédure et dans la décision antérieure, 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 définies dans le système fiscal espagnol. Cette approche est conforme à la pratique antérieure de la Commission et à la jurisprudence de la Cour et du Tribunal, qui considèrent que le système de référence est le régime ordinaire de l'impôt sur les sociétés ⁽⁵¹⁾, et est maintenue dans la présente décision.
- (110) Les autorités espagnoles soulignent que les obstacles auxquels se heurtent les regroupements transfrontières d'entreprises placent généralement les contribuables qui acquièrent des participations dans des entreprises nationales dans une situation de droit et de fait qui diffère de celle des contribuables qui acquièrent des participations dans des entreprises non résidentes et, en particulier, dans des entreprises établies dans des pays tiers. 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 suivie d'un regroupement d'entreprises onéreux et, d'autre part, une prise de participations sans regroupement d'entreprises. Sur cette base, le champ d'application du régime litigieux se limiterait à la prise de participations significatives dans une entreprise ne résidant pas en Espagne, étant donné que certains obstacles rendraient le regroupement transfrontière d'entreprises plus difficile qu'un regroupement local ⁽⁵²⁾. 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. Les autorités espagnoles déclarent à cet égard que ⁽⁵³⁾: «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, ainsi que l'affirme la Commission dans sa communication. La législation fiscale espagnole a donc prévu des régimes fiscaux différents pour des situations objectivement différentes, comme c'est le cas des prises de participations dans des entreprises étrangères et des prises de participations dans des entreprises espagnoles (impossibilité de réaliser des opérations de concentration, acceptation des risques,

⁽⁴⁹⁾ Voir l'arrêt du 9 septembre 2009 dans les affaires jointes T-227/01 à T-229/01, T-265/01, T-266/01 et T-270/01, *Diputación Foral de Álava y otros/Commission* (Recueil 2009, p. II-3029, points 381 et suivants).

⁽⁵⁰⁾ Voir le considérant 14.

⁽⁵¹⁾ Voir, entre autres, l'arrêt du 1^{er} juillet 2004 dans l'affaire T-308/00, *Salzgitter/Commission* (Recueil 2004, p. II-1933, point 82).

⁽⁵²⁾ Voir le courrier électronique des autorités espagnoles du 16 juin 2009 cité au considérant 13.

⁽⁵³⁾ Voir en particulier la lettre des autorités espagnoles du 22 avril 2009 (A-9531), page 6, citée au considérant 9.

etc.) afin de parvenir à la neutralité fiscale imposée par la législation espagnole interne et par le droit de l'Union lui-même, de même que pour garantir une logique cohérente et efficace du système fiscal espagnol.»

- (111) D'après les autorités espagnoles, il conviendrait de réserver un traitement fiscal spécifique aux prises de participations transfrontières afin de garantir la neutralité du système fiscal espagnol et d'éviter que les prises de participations espagnoles fassent l'objet d'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 prises de participations étrangères.
- (112) Dans la décision antérieure, la Commission a maintenu ouverte la procédure pour permettre aux autorités espagnoles de fournir de nouvelles informations au sujet de l'existence d'obstacles juridiques explicites aux regroupements transfrontières d'entreprises dans des pays tiers.
- (113) Dans ce cadre, la Commission a examiné, en se fondant notamment sur les éléments figurant dans les rapports, la législation de divers pays tiers dans le seul but de vérifier les allégations des autorités espagnoles au sujet de l'existence d'obstacles juridiques explicites aux regroupements transfrontières. Pour autant, cet examen ne constitue en aucune manière une reconnaissance que ces obstacles peuvent justifier un système de référence différent en l'espèce. La Commission a donc essentiellement vérifié si une société mère espagnole avait la capacité juridique pour regrouper ses activités avec celles d'une filiale résidant dans un pays tiers.
- (114) Cette vérification, qui se limite à examiner la véracité des allégations contenues dans les arguments avancés, se fonde sur les éléments suivants:

— premièrement, la Commission a vérifié si, ainsi que le précise la décision antérieure ⁽⁵⁴⁾, les entreprises espagnoles se heurtent à un obstacle juridique explicite, imputable à un pays tiers et non à l'Espagne ⁽⁵⁵⁾, qui les empêche de transformer une filiale étrangère en une succursale. Toutefois, ces dispositions légales ne peuvent constituer un obstacle que si l'entreprise concernée a pu exercer sur l'entreprise acquise, notamment au moyen d'une participation majoritaire, une influence effective telle qu'elle pourrait lui imposer une fusion si ces obstacles n'existaient pas. Par conséquent, les dispositions légales d'un pays tiers qui empêchent un contribuable espagnol d'acquérir le contrôle d'une entreprise acquise dans ce pays tiers ne sauraient être considérées comme un obstacle juridique explicite pertinent dans le sens allégué par les

autorités espagnoles: cette disposition a pour effet que les entreprises ou les contribuables espagnols ne pourront jamais remplir la condition d'exercer une influence effective, car ils seront toujours des actionnaires minoritaires de l'entreprise acquise. Ils ne pourront donc jamais avoir la capacité effective nécessaire pour imposer un regroupement d'entreprises. La Commission souhaite également préciser que la condition concernant le contrôle a été évaluée au niveau du bénéficiaire de la mesure (et non du groupe auquel il pourrait appartenir) conformément au système fiscal espagnol. Selon le même raisonnement, la Commission considère que l'interdiction explicite pour les entités non résidentes de posséder directement des actifs spécifiques (par exemple, biens immobiliers sur la côte) ne peut constituer un obstacle juridique explicite dans le cadre de cet exercice.

La Commission estime qu'une simple charge ou formalité administrative ⁽⁵⁶⁾ imposée par les pays tiers aux entreprises non résidentes ne peut être considérée comme un obstacle juridique explicite simplement parce qu'elle génère des coûts supplémentaires, qui peuvent être déduits fiscalement en vertu du régime fiscal espagnol, mais ne rend pas impossible le regroupement d'entreprises.

— deuxièmement, l'allégation selon laquelle il n'existe pas d'exemples connus de regroupements transfrontières d'entreprises espagnoles et d'entreprises de certains pays tiers ne saurait constituer une preuve suffisante ni démontrer l'existence d'obstacles. En effet, les éléments dont tiennent compte les entreprises qui décident de réaliser un regroupement sont divers et ne se limitent pas uniquement à la capacité des entreprises concernées de regrouper leurs activités. Ce point est clairement illustré par le fait que certaines des trente parties intéressées sont propriétaires à 100 % de nombreuses filiales espagnoles sans avoir regroupé leurs entreprises espagnoles, même si les autorités espagnoles reconnaissent qu'il n'y a pas d'obstacles aux regroupements d'entreprises nationaux. La Commission considère donc que, parmi les éléments figurant dans les rapports, seules les interdictions explicites de regroupements transfrontières d'entreprises prévues dans les législations de pays tiers peuvent être acceptées. En effet, ainsi que nous l'avions déjà indiqué au considérant 93 de la décision antérieure, si des éléments non justifiés de nature générale étaient pris en considération, cette analyse risquerait d'être dans une large mesure arbitraire.

⁽⁵⁴⁾ Voir les considérants 117 et 118 de la décision antérieure.

⁽⁵⁵⁾ Voir, à cet égard, le considérant 94 de la décision antérieure.

⁽⁵⁶⁾ La Commission tient à souligner que toutes les modalités techniques nécessaires pour réaliser un regroupement transfrontière d'entreprises tel que la création, avant regroupement, d'un établissement permanent dans le pays de résidence de l'entreprise acquise ou la réalisation de certaines formalités auprès de la banque centrale du pays tiers concerné, constituent des formalités administratives. Elle estime également qu'il existe des raisons fiscales valables pour adopter des règles destinées à éviter des arrangements qui ne correspondent pas à la réalité économique ou dont la raison principale est l'obtention d'un avantage fiscal. Ce type de règles existe aussi dans le régime fiscal espagnol.

(115) Les conclusions présentées ci-après se fondent sur les informations fournies par les autorités espagnoles dans les rapports dont la véracité et le caractère exhaustif ont été vérifiés par la Commission à la lumière des observations méthodologiques indiquées ci-dessus. Sur cette base, la Commission estime que, contrairement aux allégations des autorités espagnoles, on ne peut considérer que toutes les législations des pays tiers comportent des obstacles juridiques explicites aux regroupements transfrontières d'entreprises. Conformément à ce qu'elle a déclaré dans la décision antérieure au sujet des opérations réalisées à l'intérieur de l'Union ⁽⁵⁷⁾, la Commission ne peut donc pas partager les vues exprimées par les autorités espagnoles, dont les allégations sont appuyées par les trente parties intéressées, en ce qui concerne l'existence généralisée de ces prétendus obstacles. Elle estime qu'en dehors des États membres de l'Union, du moins dans les pays tiers concernés suivants, elle ne peut reconnaître aucun obstacle juridique explicite, conformément à ce qui est indiqué ci-après:

— États-Unis:

- i) premièrement, la Commission note que l'auteur d'un rapport présenté par les autorités espagnoles ⁽⁵⁸⁾ affirme ce qui suit au sujet de l'existence de précédents en matière de regroupements transfrontières d'entreprises: «Je n'en ai pas trouvé, mais il est probable qu'il y en ait eu dans le Delaware». Contrairement aux principaux arguments avancés par les autorités espagnoles, la conclusion d'un des rapports ⁽⁵⁹⁾ relatifs à ce pays semble être qu'il n'existe aucune interdiction juridique explicite générale concernant les regroupements transfrontières d'entreprises;
- ii) deuxièmement, selon les règles générales du droit des sociétés ⁽⁶⁰⁾ et du droit fiscal ⁽⁶¹⁾, il n'existe aucune interdiction explicite concernant les regroupements d'entreprises avec des entités étrangères;
- iii) troisièmement, des dispositions particulières du droit des sociétés ⁽⁶²⁾ s'appliquent aux regroupements d'entreprises nationales. D'après ce que sait la Commission, rien n'interdit explicitement d'appliquer ces dispositions aux regroupements transfrontières d'entreprises, même lorsque les formalités administratives applicables peuvent

différer. La Commission souligne que l'État du Delaware au moins autorise explicitement les regroupements transfrontières d'entreprises ⁽⁶³⁾ à condition que la législation du pays de résidence de l'entreprise étrangère permette l'opération inverse. Par conséquent, si une telle opération n'est pas réalisable entre entreprises établies respectivement au Delaware et en Espagne, la Commission considère que les obstacles sont imputables à l'Espagne et qu'ils ne présentent donc aucune pertinence pour la présente évaluation. Cette conclusion doit être envisagée dans le cadre de l'importance reconnue de l'État du Delaware pour la domiciliation/constitution d'entreprises aux États-Unis ⁽⁶⁴⁾;

- iv) quatrièmement, des dispositions fiscales spécifiques s'appliquent aux regroupements d'entreprises nationales afin d'éviter une fiscalité défavorable lors de la réalisation d'opérations de restructuration. D'après ce que sait la Commission, rien n'interdit explicitement d'appliquer ces dispositions aux regroupements transfrontières d'entreprises, même lorsque les formalités administratives applicables peuvent différer;
- v) Enfin, la Commission n'a trouvé aucune jurisprudence des tribunaux américains compétents qui contredise sa conclusion en ce qui concerne l'absence d'obstacles juridiques explicites aux regroupements transfrontières d'entreprises avec une entreprise résidant aux États-Unis.

— Mexique:

- i) premièrement, la Commission note que les opérations transfrontières de regroupement d'entreprises sont explicitement visées à l'article 8, paragraphe 3, du protocole de la convention fiscale entre l'Espagne et le Mexique ⁽⁶⁵⁾, signée le 6 octobre 1994 et toujours en vigueur. Cette disposition a pour effet que ces opérations bénéficient d'une exonération fiscale pour réorganisation d'entreprise dans la mesure où les plus-values non réalisées ne sont pas taxées. D'après ce que comprend la Commission, cette convention fiscale internationale a pour objectif d'empêcher que le regroupement transfrontière d'entreprises soit éventuellement exclu ⁽⁶⁶⁾ du bénéfice des

⁽⁵⁷⁾ Voir notamment les considérants 93 et suivants.

⁽⁵⁸⁾ Voir la page 19 du rapport de KPMG, de décembre 2009, intitulé «Analyse de l'existence d'obstacles juridiques et fiscaux spécifiques aux fusions transfrontières dans certaines juridictions».

⁽⁵⁹⁾ Voir à l'annexe II de la présente décision, qui contient une synthèse du rapport de KPMG, le point consacré aux États-Unis.

⁽⁶⁰⁾ Voir la note de bas de page 61.

⁽⁶¹⁾ Voir, notamment, les points 351 et suivants du *Internal Revenue Code* (Code fiscal) de 1986, tel que modifié, ainsi que le point 7874 dudit code, et le *Treasury Regulation* (règlement du trésor) du 23 janvier 2006 (T.D. 9242) disponible à l'adresse suivante: <http://www.law.cornell.edu/uscode/>.

⁽⁶²⁾ Voir la note de bas de page 59, les points 361 et suivants, ainsi que les points 367 et suivants du code fiscal précité, à l'adresse suivante: <http://www.law.cornell.edu/uscode/>.

⁽⁶³⁾ Voir notamment le point 252(a) de la *Delaware General Corporation Law* (Loi générale sur les sociétés du Delaware) disponible à l'adresse: <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc09/index.shtml>.

⁽⁶⁴⁾ Selon le site web officiel de l'État du Delaware, «l'État du Delaware est le domicile principal d'entreprises américaines et internationales. Plus de 850 000 entités commerciales ont établi leur domicile légal au Delaware. Plus de 50 % de toutes les entreprises cotées en Bourse aux États-Unis, y compris 63 % des entreprises figurant sur la liste Fortune 500, ont choisi le Delaware pour y établir leur domicile légal». Voir à ce sujet: <http://www.corp.delaware.gov/aboutagency.shtml>.

⁽⁶⁵⁾ Cette convention est disponible à l'adresse suivante: http://www.agenciatributaria.es/wps/portal/Listado?channel=de40217740119010VgnVCM10000050f01e0a___&ver=L&site=56d8237c0bc1ff00VgnVCM100000d7005a80___&idioma=es_ES&menu=1&img=8.

⁽⁶⁶⁾ Voir notamment l'article 14 *ter* du code fiscal de la fédération disponible à l'adresse suivante: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/7/18.htm?s=>.

règles fiscales spécifiques qui s'appliquent aux regroupements d'entreprises nationales;

ii) deuxièmement, conformément à la législation mexicaine (droit des sociétés et droit fiscal) et en vertu de la convention fiscale précitée, le regroupement d'entreprises avec des entités espagnoles ne fait l'objet d'aucune interdiction juridique explicite;

iii) enfin, la Commission n'a trouvé aucune jurisprudence des tribunaux mexicains compétents qui contredise sa conclusion en ce qui concerne l'absence d'obstacles juridiques explicites aux regroupements transfrontières d'entreprises avec une entreprise résidant au Mexique.

— *Brésil*:

i) premièrement, la Commission note que les autorités espagnoles ont découvert un précédent de regroupement transfrontière d'entreprises (mais pas avec l'Espagne) ⁽⁶⁷⁾;

ii) deuxièmement, selon les règles générales du droit des sociétés et du droit fiscal ⁽⁶⁸⁾, les regroupements d'entreprises avec des entités étrangères ne font l'objet d'aucune interdiction juridique explicite même si les formalités administratives peuvent différer ⁽⁶⁹⁾;

iii) troisièmement, certaines restrictions juridiques explicites s'appliquent aux activités économiques réalisées dans certains secteurs ⁽⁷⁰⁾ par des entités contrôlées par des entreprises étrangères. Toutefois, ainsi que nous l'avons expliqué précédemment (voir le considérant 114), les dispositions légales d'un pays tiers qui empêchent un contribuable espagnol d'acquiescer le contrôle d'une entreprise acquise dans ce pays tiers ne sauraient être considérées comme un obstacle juridique explicite pertinent dans le sens allégué par les autorités espagnoles: cette disposition a pour effet que les entreprises ou les contribuables espagnols ne pourront jamais remplir la condition d'exercer une influence effective, car ils seront toujours des actionnaires minoritaires de l'entreprise acquise. D'après les informations dont dispose la Commission, c'est précisément la situation que

crée la législation brésilienne mentionnée dans les deux rapports;

iv) enfin, la Commission n'a trouvé aucune jurisprudence qui contredise sa conclusion en ce qui concerne l'absence d'obstacles juridiques explicites aux regroupements transfrontières d'entreprises avec une entreprise résidant au Brésil.

— *Argentine*:

i) premièrement, la Commission note que les regroupements transfrontières d'entreprises sont explicitement visés à l'article 5 du protocole de la convention fiscale entre l'Espagne et l'Argentine ⁽⁷¹⁾, signée le 26 août 1994 et toujours en vigueur. Cette disposition a pour effet que les opérations de restructuration transfrontières ne feront pas l'objet d'une imposition défavorable;

ii) deuxièmement, conformément aux règles générales du droit des sociétés ⁽⁷²⁾ et du droit fiscal ⁽⁷³⁾, le regroupement d'entreprises avec des entités étrangères n'est soumis à aucune interdiction juridique explicite;

iii) troisièmement, la Commission n'a trouvé aucune jurisprudence qui contredise sa conclusion en ce qui concerne l'absence d'obstacles juridiques explicites aux regroupements transfrontières d'entreprises avec une entreprise résidant en Argentine. Par ailleurs, la Commission ne partage pas l'interprétation, donnée dans les deux rapports, des décisions ⁽⁷⁴⁾ prononcées par l'administration fiscale dans certaines opérations transfrontières en projet. En effet, ces actes ne font que préciser les conditions d'application du régime fiscal argentin d'exonération pour réorganisation d'entreprise et ne mentionnent pas l'existence d'une interdiction générale et explicite concernant l'application de ce régime aux opérations de restructuration transfrontières. Par ailleurs, l'interprétation donnée, dans les deux rapports, de ces décisions spécifiques est contraire à la disposition générale du protocole de la convention fiscale ⁽⁷⁵⁾ entre le Royaume d'Espagne et la République argentine, mentionnée précédemment.

⁽⁶⁷⁾ Voir la page 29 du second rapport. En 2004, Labatt Brewing Canada Holding Ltd, un fabricant de boissons établi aux Bahamas, et Beverage Associates Holding, une entreprise également établie aux Bahamas, se sont regroupés pour former la Companhia de Bebidas das Américas, une entreprise brésilienne établie à São Paulo.

⁽⁶⁸⁾ Voir notamment les lois 10 460/02, 9 249/95, 6 404/76 et 9 249/95.

⁽⁶⁹⁾ Voir notamment le décret-loi 2 627/40, les lois 10 406/02, 4 132/62, 5 709/1 et 6 634/79, ainsi que le décret fédéral 74 965/74, disponibles à l'adresse suivante: <http://www.jusbrasil.com.br/>.

⁽⁷⁰⁾ Voir notamment la loi 9 472/97 et le décret 2 617/98, disponibles à l'adresse suivante: <http://www.jusbrasil.com.br/>.

⁽⁷¹⁾ La convention est disponible à l'adresse suivante: http://www.agenciatributaria.es/wps/portal/Listado?channel=de40217740119010VgnVCM10000050f01e0a___&ver=L&site=56d8237c0bc1ff00VgnVCM100000d7005a80___&idioma=es_ES&menu=1&img=8.

⁽⁷²⁾ Voir notamment la loi n° 19 550 sur les sociétés commerciales et la loi n° 25 156, disponibles à l'adresse suivante: <http://infoleg.mecon.gov.ar/>.

⁽⁷³⁾ Voir notamment le décret 649/97 (loi relative à l'impôt sur les bénéfiques) et le décret 1344/98, disponibles à l'adresse suivante: <http://infoleg.mecon.gov.ar/>.

⁽⁷⁴⁾ Voir les décisions de l'AFIP (administration fédérale des recettes publiques) n° 37/1997 du 8 juillet 1997 et n° 6/1998 du 30 janvier 1998, disponibles à l'adresse suivante: <http://biblioteca.afip.gob.ar/>.

⁽⁷⁵⁾ La convention est disponible à l'adresse suivante: http://www.agenciatributaria.es/wps/portal/Listado?channel=de40217740119010VgnVCM10000050f01e0a___&ver=L&site=56d8237c0bc1ff00VgnVCM100000d7005a80___&idioma=es_ES&menu=1&img=8.

— Équateur:

- i) premièrement, la Commission note que, selon les règles générales du droit des sociétés et du droit fiscal, les regroupements d'entreprises avec des entités étrangères ne font l'objet d'aucune interdiction juridique explicite ⁽⁷⁶⁾;
- ii) deuxièmement, la Commission constate que les autorités espagnoles ⁽⁷⁷⁾ reconnaissent, dans un rapport qu'elles ont présenté, qu'il est possible de réaliser un regroupement transfrontière d'entreprises à condition que l'entreprise espagnole acquéreuse ait préalablement créé une succursale en Équateur.

— Pérou:

- i) premièrement, la Commission note que, selon les règles générales du droit des sociétés et du droit fiscal, les regroupements d'entreprises avec des entités étrangères ne font l'objet, d'après les informations dont elle dispose, d'aucune interdiction juridique explicite ⁽⁷⁸⁾;
- ii) deuxièmement, elle constate que l'article 2074 du code civil péruvien établit les principes applicables à la réalisation de regroupements transfrontières d'entreprises et que la loi générale sur les sociétés autorise le regroupement entre une succursale d'une entité étrangère et une entreprise résidant au Pérou ⁽⁷⁹⁾;
- iii) troisièmement, la loi relative à l'impôt sur le revenu garantit le traitement neutre du regroupement entre une succursale d'une entité étrangère et une entreprise résidant au Pérou ⁽⁸⁰⁾;
- iv) par conséquent, la Commission estime qu'en tout état de cause, le regroupement transfrontière d'entreprises est possible si l'entreprise espagnole acquéreuse a préalablement créé une succursale au Pérou.

⁽⁷⁶⁾ Voir notamment la loi sur les entreprises équatoriennes, la loi organique sur le régime fiscal et le code fiscal, disponibles à l'adresse suivante: <http://www.supercias.gov.ec/>.

⁽⁷⁷⁾ Voir les conclusions de l'annexe relative à la législation équatorienne, élaborée par Garrigues.

⁽⁷⁸⁾ Voir notamment le code civil, la loi générale sur les sociétés et la loi relative à l'impôt sur le revenu, disponibles à l'adresse suivante: <http://www.sunat.gob.pe/>.

⁽⁷⁹⁾ Voir la note de bas de page 3 de l'annexe relative au Pérou du rapport Garrigues.

⁽⁸⁰⁾ Voir la page 8 de l'annexe relative au Pérou du rapport Garrigues.

— Colombie:

- i) premièrement, la Commission note que la *Superintendencia de Sociedades* ⁽⁸¹⁾ («Inspection générale des sociétés») confirme explicitement que les regroupements transfrontières d'entreprises sont réalisables en vertu de la législation colombienne ⁽⁸²⁾;
- ii) deuxièmement, selon les règles générales du droit des sociétés et du droit fiscal ⁽⁸³⁾, le regroupement d'une entreprise avec une entité étrangère ne fait l'objet d'aucune interdiction juridique explicite même si les formalités administratives applicables peuvent différer;
- iii) troisièmement, la Commission constate que les autorités espagnoles ⁽⁸⁴⁾ reconnaissent, dans un rapport qu'elles ont présenté, qu'il est possible de réaliser un regroupement transfrontière d'entreprises à condition que l'entreprise espagnole acquéreuse ait préalablement créé une succursale en Colombie.

(116) Les autorités espagnoles ont fourni des informations sur la législation de huit autres pays tiers. Ainsi que nous l'avons indiqué au considérant 107, la Commission estime que les conclusions ci-dessus suffisent pour confirmer qu'en tout état de cause, si l'on admettait que l'existence d'obstacles juridiques aux regroupements transfrontières d'entreprises est significative, le système de référence est constitué par les règles relatives au traitement fiscal de la survaleur financière définies dans le système espagnol. Toutefois, en appliquant la même méthodologie et les mêmes critères que ceux décrits aux considérants 114 et suivants, la Commission estime, sur la base des informations dont elle dispose, qu'il n'existe aucun obstacle juridique explicite aux regroupements à caractère général dans les législations du Chili, du Venezuela, de l'Algérie, du Canada, de l'Australie, du Japon et du Maroc.

(117) Sur la base des conclusions qui précèdent, la Commission ne peut donc pas partager les vues des autorités espagnoles selon lesquelles que chaque bénéficiaire potentiel de la mesure litigieuse se heurterait, même si ce n'est que dans la pratique, à des obstacles insurmontables aux regroupements transfrontières d'entreprises.

⁽⁸¹⁾ Cette institution est décrite comme un organe technique par l'intermédiaire duquel le président de la République inspecte et contrôle les entreprises commerciales (voir <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mlval=sec&dir=280>).

⁽⁸²⁾ Voir, par exemple, les réponses de la Superintendencia de Sociedades aux questions n° 220-16478 et n° 220-62883, disponibles à l'adresse suivante: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mlval=sec&dir=45&id=18036>.

⁽⁸³⁾ Voir le *Estatuto tributario* (loi fiscale colombienne) à l'adresse suivante: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_tributario.html#14-1.

⁽⁸⁴⁾ Voir les conclusions de l'annexe relative à la législation colombienne, élaborée par Garrigues.

(118) Compte tenu de ce qui précède, la Commission considère qu'il n'y a aucune raison de s'écarter du système de référence de la décision d'ouvrir la procédure et de la décision antérieure: le cadre de référence 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 définies dans ledit régime fiscal. Cette conclusion ne peut être influencée par le fait que la Commission a trouvé deux pays tiers dans lesquels il existe des obstacles juridiques explicites (Inde et Chine). En effet, ainsi que nous l'avons indiqué au considérant 107, conformément à la jurisprudence du Tribunal ⁽⁸⁵⁾, la Commission considère que, pour parvenir à la conclusion qu'un régime peut être qualifié d'aide d'État, il n'est pas nécessaire de démontrer que toute aide individuelle octroyée au titre de ce régime constitue une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE.

(119) Plus concrètement, en ce qui concerne la Chine, la loi sur les sociétés de 2005, applicable aux fusions qui ne concernent que des entreprises à responsabilité limitée ou des sociétés anonymes à responsabilité limitée constituées en Chine, ainsi que les articles 2 et 55 de la réglementation intitulée «Dispositions relatives aux acquisitions d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers», publiée par le ministère chinois du commerce le 22 juin 2009, excluent explicitement les entreprises non résidentes du champ d'application des règles relatives aux regroupements d'entreprises, si bien qu'une entreprise espagnole ne pourrait pas regrouper ses activités avec celles d'une filiale chinoise.

(120) Pour ce qui est de la législation en vigueur en Inde, les articles 391 à 394 de la loi sur les sociétés indiennes de 1956 excluent explicitement les entreprises non résidentes du champ d'application des règles relatives aux regroupements d'entreprises, si bien qu'une entreprise espagnole ne pourrait pas regrouper ses activités avec celles d'une filiale indienne.

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

(121) Dans le système fiscal espagnol, l'assiette imposable est calculée à partir du résultat comptable, en y introduisant ensuite des corrections en application de 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, qu'en consolidant la comptabilité de l'entreprise acquise avec celle de l'entreprise acquéreuse. Toutefois, conformément au régime comptable espagnol, la consolidation des comptes est obligatoire en cas de contrôle ⁽⁸⁶⁾ 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. On considère que cette situation ⁽⁸⁷⁾ se présente, par exemple, lorsque la société mère détient la majorité des droits de vote au sein de la filiale. 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 que, depuis le 1^{er} janvier 2005 ⁽⁸⁸⁾, la majorité des entreprises espagnoles ne peut plus amortir la survaleur financière conformément aux règles comptables. En effet, à cet égard, les trente parties intéressées se réfèrent à des dispositions ⁽⁸⁹⁾ 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, ainsi que du décret royal 1514/2007, du 16 novembre 2007, portant approbation du plan général de comptabilité, d'un point de vue comptable, ni l'amortissement de la survaleur ni celui de la survaleur financière ne sont plus 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 ⁽⁹⁰⁾. Ainsi, compte tenu de ces considérations, la mesure litigieuse constitue une exception aux normes comptables ordinaires applicables en Espagne.

(122) Cela dit, étant donné la nature fiscale de la mesure litigieuse, l'existence d'une exception doit être évaluée par rapport au système fiscal de référence et pas seulement sur une base comptable. Dans ce contexte, la Commission indique que le système fiscal 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, comme le montrent les éléments exposés ci-après.

⁽⁸⁶⁾ En application de l'article 42 du code de commerce de 1885.

⁽⁸⁷⁾ Voir l'article 42, paragraphe 1, du code de commerce de 1885.

⁽⁸⁸⁾ Entreprises ayant émis des titres négociables sur un marché réglementé de n'importe quel État membre conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 13, de la directive 93/22/CEE du Conseil, en application de l'article 4 de la disposition mentionnée.

⁽⁸⁹⁾ Article 194 du décret royal 1564/1989, du 22 décembre 1989, portant approbation du texte refondu de la loi sur les sociétés anonymes.

⁽⁹⁰⁾ JO L 243 du 11.9.2002, p. 1.

⁽⁸⁵⁾ Voir l'arrêt du 9 septembre 2009 dans les affaires jointes T-227/01 à T-229/01, T-265/01, T-266/01 et T-270/01, Diputación Foral de Álava y otros/Commission (Recueil 2009, p. II-3029, points 381 et suivants).

(123) À des fins de fiscalité, la survaleur ne peut, en Espagne, être comptabilisée que séparément à la suite d'un regroupement d'entreprises⁽⁹¹⁾, 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 acquéreuse est ensuite regroupée à l'entreprise acquise, dont elle obtient ainsi le contrôle.

(124) Or, conformément à la mesure litigieuse, ni le contrôle ni le regroupement des deux entreprises ne sont nécessaires. La seule prise de participations 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 séparément même sans regroupement d'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 au cours de laquelle la survaleur financière est amortie par rapport à la période qui s'applique à l'amortissement de la survaleur traditionnelle⁽⁹²⁾, mais bien de la différence de traitement entre les opérations nationales et transfrontières. La mesure litigieuse ne peut pas être considérée comme une nouvelle règle comptable générale à part entière, puisque l'amortissement de la survaleur financière résultant de la prise de participations nationales n'est pas autorisé.

(125) Compte tenu de tout ce qui précède, la Commission conclut que la mesure litigieuse constitue une exception au système de référence. Comme elle le montrera aux considérants 153 à 163, elle estime que ni les autorités espagnoles ni les trente parties intéressées n'ont invoqué d'arguments suffisamment cohérents pour infirmer cette conclusion.

A.1.3. Existence d'un avantage

(126) En vertu de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, une partie de la survaleur financière résultant de la prise de participations dans des entreprises étrangères peut être déduite de la base d'imposition par dérogation au système de référence. Par conséquent, en réduisant la charge fiscale du bénéficiaire, l'article 12, paragraphe 5,

du TRLIS lui confère 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.

(127) Le montant exact de l'avantage par rapport 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 qui suit l'acquisition. Il dépend donc du taux d'imposition applicable à l'entreprise durant les exercices correspondants ainsi que du taux d'actualisation applicable.

(128) 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 participations reste dans la comptabilité du contribuable.

(129) 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'actualisation de 5 %⁽⁹³⁾ 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 n° 35/2006⁽⁹⁴⁾. Les tiers intéressés n'ont pas contesté ces chiffres. En cas de revente des participations prises, l'avantage correspondrait aux intérêts qui auraient été appliqués au contribuable pour une ligne de crédit présentant les caractéristiques décrites au considérant précédent.

⁽⁹¹⁾ En application de l'article 89, paragraphe 3, du TRLIS.

⁽⁹²⁾ En application de l'article 11, paragraphe 4, du TRLIS.

⁽⁹³⁾ Conformément aux dispositions du TRLIS, tel que modifié par la loi 35/2006, le taux d'imposition sur les sociétés utilisé pour le calcul était de 35 % de 2002 à 2006, de 32,5 % en 2007 et de 30 % depuis lors.

⁽⁹⁴⁾ Huitième disposition supplémentaire de la 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 29.11.2006.

- (130) 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 uniquement le vendeur de la participation étrangère, puisque ce dernier recevrait un prix plus élevé. Elle rejette cet argument après avoir évalué l'effet de la mesure litigieuse telle qu'elle est actuellement libellée. Premièrement, aucun mécanisme ne garantit que l'avantage est entièrement ou partiellement 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, même si les deux conditions ci-dessus sont remplies, le contribuable espagnol bénéficiant de la mesure litigieuse doit continuer d'être considéré comme le bénéficiaire de la mesure. En effet, même si un avantage économique était transféré au vendeur, la mesure litigieuse continuerait de renforcer les capacités de l'acquéreur d'offrir un prix plus élevé, ce qui revêt une importance capitale dans le cas d'une opération d'acquisition concurrentielle.
- (131) La Commission en conclut donc qu'en tout état de cause, 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
- (132) La Commission estime qu'à la lumière de la jurisprudence constante de la Cour et du Tribunal ⁽⁹⁵⁾, les mesures qui établissent une différenciation entre entreprises ne constituent pas une aide d'État lorsque cette différenciation résulte de la nature ou de la structure générale du système fiscal dont elles font partie. Cette justification fondée sur la nature ou sur la structure générale du système fiscal montre la cohérence d'une mesure fiscale spécifique avec la logique interne du système fiscal en général.
- (133) 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 sur le bénéfice obtenu à la suite du transfert de la participation, alors que cette condition est nécessaire pour l'amortissement de la survaleur résultant d'un regroupement d'entreprises ⁽⁹⁶⁾. 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 opérations à l'étranger, la Commission constate que cette condition est nécessaire pour l'application d'autres dispositions fiscales espagnoles ⁽⁹⁷⁾, mais pas pour la mesure litigieuse.
- (134) Deuxièmement, la mesure litigieuse ne constitue pas non plus un mécanisme destiné à éviter la double imposition de futurs dividendes qui seraient imposés lors de l'obtention de bénéfices futurs et qui ne devraient pas être imposés deux fois lors de leur transfert à l'entreprise qui possède une participation significative pour l'acquisition de laquelle elle a payé une 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.
- (135) 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 ⁽⁹⁸⁾, prévoit d'autres déductions en sus de la diminution de la valeur comptable théorique liée à la dépréciation.
- (136) 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. Le traitement fiscal différent réservé à la survaleur financière des entreprises étrangères par rapport à celle 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. Selon la Commission, il est en effet disproportionné que le régime en cause 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 sont intéressées par les possibilités d'investissement qui se présentent à l'étranger.

⁽⁹⁵⁾ Voir l'affaire C-88/03, Portugal/Commission, point 81; voir la note de bas de page 49 de la présente décision; voir l'arrêt du 9 septembre 2009 dans l'affaire T-227/01, Diputación Foral de Álava et al. (Recueil 2009, p. II-3029, point 179); et l'arrêt du 9 septembre 2009 dans l'affaire T-230/01, Diputación Foral de Álava et al. (Recueil 2009, p. II-139, point 190).

⁽⁹⁶⁾ En application de l'article 89, paragraphe 3, point a), premier alinéa, du TRLIS.

⁽⁹⁷⁾ Voir les articles 89, 21 et 22 du TRLIS.

⁽⁹⁸⁾ Ainsi que l'indique explicitement l'article 12, paragraphe 5, deuxième alinéa, du TRLIS «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 se réfère le paragraphe 3 du présent article.»

- (137) Par ailleurs, la Commission estime que les observations formulées par une des trente parties intéressées⁽⁹⁹⁾ signifient que même le raisonnement sur lequel repose la justification présentée par l'Espagne serait contraire à la logique du système fiscal espagnol. En effet, selon ces observations, en cas de regroupement transfrontière d'entreprises, la survaleur qui apparaîtrait serait, selon toute probabilité, située à l'étranger et, plus concrètement, dans l'établissement permanent à l'étranger résultant de la dissolution de l'entreprise acquise. Par conséquent, toujours selon les observations précitées, même dans une situation de regroupement transfrontière d'entreprises, les autorités espagnoles ne permettraient pas que la survaleur soit amortie en Espagne, celle-ci n'y étant pas située. De plus, la Commission constate d'autres différences dans les conditions qui s'appliquent à chacune de ces deux situations. En effet, en vertu de la mesure litigieuse, les prises de participations datant d'avant le 1^{er} janvier 2002 ne sont pas prises en compte pour le calcul de la base amortissable. Toutefois, en cas de regroupement d'entreprises, cette date limite n'existe pas lors du calcul de la survaleur. En cas de regroupement, le contribuable doit, en outre, démontrer que l'objectif principal du regroupement est de nature économique afin d'éviter les regroupements dont l'unique but est l'obtention d'avantages fiscaux⁽¹⁰⁰⁾, alors que la mesure litigieuse n'octroie que des avantages fiscaux. Les autorités espagnoles n'ayant pas été en mesure de fournir des arguments convaincants justifiant ces différences, il convient, dès lors, de considérer qu'elles ne sont pas dûment justifiées par la logique du système fiscal espagnol.
- (138) Enfin, les autorités espagnoles allèguent également que la mesure litigieuse est justifiée par le principe de neutralité qui doit être appliqué dans le cadre de l'impôt sur les sociétés⁽¹⁰¹⁾. En effet, l'exposé des motifs de la loi sur l'impôt des sociétés⁽¹⁰²⁾, qui était en vigueur au moment de l'introduction de la mesure litigieuse, renvoie clairement à ce principe. À cet égard, la Commission signale que le «principe de compétitivité»⁽¹⁰³⁾ invoqué par les autorités espagnoles, qui se réfèrent expressément à «une hausse des exportations» est également à l'origine de cette réforme. Dans ce contexte, il convient de rappeler que, d'après de précédentes décisions de la Commission⁽¹⁰⁴⁾, 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 ont des possibilités d'investissements à l'étranger. En outre, la Commission rappelle que, comme la Cour⁽¹⁰⁵⁾ l'a indiqué «[...] 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 [...]».

- (139) 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 % après une certaine date bénéficie de la mesure litigieuse montre que cette mesure couvrirait certaines 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 font l'objet d'un traitement identique. La Commission estime dès lors que le principe de neutralité ne peut être invoqué pour justifier la mesure litigieuse.
- (140) Compte tenu des éléments exposés ci-dessus, la Commission doit conclure que le caractère d'avantage sélectif du régime fiscal en cause n'est pas justifié par la nature du système fiscal. Par conséquent, il convient de considérer que la mesure litigieuse comporte un élément discriminatoire, à savoir une limitation en ce qui concerne le pays où se produit l'opération qui bénéficie de l'avantage fiscal, et que cette discrimination n'est pas justifiée par la logique du système fiscal espagnol.
- A.2. *Raisonnement complémentaire: analyse de la mesure litigieuse selon un système de référence fondé sur celui que suggèrent les autorités espagnoles*
- (141) Même si la Commission estime, ainsi que nous l'avons exposé dans les considérants qui précèdent, que les arguments avancés par les autorités espagnoles reposent sur une analyse incorrecte de la législation de fait de pays tiers, comme dans la décision antérieure, elle a également analysé la mesure litigieuse selon un système de référence hypothétique fondé sur celui que suggèrent les autorités espagnoles.

- (142) 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 suivie d'un regroupement d'entreprises onéreux et, d'autre part, une prise de participations sans regroupement d'entreprises. Sur cette base, le champ d'application du régime litigieux se limiterait à la prise de participations significatives dans une entreprise ne résidant pas en Espagne, étant donné que certains obstacles rendraient le regroupement transfrontière d'entreprises plus difficile qu'un regroupement local⁽¹⁰⁶⁾. Du fait de l'existence de ces obstacles, les

⁽⁹⁹⁾ Voir les observations transmises par Telefónica le 20 septembre 2010, page 2.

⁽¹⁰⁰⁾ Voir l'article 96, paragraphe 2, du TRLIS.

⁽¹⁰¹⁾ Voir, en particulier, le considérant 60.

⁽¹⁰²⁾ Loi 43/1995 sur l'impôt des sociétés, abrogée par le décret législatif royal 4/2004.

⁽¹⁰³⁾ Les autorités espagnoles définissent ce principe dans l'exposé des motifs de la loi 43/1995, comme suit: «Le principe de compétitivité exige que l'impôt sur les sociétés contribue à l'ensemble des mesures en matière de politique économique destinées à soutenir la compétitivité et qu'il soit compatible avec ces mesures. [...], et que les mesures d'incitation à l'internationalisation des entreprises, pour autant qu'il en résulte une hausse des exportations, répondent au principe susmentionné.»

⁽¹⁰⁴⁾ 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.

⁽¹⁰⁵⁾ Voir le point 127 de l'arrêt cité à la note de bas de page 36.

⁽¹⁰⁶⁾ Voir le courrier électronique des autorités espagnoles du 16 juin 2009 cité au considérant 13.

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⁽¹⁰⁷⁾: «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, ainsi que l'affirme la Commission dans sa communication. La législation fiscale espagnole a donc prévu des régimes fiscaux différents pour des situations objectivement différentes, comme c'est le cas des prises de participations dans des entreprises étrangères et des prises de participations dans des entreprises espagnoles (impossibilité de réaliser des opérations de concentration, acceptation des risques, etc.) afin de parvenir à la neutralité fiscale imposée par la législation espagnole interne et par le droit de l'Union lui-même, de même que pour garantir une logique cohérente et efficace du système fiscal espagnol.» Il conviendrait donc de réserver un traitement fiscal spécifique aux prises de participations transfrontières afin de garantir la neutralité du système fiscal espagnol et d'éviter que les prises de participations espagnoles bénéficient d'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.

- (143) La Commission observe néanmoins que, même selon cet autre système de référence qui peut être défini comme le traitement fiscal de la survaleur et de la survaleur financière résultant de l'acquisition d'un intérêt économique dans une entreprise résidant dans un autre pays que l'Espagne, la mesure litigieuse continue de constituer une exception qui ne répond pas à la logique du système fiscal espagnol. En effet, le fait que la prise d'une participation minoritaire de 5 % après une date donnée bénéficie de la mesure litigieuse montre que celle-ci couvrirait certaines situations qui ne présentent aucune similitude significative avec d'autres opérations qui exigent au moins un contrôle majoritaire. Il convient donc d'affirmer que, selon cet autre système de référence hypothétique, des situations qui diffèrent en droit comme en fait font l'objet d'un traitement identique. Par conséquent, la Commission considère que la mesure litigieuse constitue une exception même selon cet autre système de référence et qu'il n'y a pas lieu d'invoquer le principe de neutralité pour la justifier.

B. Présence de ressources de l'État

- (144) La mesure implique l'utilisation de ressources de l'État, puisqu'elle suppose la renonciation à des recettes fiscales d'un montant correspondant à la déduction de la dette

⁽¹⁰⁷⁾ Voir, en particulier, la lettre des autorités espagnoles du 22 avril 2009 (A-9531), page 6, citée au considérant 9.

fiscale des entreprises imposables en Espagne qui prennent une participation significative dans des entreprises étrangères durant une période minimale de vingt ans à compter de l'acquisition.

- (145) La renonciation aux recettes fiscales allège les charges qui pèsent normalement sur le budget d'une entreprise et qui, sans constituer des subventions au sens strict du terme, sont donc de nature similaire et produisent 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 dont elles devraient normalement s'acquitter équivaut à une aide d'État. D'un point de vue budgétaire et conformément à la jurisprudence de la Cour⁽¹⁰⁸⁾ et à la communication de la Commission⁽¹⁰⁹⁾, la mesure litigieuse entraîne une perte de recettes fiscales pour l'État du fait de la réduction de l'assiette imposable, ce qui équivaut à une utilisation de ressources de l'État.
- (146) Pour ces raisons, la Commission considère que la mesure litigieuse implique une utilisation de ressources de l'État.

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

- (147) Conformément à la jurisprudence de la Cour⁽¹¹⁰⁾, «[...] 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 intra-communautaires, 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.» L'aide octroyée par un État membre à une entreprise peut aider cette dernière à maintenir ou à accroître son activité au niveau national, avec cette conséquence que les entreprises établies dans d'autres États membres ont moins de possibilités de pénétrer le marché de l'État membre concerné. En outre, selon une jurisprudence constante⁽¹¹¹⁾, pour conclure qu'une mesure fausse la concurrence, il suffit que son bénéficiaire soit en concurrence 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.

⁽¹⁰⁸⁾ Voir l'arrêt du 10 janvier 2006, dans l'affaire C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze et al. (Recueil 2006, p. I-289).

⁽¹⁰⁹⁾ Voir la note de bas de page 21. Voir, en particulier, les points 9 et 10 de la communication de la Commission.

⁽¹¹⁰⁾ Voir la note de bas de page 42, points 139 à 143.

⁽¹¹¹⁾ Arrêt du 30 avril 1998 dans l'affaire T-214/95, Vlaams Gewest/Commission (Recueil 1998, p. II-717).

(148) Premièrement, la mesure litigieuse confère un avantage en termes de financement et renforce, par conséquent, 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 ⁽¹¹²⁾, le 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 permet de considérer que cette entreprise prend part à l'activité économique exercée par l'entreprise contrôlée.

(149) 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 plusieurs 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 la mesure litigieuse est préjudiciable à leur position sur le marché, que leurs présentations détaillées soient correctes ou non en ce qui concerne l'existence d'une aide d'État.

(150) Enfin, la Commission tient à souligner que l'avantage sélectif est octroyé à des entreprises assujetties en Espagne et non aux activités exercées par des contribuables espagnols en dehors de l'Union. En effet, l'assiette imposable érodée est le résultat de l'activité économique imposable en Espagne. Par conséquent, l'avantage est directement octroyé à l'activité que le bénéficiaire exerce en Espagne et non dans l'établissement permanent situé en dehors de l'Union. Compte tenu de ce qui précède, la Commission considère donc qu'il ne saurait être allégué, en l'espèce, que l'avantage ne peut fausser la concurrence ou les échanges entre les États membres parce que la mesure litigieuse s'applique aux pays tiers. Le fait que l'avantage soit octroyé selon des conditions objectives liées aux opérations avec des pays tiers n'empêche pas que la mesure ait pour effet d'éroder l'assiette imposable résultant d'une activité économique réalisée sur le marché intérieur.

(151) Par conséquent, la Commission estime que la mesure litigieuse est susceptible de nuire aux 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.

⁽¹¹²⁾ Voir l'arrêt dans l'affaire C-222/04, précité à la note de bas de page 108.

D. Réaction de la Commission aux observations reçues

(152) 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 examinés de manière explicite ou implicite dans les considérants relatifs à l'évaluation du régime (considérants 96 et suivants).

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

(153) En ce qui concerne les données extraites par les autorités espagnoles des déclarations fiscales de 2006 en vue de démontrer que la mesure litigieuse n'est pas sélective ⁽¹¹³⁾, la Commission souligne que les informations fournies manquent généralement de précision. Premièrement, les données présentent une répartition des bénéficiaires par catégorie (activité, chiffre d'affaires), mais elles n'indiquent pas si ceux-ci représentent une petite ou une grande partie de chacune des catégories concernées. Deuxièmement, si les statistiques fondées sur l'importance du chiffre d'affaires des bénéficiaires peuvent constituer un indicateur intéressant permettant de démontrer que la mesure litigieuse s'applique à toutes les entreprises espagnoles, 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 important, ce qui implique que, par exemple, des sociétés de participation peuvent apparaître en tant que PME dans les données en question. Par conséquent, pour que les données soient jugées pertinentes, il conviendrait de tenir compte d'indicateurs supplémentaires, tels que les chiffres totaux du bilan ainsi que du fait de savoir si les bénéficiaires peuvent 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 concernant les PME ⁽¹¹⁴⁾ sont remplies. Aussi la Commission considère-t-elle que sa démonstration selon laquelle la mesure d'aide litigieuse est sélective en raison des caractéristiques propres de la législation en cause n'a pas été infirmée par les données partielles et peu représentatives fournies par les autorités espagnoles.

(154) Néanmoins, même si les arguments avancés par les autorités espagnoles avaient été complétés par des preuves supplémentaires, la mesure litigieuse n'en aurait pas perdu son caractère sélectif pour autant, puisque seules certaines entreprises bénéficient de la mesure, ce également en vertu de l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-501/00, Espagne/Commission ⁽¹¹⁵⁾. En effet, en ce qui concerne le fait que les autorités espagnoles qualifient la mesure de mesure générale ⁽¹¹⁶⁾ parce qu'elle est ouverte à n'importe quelle entreprise domiciliée en

⁽¹¹³⁾ Voir le considérant 12.

⁽¹¹⁴⁾ JO L 124 du 20.5.2003, p. 36.

⁽¹¹⁵⁾ Voir la note de bas de page 36.

⁽¹¹⁶⁾ Voir en particulier les considérants 43 et 56.

Espagne, il convient de rappeler cet arrêt de la Cour. Cette affaire se rapportait également à une exonération de l'impôt sur les sociétés espagnoles et, plus précisément, à une mesure intitulée «Déduction pour activités d'exportation». Les autorités espagnoles ont affirmé devant la Cour que le régime était ouvert à n'importe quelle entreprise dont le domicile fiscal était établi en Espagne. Pourtant, la Cour 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»⁽¹¹⁷⁾. La Commission considère qu'en l'espèce également, la mesure litigieuse entend favoriser l'exportation de capital depuis l'Espagne, afin de renforcer la position des entreprises espagnoles à l'étranger et d'améliorer ainsi la compétitivité des bénéficiaires du régime.

- (155) À cet égard, il convient de signaler que, selon la Cour, «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 correspond à une logique globale du système fiscal. [...] Aussi, la circonstance que les mesures litigieuses poursuivraient 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⁽¹¹⁸⁾». 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

- (156) En ce qui concerne 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 à la pratique décisionnelle de la Commission et à la jurisprudence de la Cour décrites au considérant 109. En l'espèce, le raisonnement ne s'écarte pas non plus de la décision de la Commission N 480/07⁽¹¹⁹⁾ à laquelle renvoient les autorités espagnoles. En effet, dans cette décision, il a été tenu compte de la nature spécifique de l'objectif poursuivi en renvoyant⁽¹²⁰⁾ à la communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen – Vers une utilisation plus efficace des incitations fiscales en faveur de la recherche et du développement⁽¹²¹⁾. En l'espèce, l'objectif poursuivi

par la mesure litigieuse n'est pas un objectif similaire. En outre, contrairement au cas d'espèce, la mesure espagnole visée dans la décision de la Commission N 480/07 n'établissait aucune distinction entre les opérations nationales et internationales.

- (157) Enfin, pour ce qui est de la dérogation au régime de fiscalité des entreprises découlant de l'application de directives⁽¹²²⁾ telles que la directive sur les sociétés mères et les 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 totalement cohérente avec le raisonnement exposé dans la présente décision. En effet, à la suite de l'harmonisation communautaire, les opérations transfrontières au sein de la Communauté et de chaque État membre doivent être considérées comme se trouvant dans une situation de droit et de fait comparable. Par ailleurs, la Commission tient à souligner que la Cour a déclaré ce qui suit⁽¹²³⁾: «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 C-391/97, Gschwind, 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 65, paragraphe 1, point a), du TFUE

- (158) Ainsi que nous l'avons indiqué ci-dessus, il ne faut pas oublier que, si la fiscalité directe relève de la compétence des États membres, il n'en reste pas moins qu'ils doivent l'exercer en respectant le droit de l'Union⁽¹²⁴⁾, et notamment les dispositions du TFUE relatives aux aides d'État. L'article 65, paragraphe 1, point a), du TFUE limite simplement le champ d'application de l'article 63 du TFUE et n'affecte en rien l'application des règles du TFUE relatives aux aides d'État, y compris celles qui accordent à la Commission des compétences de contrôle en la matière.
- (159) En outre, l'article 65 du TFUE, invoqué par les autorités espagnoles, doit être interprété en liaison avec l'article 63 du TFUE, qui interdit les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres. En effet, l'article 65, paragraphe 1, du TFUE dispose que: «L'article 63 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.»

⁽¹²²⁾ Voir le considérant 59.

⁽¹²³⁾ Voir le point 123 de l'arrêt dans l'affaire C-501/00, cité à la note de bas de page 36.

⁽¹²⁴⁾ Voir l'arrêt du 11 août 1995 dans l'affaire C-80/94, Wielockx (Recueil 1995, p. I-2493, point 16); l'arrêt du 11 décembre 1997 dans l'affaire C-264/96, ICI/Colmer (HMIT) (Recueil 1998, p. I-4695, point 19); et l'arrêt du 29 avril 1999 dans l'affaire C-311/97, Royal Bank of Scotland (Recueil 1999, p. I-2651, point 19).

⁽¹¹⁷⁾ Voir l'arrêt dans l'affaire C-501/00, en particulier le point 120.

⁽¹¹⁸⁾ Voir l'arrêt dans l'affaire C-501/00, note de bas de page 36, en particulier le point 124.

⁽¹¹⁹⁾ Voir la note de bas de page 25 et le considérant 56.

⁽¹²⁰⁾ Voir la décision de la Commission du 14.2.2008, affaire N 480/07, précitée à la note de bas de page 25.

⁽¹²¹⁾ SEC(2006) 1515, COM(2006) 728 final, point 1.2.

(160) La possibilité que l'article 65, paragraphe 1, point a), du TFUE donne 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. Selon une jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de l'article 65, paragraphe 1, point a), du TFUE, les dispositions fiscales nationales qui établissent certaines distinctions fondées, en particulier, sur la résidence des contribuables pourraient être compatibles avec le droit de l'Union pour autant qu'elles s'appliquent à des situations qui ne sont pas comparables objectivement⁽¹²⁵⁾ ou pourraient être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général liées notamment à la cohérence du régime fiscal⁽¹²⁶⁾. 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 TFUE⁽¹²⁷⁾.

(161) En ce qui concerne aussi la période qui suit l'entrée en vigueur de l'article 65, paragraphe 1, point a), du TFUE, la Cour a examiné la présence possible de situations objectivement comparables qui pourraient justifier une législation entravant la libre circulation des capitaux. Concernant certaines législations fiscales qui avaient non seulement pour effet de dissuader les contribuables résidant dans un État membre d'investir leurs capitaux dans des sociétés établies dans un autre État membre, mais aussi 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 levée de capitaux dans l'État membre en question, la Cour 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 65, paragraphe 1, point a), du TFUE⁽¹²⁸⁾.

(162) En tout état de cause, il ne faut pas oublier que l'article 65, paragraphe 3, du TFUE précise que les dispositions nationales visées à l'article 65, paragraphe 1, point a), du TFUE ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux et des paiements⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁵⁾ Voir, en particulier, l'arrêt du 14 février 1995 dans l'affaire C-279/93, Schumacker (Recueil 1995, p. I-225).

⁽¹²⁶⁾ Voir l'arrêt du 28 janvier 1992 dans l'affaire C-204/90, Bachmann/État belge (Recueil 1992, p. I-249) et l'arrêt du 28 janvier 1992 dans l'affaire C-300/90, Commission/Belgique (Recueil 1992, p. I-305).

⁽¹²⁷⁾ Voir l'arrêt 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 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 précité du 6 juin 2000 dans l'affaire C-35/98, Verkooijen (Recueil 2000, p. I-4071, point 48).

⁽¹²⁸⁾ Voir l'arrêt du 15 juillet 2004 dans l'affaire C-315/02, Lenz (Recueil 2004, p. I-7063); l'arrêt du 7 septembre 2004 dans l'affaire C-319/02, Manninen (Recueil 2004, p. I-7477).

⁽¹²⁹⁾ Voir l'arrêt précité du 6 juin 2000 dans l'affaire C-35/98, Verkooijen, point 44.

(163) Compte tenu de ce qui précède et, notamment, étant donné qu'il n'existe aucun obstacle juridique explicite dans certains pays tiers auxquels s'applique le régime litigieux, la Commission estime qu'en l'espèce, les prises de participations nationales et les prises de participations dans des entreprises établies dans tous les autres États membres, ainsi que dans certains pays tiers dans lesquels aucun obstacle juridique explicite n'a été mis au jour, se trouvent, pour les raisons évoquées ci-dessus, 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

(164) Étant donné que le régime s'applique tant au sein de l'Union (voir la décision antérieure) qu'à un certain nombre de situations en dehors de l'Union dans lesquelles aucun obstacle juridique explicite n'a été mis au jour, la Commission considère que la mesure litigieuse, dans tous ses aspects, y compris en ce qui concerne les prises de participations en dehors de l'Union, réunit toutes les conditions prévues à l'article 107, paragraphe 1, du TFUE et doit, par conséquent, être considérée comme une aide d'État.

(165) Conformément à la jurisprudence du Tribunal⁽¹³⁰⁾, la Commission souhaite rappeler que la présente décision n'a pas pour objectif d'établir les conditions qui permettraient à l'État membre concerné d'éviter que la mesure litigieuse soit qualifiée d'aide d'État. Ce point aurait dû être examiné par les autorités espagnoles et par la Commission dans le cadre de la notification du régime en cause, avant l'entrée en vigueur du régime.

F. Compatibilité

(166) Comme indiqué dans la décision d'ouvrir la procédure, la Commission considère que le régime d'aide en question ne relève d'aucune des exceptions visées à l'article 107, paragraphes 2 et 3, du TFUE.

(167) 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 107, paragraphe 3, point c), du TFUE s'appliqueraient en l'espèce⁽¹³¹⁾. Les deux parties ont estimé qu'aucune des dispositions de l'article 107, paragraphe 2, ni de l'article 107, paragraphe 3, du TFUE, n'étaient applicables en l'espèce.

⁽¹³⁰⁾ Voir l'arrêt du 9 septembre 2009 dans les affaires jointes T-227/01 à T-229/01, T-265/01, T-266/01 et T-270/01, Diputación Foral de Álava y otros/Commission (Recueil 2009, p. II-3029, points 381 et suivants).

⁽¹³¹⁾ Voir les considérants 69 et suivants.

- (168) Les exceptions prévues à l'article 107, paragraphe 2, du TFUE, qui concernent les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, aux aides destinées à remédier aux dommages causés par les catastrophes naturelles ou par d'autres événements extraordinaires et à celles octroyées à certaines régions de la République fédérale d'Allemagne ne s'appliquent pas en l'espèce.
- (169) L'exception visée à l'article 107, 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 ⁽¹³²⁾.
- (170) De même, il ne peut être considéré que la mesure litigieuse adoptée en 2001 promeut la réalisation d'un projet d'intérêt européen commun ni qu'elle est destinée à remédier à une perturbation grave de l'économie espagnole, comme prévu à l'article 107, paragraphe 3, point b). Elle n'a pas non plus pour objet de promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, ainsi que le prévoit l'article 107, paragraphe 3, point d).
- (171) Enfin, la mesure litigieuse doit être examinée à la lumière de l'article 107, 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 intérieur.
- (172) Quant aux arguments avancés par les autorités espagnoles et les trente parties intéressées au sujet du plan d'action dans le domaine des aides d'État de 2005 ⁽¹³³⁾, qui 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 transfrontières ne peuvent être considérées comme des défaillances du marché.
- (173) 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. Une défaillance du marché n'est réputée exister 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.
- (174) La Commission ne conteste pas que les coûts induits 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 lesquels ils sont réalisés, 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 transfrontières, et l'existence de ces différences ne signifie pas que se produiront des résultats de marché inefficaces.
- (175) 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 intervenants du marché afin d'obtenir des résultats efficaces.
- (176) 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.

⁽¹³²⁾ Voir, entre autres exemples de la pratique antérieure de la Commission, la décision 2004/76/CE de la Commission 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; 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; et 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* (JO L 23 du 28.1.2004, p. 14), considérant 70.

⁽¹³³⁾ Voir la note de bas de page 31.

- (177) Par ailleurs, il convient de rappeler qu'en évaluant si une aide peut être jugée compatible avec le marché intérieur, la Commission met en balance 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 dans le domaine des aides d'État a institutionnalisé un «critère de mise en balance» 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 critère de mise en balance se fonde sur trois questions:
- 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:
 - i) si l'aide d'État est un instrument politique adéquat;
 - ii) s'il existe un effet d'incitation, concrètement, si la mesure change le comportement des entreprises;
 - iii) si la mesure est proportionnée, autrement dit, s'il est possible de parvenir au même changement de comportement avec une aide moins importante;
 - c) évaluer si les distorsions de la concurrence et des échanges sont limitées, de façon à ce que la mise en balance générale soit positive.
- (178) 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 défini, puisqu'il va au-delà de l'intégration du marché en favorisant l'expansion d'entreprises espagnoles sur le marché européen en particulier.
- (179) 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 la réalisation de 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.
- (180) 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 particulier 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 126 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, il a clairement pour effet de concentrer les distorsions de la concurrence sur les marchés étrangers.
- (181) La dernière phase de l'analyse de la compatibilité consiste à évaluer si les éventuels effets positifs de l'aide excèdent ses effets négatifs. Comme signalé ci-dessus, 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 atteint l'objectif de l'Union qui est de promouvoir les opérations transfrontières, sans évaluer les 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 transfrontières par la suppression des obstacles 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.
- (182) En conclusion, la Commission estime qu'en ce qui concerne notamment l'analyse conformément à l'article 107, paragraphe 3, point c), du TFUE, 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 soulager les entreprises concernées de charges qu'elles devraient normalement supporter et doivent donc être considérés comme une aide au fonctionnement. En principe, les aides au fonctionnement ne relèvent pas du champ d'application de l'article 107, paragraphe 3, point c), du TFUE, car elles faussent la concurrence dans les secteurs où elles sont octroyées sans pour autant être capables, de par leur nature même, d'atteindre

l'un des objectifs fixés par cette disposition ⁽¹³⁴⁾. Conformément à la pratique habituelle de la Commission, cette aide ne peut pas être jugée compatible avec le marché intérieur, car elle ne favorise pas le développement de certaines activités ou de certains domaines économiques, n'est pas limitée dans le temps, ne se réduit pas progressivement et n'est pas proportionnelle à ce qui est nécessaire pour remédier à un désavantage économique spécifique dans les domaines en question. Le résultat du «critère de mise en balance» confirme cette analyse.

- (183) Compte tenu de tout ce qui précède, il y a lieu de conclure que l'ensemble du régime d'aides en question, y compris en ce qui concerne les prises de participations en dehors de l'Union, n'est pas compatible avec le marché intérieur.

G. Récupération

- (184) La mesure litigieuse a été exécutée sans avoir été préalablement notifiée à la Commission conformément à l'article 108, paragraphe 3, du TFUE. La mesure constitue, par conséquent, une aide d'État illégale.

- (185) Une aide d'État octroyée illégalement, déclarée incompatible avec le marché intérieur, doit 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 ⁽¹³⁵⁾. 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 d'arguments justifiant que l'on s'écarte de ce principe fondamental.

- (186) 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 et la pratique de la Commission ont établi notamment que le fait d'ordonner la récupération de l'aide est contraire à un principe général du droit de l'Union lorsque l'action de la Commission a pour conséquence que le bénéficiaire d'une mesure peut légitimement s'attendre à ce que l'aide a été accordée conformément au droit de l'Union ⁽¹³⁶⁾.

- (187) Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire Forum 187 ⁽¹³⁷⁾, la Cour 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.»

- (188) 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 ni la récupération des déductions déjà effectuées ni celle de toutes les déductions qu'il reste encore à effectuer sur la période de vingt ans prévue par le TRLIS.

- (189) En ce qui concerne 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 qu'elle a évaluées dans sa décision de 1984 relative aux «centres de coordination belges» ⁽¹³⁸⁾. 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». Sa structure est en outre différente, ce qui la rend sélective, notamment parce qu'elle ne s'applique qu'aux opérations liées à des pays étrangers.

- (190) Pour ce qui est de l'incidence 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, et la date de publication au *Journal officiel de l'Union européenne* de la décision d'ouvrir la procédure, le 21 décembre 2007; et b) la période postérieure à la publication au *Journal officiel de l'Union européenne* de la décision d'ouvrir la procédure.

⁽¹³⁴⁾ Voir l'arrêt du 4 septembre 2009 dans l'affaire T-211/05, Italie/Commission (Recueil 2009, p. II-2777, point 173); voir aussi l'arrêt du 8 juin 1995 dans l'affaire T-459/93, Siemens/Commission (Recueil 1995, p. II-1675, point 48).

⁽¹³⁵⁾ JO L 83 du 27.3.1999, p. 1.

⁽¹³⁶⁾ Voir notamment les décisions 2003/515/CE, 2004/76/CE et 2004/77/CE.

⁽¹³⁷⁾ Arrêt de la Cour du 22 juin 2006 dans les affaires jointes C-182/03 et C-217/03, Forum 187 ASBL (Recueil 2006, p. I-5479, point 147); voir aussi l'arrêt du 26 novembre 2005 dans l'affaire C-506/03, Allemagne/Commission (non encore publié au Recueil, point 58); et l'arrêt du 11 mars 1987 dans l'affaire C-265/85, Van den Bergh en Jurgens BV/Commission (Recueil 1987, p. 1155, point 44).

⁽¹³⁸⁾ Décision de la Commission SG(84) D/6421 du 16.5.1984.

(191) En ce qui concerne la première période, la Commission est bien consciente des réponses qu'elle a apportées aux questions parlementaires de M. Erik Meijer et de M^{me} Sharon Bowles sur la possibilité que la mesure litigieuse soit une aide d'État. Plus précisément, à la question parlementaire posée le 19 janvier 2006 par le député européen, M. Erik Meijer, 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 espagnoles sont dues à la législation fiscale espagnole qui permet aux entreprises d'amortir la survaleur 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 d'amortissement applicables à toutes les entreprises en Espagne» (traduction libre) ⁽¹³⁹⁾. Le 17 février 2006, à la question parlementaire posée par la députée européenne M^{me} Sharon Bowles, un commissaire a répondu au nom de la Commission que: «Selon les informations dont dispose actuellement la Commission, les règles fiscales espagnoles relatives à l'amortissement de la survaleur semblent être applicables à toutes les entreprises en Espagne, indépendamment de leur taille, de leur secteur d'activité, de leur forme juridique ou de leur statut d'entreprises privées ou publiques, dès lors qu'elles constituent des règles générales d'amortissement. Elles ne semblent donc pas relever du champ d'application des règles relatives aux aides d'État» (traduction libre) ⁽¹⁴⁰⁾.

(192) 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 l'espoir justifié que le régime d'amortissement de la survaleur était légal, en ce sens qu'il ne relevait pas du champ d'application des règles relatives aux aides d'État ⁽¹⁴¹⁾, et que, par conséquent, aucun des avantages découlant dudit régime ne pouvait faire l'objet d'une procédure de récupération ultérieure. Même si ces déclarations n'équivalent 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 qu'en l'espèce, les procédures applicables garantissant le respect du principe de collégialité avaient été respectées. Étant donné que le concept d'aide d'État est objectif ⁽¹⁴²⁾ 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 sera 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 jusqu'alors n'était pas sûre de faire un jour 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 d'opérations réalisées avant les déclarations de la Commission, aurait pu tirer de ces déclarations la conclusion que cette incertitude était infondée, car 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 de l'Union n'exige pas la démonstration d'un lien de causalité entre les garanties offertes par une institution communautaire et le comportement des particuliers ou des entreprises concernés par ces garanties ⁽¹⁴³⁾, un chef d'entreprise diligent pourrait raisonnablement espérer que la Commission n'imposerait aucune récupération ⁽¹⁴⁴⁾ a posteriori en ce qui concerne les mesures qu'elle a elle-même préalablement qualifiées, dans une déclaration à une autre institution communautaire, de non constitutives d'une aide, indépendamment du moment où a été réalisée l'opération bénéficiaire de la mesure d'aide.

(193) Par conséquent, la Commission estime que certains 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 acquéreuse espagnole aurait directement ou indirectement prise dans une entreprise étrangère avant la date de publication ⁽¹⁴⁵⁾ au *Journal officiel de l'Union européenne* de la décision de la Commission d'ouvrir la procédure formelle d'examen conformément à l'article 108, paragraphe 2, du TFUE, et qui auraient alors pu bénéficier de la mesure litigieuse.

(194) Outre ces considérations qui sont identiques à celles qu'elle a formulées dans sa décision antérieure, la Commission estime qu'il convient de tenir compte d'une série d'éléments supplémentaires.

⁽¹³⁹⁾ Question écrite E-4431/05.

⁽¹⁴⁰⁾ Question écrite E-4772/05.

⁽¹⁴¹⁾ Sur le principe de la confiance légitime, voir l'arrêt dans l'affaire Van den Bergh en Jurgens BV/Commission, point 44; l'arrêt dans les affaires jointes C-182/03 et C-217/03, Forum 187 ASBL/Commission (Recueil 2006, p. I-5479, point 147); et l'arrêt dans l'affaire T-290/97, Mehibas Dordtselaan/Commission (Recueil 2000, p. II-15, point 59).

⁽¹⁴²⁾ Arrêt du 22 décembre 2008 dans l'affaire C-487/06 P, British Aggregates/Commission (Recueil 2008, p. I-10505, points 111 à 114, 185 et 186); arrêt du 17 octobre 2002 dans l'affaire T-98/00, Linde/Commission (Recueil 2002, p. II-3961, point 33).

⁽¹⁴³⁾ 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 aurait pu ne pas réaliser autrement, en comptant sur la garantie en question.

⁽¹⁴⁴⁾ Voir, par analogie, la décision de la Commission du 17.2.2003 concernant les centres de coordination établis en Belgique (2003/757/CE) et la décision de la Commission du 20.12.2006, GIE fiscaux (C 46/04).

⁽¹⁴⁵⁾ Voir la note de bas de page 1.

- (195) En effet, conformément au considérant 117 de la décision antérieure, bien que la Commission soit d'avis que les autorités espagnoles et les trente parties intéressées n'ont pas apporté d'éléments suffisants de nature à justifier un traitement fiscal différent entre les prises de participations espagnoles et les opérations entre entreprises établies au sein de l'Union, elle a déclaré qu'«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 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 opérations hors du cadre de fait et de droit communautaire pourrait être nécessaire afin de garantir la neutralité fiscale.» La Commission a conclu son analyse en déclarant au considérant 119 de la décision antérieure, disponible sur le site web de la Commission depuis le début de janvier 2010, que «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.»
- (196) Aux considérants 115 à 119 de la décision antérieure, la Commission a indiqué qu'il pouvait exister une différenciation entre les prises de participations au sein de l'Union et celles en dehors de l'Union. Concrètement, la Commission a fait observer qu'il «peut subsister des barrières juridiques aux regroupements transfrontaliers d'entreprises, lesquelles placeraient les opérations transfrontalières dans une situation différente en droit et en fait des opérations intracommunautaires». Les références aux notions de «barrières juridiques» et de «majorité de l'actionnariat» sont, dans ces circonstances spécifiques, particulièrement pertinentes.
- (197) À la lumière de ces éléments spécifiques et particuliers du cas d'espèce, la Commission estime que la déclaration figurant au considérant 117 de la décision antérieure aurait pu générer une confiance légitime pour ce qui concerne l'application du régime d'aides litigieuses aux opérations réalisées par des entreprises espagnoles dans les pays tiers où il n'existe pas de «barrières juridiques» explicites aux regroupements transfrontières d'entreprises et où l'entreprise espagnole en cause avait acquis une «majorité de l'actionnariat», quelle que soit la date à laquelle a eu lieu l'opération avant l'adoption de la présente décision.
- (198) Sur la base des informations fournies par les autorités espagnoles dans les rapports et sans préjudice de la qualification du régime litigieux en tant qu'aide d'État et de son application à différentes opérations pour les raisons évoquées au considérant 107, la Commission fait observer que la législation en vigueur dans deux des pays ayant fait l'objet de son analyse, à savoir l'Inde et la Chine, contient des obstacles juridiques explicites aux regroupements transfrontières d'entreprises.
- (199) Compte tenu des conclusions formulées aux considérants 119 et 120, la Commission a conclu que, pour les opérations relatives à ces deux pays, les bénéficiaires de la mesure litigieuse qui ont pris une participation majoritaire pouvaient penser légitimement que l'aide ne serait pas récupérée.
- (200) Le même traitement sera appliqué aux bénéficiaires qui ont réalisé une opération dans d'autres pays tiers, qui ont pris une participation majoritaire et qui sont en mesure de fournir suffisamment de preuves de l'existence dans la législation de ces pays tiers d'un obstacle juridique explicite au sens de la présente décision. Pour les pays mentionnés dans les rapports, la Commission tiendra compte du fait que, sur la base des informations fournies par les autorités espagnoles, elle n'a pas été en mesure de mettre au jour ces obstacles, mais qu'elle est disposée à examiner de nouvelles preuves pertinentes.
- (201) Pour tous les bénéficiaires qui ont fondé leur confiance légitime sur des déclarations de la Commission aux députés européens ou sur la décision antérieure, la Commission estime également qu'ils devraient continuer à bénéficier 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 réalisés sur la base d'une 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 et à la pratique de la Commission ⁽¹⁴⁶⁾, en l'absence d'intérêt public péremptoire ⁽¹⁴⁷⁾, 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.

⁽¹⁴⁶⁾ 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 précité du 22 juin 2006 dans les affaires jointes C-182/03 et C-217/03, Forum 187 ASBL, points 162 et 163.

⁽¹⁴⁷⁾ Voir l'arrêt précité dans l'affaire Forum 187, point 149; voir aussi l'arrêt du 14 mai 1975 dans l'affaire C-74/74, CNTA/Commission (Recueil 1975, p. 533, point 44).

- (202) Par ailleurs, la Commission estime qu'il convient de prévoir une période de transition raisonnable pour les entreprises qui se prévalent de la confiance légitime et qui ont acquis, dans une perspective à long terme, des droits dans des entreprises étrangères et qui ne détenaient pas ces droits pendant une période interrompue d'au moins un an à la date de publication de la décision d'ouvrir la procédure (confiance légitime résultant de déclarations de la Commission aux députés européens) ou à la date de publication de la présente décision (confiance légitime résultant de la décision antérieure). Dès lors, la Commission estime que les entreprises qui réunissaient toutes les autres conditions pertinentes de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS avant le 21 décembre 2007 ou à la date de publication de la présente décision au *Journal officiel de l'Union européenne*, à l'exception de la condition selon laquelle elles devaient détenir leurs participations durant une période ininterrompue d'au moins un an, devraient également bénéficier de la confiance légitime si elles détenaient ces droits durant une période ininterrompue d'au moins un an au plus tard le 21 décembre 2008 ou un an après la publication de la présente décision.
- (203) Par contre, toute aide incompatible accordée à une entreprise acquéreuse espagnole ne se prévalant pas de la confiance légitime sera récupérée, sauf si, premièrement, cette entreprise s'est engagée irrévocablement, avant le 21 décembre 2007 (confiance légitime résultant de déclarations de la Commission aux députés européens) ou avant la date de publication de la présente décision (confiance légitime résultant de la décision antérieure), à détenir ces droits; deuxièmement, le contrat prévoyait une condition suspensive liée au fait que l'opération en question est soumise à l'autorisation impérative d'une autorité de réglementation; et, troisièmement, l'opération a été notifiée avant le 21 décembre 2007 (confiance légitime résultant de déclarations de la Commission aux députés européens) ou avant la publication de la présente décision (confiance légitime résultant de la décision antérieure).
- (204) La Commission estime également que la mesure litigieuse n'est pas constitutive d'une aide si les bénéficiaires réunissaient, au moment où ils ont profité de ses avantages, toutes les conditions établies par une législation adoptée conformément à l'article 2 du règlement (CE) n° 994/98 du Conseil ⁽¹⁴⁸⁾, qui était applicable lorsque la réduction fiscale a été octroyée.
- (205) Compte tenu de toutes les considérations qui précèdent et ainsi que cela a été souligné dans la décision antérieure, 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. Il dépend donc du taux d'imposition applicable à l'entreprise durant les exercices correspondants et du taux d'actualisation applicable.
- (206) 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 détenus dans des entreprises étrangères qui ne respectent pas les conditions exposées aux considérants qui précèdent.
- (207) 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 de la Commission ⁽¹⁴⁹⁾, tel que modifié par le règlement (CE) n° 271/2008 de la Commission ⁽¹⁵⁰⁾.
- (208) Pour calculer quelle aurait été la charge fiscale des bénéficiaires si la mesure d'aide illégale n'avait pas existé, les autorités espagnoles doivent se baser sur les opérations qui ont été réalisées au cours de la période qui précède la publication au *Journal officiel de l'Union européenne* de la décision d'ouvrir la procédure (confiance légitime résultant de déclarations de la Commission aux députés européens) ou qui précède la publication de la présente décision (confiance légitime résultant de la décision antérieure), ainsi que cela a été indiqué ci-dessus. Il ne saurait être allégué qu'en l'absence de ces avantages illégaux, les bénéficiaires auraient structuré leurs opérations différemment afin de réduire leur charge fiscale. Comme l'expose clairement la Cour dans l'arrêt rendu dans l'affaire Unicredito ⁽¹⁵¹⁾, ces considérations hypothétiques ne peuvent être prises en considération aux fins du calcul de l'aide.

VIII. CONCLUSION

- (209) La Commission doit considérer, 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 de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, en ce qui concerne également les acquisitions en dehors de l'Union. La Commission estime également que la mesure litigieuse, qui a été exécutée en violation de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE, constitue un régime d'aide illégal en ce qui concerne les acquisitions à l'intérieur de l'Union.

⁽¹⁴⁸⁾ JO L 142 du 14.5.1998, p. 1. Ce règlement autorise notamment la Commission à adopter un règlement déclarant que certaines aides ne remplissent pas tous les critères prévus à l'article 107, paragraphe 1, du TFUE (aide de minimis).

⁽¹⁴⁹⁾ JO L 140 du 30.4.2004, p. 1.

⁽¹⁵⁰⁾ JO L 82 du 25.3.2008, p. 1.

⁽¹⁵¹⁾ Arrêt du 15 décembre 2005 dans l'affaire C-148/04, Unicredito Italiano Spa/Agenzia delle Entrate (Recueil 2005, p. I-11137, points 117 à 119).

(210) 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 et accepte que continue d'être appliqué pendant toute la période d'amortissement prévue dans le régime d'aides tout avantage fiscal résultant de l'application du régime d'aides aux prises de participations dans des entreprises étrangères contrôlées directement ou indirectement par des entreprises acquéreuses espagnoles 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 108, paragraphe 2, sauf si, premièrement, une entreprise acquéreuse espagnole s'est irrévocablement engagée, avant le 21 décembre 2007, à détenir ces droits; deuxièmement, le contrat prévoyait une condition suspensive liée au fait que l'opération en question est soumise à l'autorisation impérative d'une autorité de réglementation et, troisièmement, l'opération a été notifiée avant le 21 décembre 2007. La Commission doit, par ailleurs, renoncer à la récupération et accepte que continue d'être appliqué pendant toute la période d'amortissement prévue dans le régime d'aides tout avantage fiscal résultant de l'application du régime d'aides aux opérations d'actionnariat majoritaire réalisées avant la publication de la présente décision qui se réfèrent à des pays tiers où l'existence d'obstacles juridiques explicites aux regroupements transfrontières est dûment justifiée conformément aux principes établis dans la présente décision,

A ADOPTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

1. Le régime d'aides mis en œuvre par l'Espagne en vertu de l'article 12, paragraphe 5, du décret royal législatif n° 4/2004, du 5 mars 2005, qui a consolidé les modifications apportées à la loi sur l'impôt des sociétés, appliqué illégalement par l'Espagne en violation de l'article 108, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, est incompatible avec le marché intérieur pour ce qui est des aides octroyées aux bénéficiaires lors de prises de participations en dehors de l'Union.

2. Néanmoins, les déductions fiscales dont les bénéficiaires ont profité lors de prises de participations en dehors de l'Union et octroyées en vertu de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS en ce qui concerne des droits détenus directement ou indirectement dans des entreprises étrangères qui remplissent les conditions pertinentes du régime d'aides avant le 21 décembre 2007, hormis l'obligation de détenir ces participations durant une période ininterrompue d'au moins un an, pourront continuer de s'appliquer durant toute la période d'amortissement prévue par le régime d'aides.

3. Les déductions fiscales octroyées aux bénéficiaires, en vertu de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, lors de prises de

participations en dehors de l'Union qui sont liées à l'engagement irrévocable, pris avant le 21 décembre 2007, de détenir lesdits droits lorsque le contrat contient une condition suspensive du fait que l'opération en question est soumise à l'autorisation impérative d'une autorité de réglementation et lorsque l'opération a été notifiée avant le 21 décembre 2007, pourront continuer de s'appliquer durant toute la période d'amortissement prévue par le régime d'aides pour la partie des droits détenus à partir de la date de levée de la condition suspensive.

4. De même, les déductions fiscales octroyées aux bénéficiaires, en vertu de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, lors de prises de participations en dehors de l'Union à la date de publication de la présente décision au *Journal officiel de l'Union européenne*, qui sont liées aux participations majoritaires prises directement ou indirectement dans des entreprises étrangères établies en Chine, en Inde ou dans d'autres pays où l'existence d'obstacles juridiques explicites aux regroupements transfrontières d'entreprises a été démontrée ou peut l'être, pourront continuer de s'appliquer durant toute la période d'amortissement prévue par le régime d'aides.

5. Les déductions fiscales octroyées aux bénéficiaires, en vertu de l'article 12, paragraphe 5, du TRLIS, lors de prises de participations en dehors de l'Union, qui sont liées à l'engagement irrévocable, pris avant la publication de la présente décision au *Journal officiel de l'Union européenne*, de détenir des droits dans des entreprises étrangères établies en Chine, en Inde ou dans d'autres pays où l'existence d'obstacles juridiques explicites aux regroupements transfrontières d'entreprises a été démontrée ou peut l'être, lorsque le contrat contient une condition suspensive liée au fait que l'opération en question est soumise à l'autorisation impérative d'une autorité de réglementation et lorsque l'opération a été notifiée avant la publication de la présente décision au *Journal officiel de l'Union européenne*, pourront continuer de s'appliquer durant toute la période d'amortissement prévue par le régime d'aides à partir de la date de levée de la condition suspensive.

Article 2

L'aide individuelle octroyée au titre du régime visé à l'article 1^{er} n'est pas constitutive d'une aide d'État si, au moment de son octroi, elle remplit les conditions définies dans un règlement adopté en vertu de l'article 2 du règlement (CE) n° 994/98, applicable au moment où l'aide est octroyée.

Article 3

L'aide individuelle octroyée au titre du régime visé à l'article 1^{er} qui, au moment de son octroi, remplit les conditions définies dans un règlement adopté en application de l'article 1^{er} du règlement (CE) n° 994/98 ou dans tout autre régime d'aides approuvé, est compatible avec le marché intérieur jusqu'à concurrence des intensités d'aide maximales applicables à ce genre d'aide.

Article 4

1. L'Espagne récupère 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 prises de participations en dehors de l'Union, ne remplissent pas les conditions visées à l'article 1^{er}, paragraphes 2 à 5.

2. Les sommes à récupérer produisent des intérêts à partir de la date à laquelle la base imposable des bénéficiaires a été réduite jusqu'à leur récupération effective.

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

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 pour les droits détenus dans des entreprises étrangères remplissant les conditions visées à l'article 1^{er}, paragraphe 2.

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 au titre 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 12 janvier 2011

Par la Commission
Joaquín ALMUNIA
Vice-président

ANNEXE I

**LISTE DES TIERS INTERESSES QUI ONT SOUMIS DES OBSERVATIONS A LA DECISION D'OUVRIRE LA
PROCEDURE ET QUI N'ONT PAS DEMANDE A 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)
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

SYNTHÈSE DU RAPPORT DE KPMG PRÉSENTÉ PAR LES AUTORITÉS ESPAGNOLES

Tableau récapitulatif

Pays	Droit des sociétés applicable aux fusions	Les fusions transfrontières sont-elles interdites par le droit des sociétés et par les réglementations qui en découlent? (Oui/Non/Question non traitée spécifiquement)	La jurisprudence ou la doctrine font-elles référence à l'impossibilité d'une fusion transfrontière? (Oui/Non/Information non trouvée)	Des obstacles importants de fait qui empêchent une fusion transfrontière ont-ils été mis au jour? (Oui/Non)	Des règles fiscales imposant des coûts fiscaux supplémentaires à une fusion transfrontière ont-elles été mises au jour? (Oui/Non/Traitement fiscal incertain)	Existe-t-il des précédents de fusions transfrontières dans votre juridiction? (Oui/Non/Information non trouvée)	Synthèse
Argentine	Loi n° 19550 Articles 82 à 87 et 118	Cette question n'est pas spécifiquement traitée ni dans la loi sur les sociétés ni dans les principales réglementations sur le registre du commerce.	Oui La doctrine pertinente indique que les fusions transfrontières ne sont pas autorisées en Argentine.	Oui Problèmes d'enregistrement dans le registre du commerce concerné.	Oui. Impôts sur l'entreprise acquise et ses actionnaires, puisqu'on estime que le protocole du traité signé par l'Argentine et l'Espagne ne doit pas être appliqué. Par ailleurs, la doctrine pertinente et l'administration fiscale argentine indiquent que le régime d'exonération fiscale pour réorganisation d'entreprise ne peut être appliqué qu'aux fusions nationales.	Non	La doctrine indique que les fusions transfrontières ne sont pas possibles. Impôts sur l'entreprise acquise et ses actionnaires.
Australie	Loi sur les sociétés de 2001 (principaux articles: 606, 413 et 611)	Le droit des sociétés ne traite pas le concept de fusion transfrontière. La loi sur les sociétés de 2001 ne prévoit que trois procédures spécifiques concernant les fusions, mais aucune ne concerne les fusions transfrontières.	Information non trouvée	Oui Il est impossible de réaliser des fusions transfrontières en Australie.	Traitement fiscal incertain. Le régime d'exonération fiscale pour réorganisation d'entreprise s'applique uniquement aux fusions nationales.	Information non trouvée	La loi sur les sociétés de 2001 n'envisageait pas spécifiquement la fusion transfrontière comme une opération autorisée, celle-ci n'est donc pas possible.

Pays	Droit des sociétés applicable aux fusions	Les fusions transfrontières sont-elles interdites par le droit des sociétés et par les réglementations qui en découlent? (Oui/Non/Question non traitée spécifiquement)	La jurisprudence ou la doctrine font-elles référence à l'impossibilité d'une fusion transfrontière? (Oui/Non/Information non trouvée)	Des obstacles importants de fait qui empêchent une fusion transfrontière ont-ils été mis au jour? (Oui/Non)	Des règles fiscales imposant des coûts fiscaux supplémentaires à une fusion transfrontière ont-elles été mises au jour? (Oui/Non/Traitement fiscal incertain)	Existe-t-il des précédents de fusions transfrontières dans votre juridiction? (Oui/Non/Information non trouvée)	Synthèse
Brésil	Code civil brésilien (loi n° 10 406/02) et loi n° 6 404/1976	Question non traitée spécifiquement	Information non trouvée	Autorisation du Conseil d'État L'approbation du registre dans SISBACEN est incertaine. Les restrictions dans certains secteurs rendent les fusions transfrontières impossibles.	Traitement fiscal incertain. Les contribuables brésiliens et étrangers (à savoir, les actionnaires de l'entreprise brésilienne) participant à une fusion à la valeur du marché subiraient des conséquences négatives sur le plan fiscal.	Non Une seule opération, a été recensée, mais elle se réfère à une fusion inverse (certaines entreprises étrangères ont été absorbées par une entreprise brésilienne).	Il existe des obstacles importants qui empêchent dans la pratique la réalisation d'une fusion transfrontière.
Canada	Loi canadienne sur les sociétés commerciales et lois sur les sociétés applicables dans les provinces canadiennes	Oui Les deux entreprises qui fusionnent doivent appliquer la législation canadienne. En théorie, seuls certains types de fusions sont autorisés (par exemple, intégrations) en Colombie britannique, mais il n'existe pas de précédents.	Information non trouvée	Oui	Oui/Traitement fiscal incertain En cas de dissolution d'une filiale détenue à 100 %, l'entreprise dissoute et son actionnaire seraient imposables.	Information non trouvée	En général, les fusions transfrontières ne sont pas possibles (sauf en Colombie britannique, dans certaines circonstances, excepté en cas de dissolution d'une filiale détenue à 100 %. L'entreprise dissoute et ses actionnaires sont imposables.
Chili	Loi n° 18 046 Article 99	Question non traitée spécifiquement	Information non trouvée	Oui Il est nécessaire d'obtenir un certificat de cessation de l'activité entrepreneuriale émis par l'administration de l'impôt sur le revenu, ce qui peut considérablement retarder le	Il n'existe aucune certitude quant à l'application du régime d'exonération fiscale pour réorganisation d'entreprise aux actionnaires et à l'entreprise acquise. Une fusion transfrontière n'entraînerait pas d'autres	Oui Un seul, mais il se référerait à un holding sans activités ni actifs au Chili.	Il existe des obstacles importants qui peuvent empêcher la réalisation d'une fusion transfrontière. Traitement fiscal incertain des actionnaires et de l'entreprise acquise.

Pays	Droit des sociétés applicable aux fusions	Les fusions transfrontières sont-elles interdites par le droit des sociétés et par les réglementations qui en découlent? (Oui/Non/Question non traitée spécifiquement)	La jurisprudence ou la doctrine font-elles référence à l'impossibilité d'une fusion transfrontière? (Oui/Non/Information non trouvée)	Des obstacles importants de fait qui empêchent une fusion transfrontière ont-ils été mis au jour? (Oui/Non)	Des règles fiscales imposant des coûts fiscaux supplémentaires à une fusion transfrontière ont-elles été mises au jour? (Oui/Non/Traitement fiscal incertain)	Existe-t-il des précédents de fusions transfrontières dans votre juridiction? (Oui/Non/Information non trouvée)	Synthèse
				processus de fusion. Les règles de la Banque centrale du Chili, qui exigent l'introduction d'une demande spéciale pour la réalisation d'une fusion, les règles sur les investissements étrangers du décret-loi n° 600 et le fait que la fusion transfrontière ne soit pas réalisable dans certains secteurs économiques, sont autant d'autres obstacles.	effets fiscaux que l'impôt dû sur les bénéfices retenus, jusqu'à la date de la fusion par l'entreprise acquise. La liquidation d'une entreprise chilienne sur sa filiale directe n'est pas considérée comme une fusion à des fins fiscales. Ainsi, les actionnaires seront soumis à l'impôt chilien sur les sociétés lorsque les actifs transférés augmenteront.		
Chine	<p>a) Loi sur les sociétés de la RPC de 2005 pour les fusions auxquelles participent uniquement les entreprises à responsabilité limitée ou les sociétés privées à responsabilité limitée constituées en Chine, et</p> <p>b) dispositions sur la fusion et la division d'entreprises d'investissements étrangers (adoptées en 2001) applicables aux fusions avec investissements étrangers en Chine</p> <p>Dispositions sur la fusion d'une entreprise étrangère, adoptées en 2009.</p>	<p>Les règles existantes font uniquement référence aux fusions nationales.</p> <p>Le 22 juin 2009, le ministère du commerce a adopté un nouvel ensemble de dispositions sur les fusions et les acquisitions d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers.</p> <p>Il n'est pas possible de réaliser une fusion transfrontière au sens mentionné dans le présent document.</p>	Information non trouvée	<p>Oui</p> <p>Les fusions transfrontières ne sont pas autorisées.</p>	<p>Traitement fiscal incertain.</p> <p>La communication n° 59 (qui contient les dispositions relatives à la réorganisation de l'impôt sur les sociétés) ne s'applique pas aux fusions transfrontières; la neutralité fiscale ne s'appliquera donc pas, même si les fusions transfrontières ne sont pas autorisées en Chine.</p>	Information non trouvée	<p>En 2009 a été adoptée une nouvelle loi sur les sociétés applicable aux fusions réalisées par des investisseurs étrangers. Néanmoins, les fusions transfrontières ne sont pas autorisées (au sens mentionné dans le présent document).</p>

Pays	Droit des sociétés applicable aux fusions	Les fusions transfrontières sont-elles interdites par le droit des sociétés et par les réglementations qui en découlent? (Oui/Non/Question non traitée spécifiquement)	La jurisprudence ou la doctrine font-elles référence à l'impossibilité d'une fusion transfrontière? (Oui/Non/Information non trouvée)	Des obstacles importants de fait qui empêchent une fusion transfrontière ont-ils été mis au jour? (Oui/Non)	Des règles fiscales imposant des coûts fiscaux supplémentaires à une fusion transfrontière ont-elles été mises au jour? (Oui/Non/Traitement fiscal incertain)	Existe-t-il des précédents de fusions transfrontières dans votre juridiction? (Oui/Non/Information non trouvée)	Synthèse
Colombie	Articles 172 et suivants du code de commerce	Question non traitée spécifiquement. Toutefois, les fusions transfrontières sont acceptées dans la pratique puisque l'Inspection générale des sociétés fournit des orientations à ce sujet. Une filiale colombienne devrait exercer l'activité économique de l'entreprise étrangère dans un nombre important de secteurs économiques, ce qui empêche, dans la pratique, la réalisation d'une fusion transfrontière.	Non	Oui Les règles sur les investissements étrangers et, notamment, l'impossibilité pour une filiale colombienne d'exercer certaines activités économiques.	Oui Imposition des actionnaires.	Oui, mais pas avec des entreprises espagnoles.	Il existe des obstacles importants qui peuvent retarder ou empêcher la réalisation d'une fusion transfrontière. Imposition des actionnaires.
Équateur	Loi sur les sociétés équatoriennes (JO 312 du 5.11.1999) et articles 337 à 344 de la loi modifiant la loi sur les sociétés (JO 519 du 15.5.2009).	Question non traitée spécifiquement Il est impossible de réaliser une fusion transfrontière en Équateur, car cela supposerait la liquidation de l'entreprise équatorienne.	Information non trouvée	Oui Il est impossible de réaliser une fusion transfrontière en Équateur.	Traitement fiscal incertain Il existe un régime d'exonération fiscale pour réorganisation d'entreprise qui ne s'applique qu'aux restructurations d'entreprises nationales.	Il est impossible de réaliser une fusion transfrontière en Équateur.	
Inde	Articles 391 à 394 de la loi indienne sur les sociétés de 1965	L'article 394, paragraphe 4, point b), de la loi sur les sociétés interdit les fusions verticales.	Information non trouvée	Oui Les fusions verticales ne sont pas autorisées.	Oui En ce qui concerne les fusions verticales, il y aurait des coûts fiscaux pour l'entreprise acquise et ses actionnaires, même si les fusions transfrontières ne sont pas autorisées en Inde.	Non Il n'existe que des précédents de fusions à l'envers (mais aucun précédent de fusions verticales).	Les fusions verticales ne sont pas autorisées.

Pays	Droit des sociétés applicable aux fusions	Les fusions transfrontières sont-elles interdites par le droit des sociétés et par les réglementations qui en découlent? (Oui/Non/Question non traitée spécifiquement)	La jurisprudence ou la doctrine font-elles référence à l'impossibilité d'une fusion transfrontière? (Oui/Non/Information non trouvée)	Des obstacles importants de fait qui empêchent une fusion transfrontière ont-ils été mis au jour? (Oui/Non)	Des règles fiscales imposant des coûts fiscaux supplémentaires à une fusion transfrontière ont-elles été mises au jour? (Oui/Non/Traitement fiscal incertain)	Existe-t-il des précédents de fusions transfrontières dans votre juridiction? (Oui/Non/Information non trouvée)	Synthèse
Japon	Loi sur les sociétés n° 86 du 26 juillet 2005	Question non traitée spécifiquement Toutefois, selon le critère appliqué par les services du ministère de la justice lors de l'adoption de la loi sur les sociétés, les fusions transfrontières ne devraient pas être autorisées.	Oui La doctrine pertinente et les services du ministère de la justice indiquent que les fusions transfrontières ne sont pas possibles au Japon.	Le bureau des affaires juridiques du Japon ne permet pas l'enregistrement d'une fusion transfrontière.	En théorie, étant donné que la loi sur les sociétés n'aborde pas la question des fusions transfrontières, le traitement fiscal est incertain.	Non	Le bureau des affaires juridiques du Japon ne permet pas l'enregistrement d'une fusion transfrontière.
Mexique	Loi générale sur les entreprises commerciales	Question non traitée spécifiquement	Information non trouvée	Oui Les restrictions dans certains secteurs d'activité économique ne permettraient pas la réalisation d'une fusion transfrontière.	Oui En ce qui concerne les fusions verticales, il existe des coûts fiscaux pour l'entreprise acquise et ses actionnaires.	Oui, mais pas avec des entreprises espagnoles.	Imposition de l'entreprise acquise et de ses actionnaires.
Maroc	Loi 17-95 sur les sociétés anonymes (toutefois, tous les principes s'appliquent également à la loi sur les sociétés à responsabilité limitée).	Question non traitée spécifiquement	Information non trouvée	Oui La réglementation sur les opérations de change peut empêcher une entreprise espagnole d'absorber une entreprise marocaine.	Traitement fiscal incertain Les règles sur la neutralité fiscale s'appliquent uniquement aux fusions entre entreprises nationales.	Information non trouvée	Il n'existe pas de dispositions spécifiques. Les importants obstacles juridiques, fiscaux et de fait empêcheraient la réalisation de fusions transfrontières.
Pérou	Loi générale sur les sociétés n° 268.87.	Question non traitée spécifiquement Il est impossible de réaliser une fusion transfrontière au Pérou, car cela supposerait la liquidation de l'entreprise péruvienne.	Oui	Il est impossible de réaliser une fusion transfrontière au Pérou.	Traitement fiscal incertain. Il existe un régime d'exonération fiscale pour réorganisation d'entreprise qui ne s'applique qu'aux restructurations d'entreprises nationales.	Information non trouvée	Il est impossible de réaliser une fusion transfrontière au Pérou.

Pays	Droit des sociétés applicable aux fusions	Les fusions transfrontières sont-elles interdites par le droit des sociétés et par les réglementations qui en découlent? (Oui/Non/Question non traitée spécifiquement)	La jurisprudence ou la doctrine font-elles référence à l'impossibilité d'une fusion transfrontière? (Oui/Non/Information non trouvée)	Des obstacles importants de fait qui empêchent une fusion transfrontière ont-ils été mis au jour? (Oui/Non)	Des règles fiscales imposant des coûts fiscaux supplémentaires à une fusion transfrontière ont-elles été mises au jour? (Oui/Non/Traitement fiscal incertain)	Existe-t-il des précédents de fusions transfrontières dans votre juridiction? (Oui/Non/Information non trouvée)	Synthèse
États-Unis	Lois sur les sociétés applicables dans les différents États américains.	Les lois américaines n'interdisent pas les fusions ou ne les traitent pas différemment des autres regroupements d'entreprises avec des entreprises étrangères. Toutefois, certains États (par exemple, le Delaware) n'autorisent pas de telles fusions lorsque les lois de l'autre juridiction ne permettent pas les fusions transfrontières.	Non	Oui imitations strictes dans certains secteurs en vertu de certaines lois en matière de sécurité nationale. Règles strictes pour obtenir l'approbation de la procédure de fusion transfrontière.	Non. Toutefois le non-respect des règles relatives aux régimes exonérés d'impôts aurait des conséquences fiscales négatives. Dans la pratique, les actionnaires d'entreprises américaines s'opposent souvent aux fusions transfrontières en raison des charges fiscales qui pourraient en découler pour eux.	Information non trouvée, mais il est probable qu'il y en ait eu dans le Delaware.	Les fusions transfrontières ne seraient possibles que dans certains États, sous réserve du respect de certaines exigences.
Venezuela	Code du commerce du 26 juillet 1955 et article 340 du code de commerce	Question non traitée spécifiquement Il est impossible de réaliser une fusion transfrontière au Venezuela, car cela supposerait la liquidation de l'entreprise vénézuélienne.	Non	Oui Il est impossible de réaliser une fusion transfrontière au Venezuela.	Traitement fiscal incertain Il existe un régime d'exonération fiscale pour réorganisation d'entreprise qui ne s'applique qu'aux restructurations d'entreprises nationales.	Information non trouvée	Il est impossible de réaliser une fusion transfrontière au Venezuela.

ANNEXE III

SYNTHÈSE DU RAPPORT GARRIGUES PRÉSENTÉ PAR LES AUTORITÉS ESPAGNOLES

Aspects juridiques et réglementaires

Dans les pays suivants, les fusions transfrontières ne sont pas possibles en vertu du droit commercial:

- en **Inde**, conformément à une combinaison des articles 3 et 391 à 394 des lois indiennes pertinentes (loi sur les sociétés de 1965),
- en **Australie**, étant donné que ni la loi sur les sociétés de 2001 ni la loi sur les acquisitions et les absorptions étrangères de 1975 ne reconnaissent les fusions transfrontières, celles-ci ne sont pas autorisées par la législation australienne,
- au **Japon**, étant donné que, comme l'a confirmé le bureau des affaires juridiques de Tokyo (département du ministère japonais de la justice qui tient le registre des fusions réalisées dans ce pays), l'interprétation des articles 2 et 748 de la loi sur les sociétés exclut la possibilité de réaliser une fusion transfrontière,
- au **Canada**, étant donné que la législation canadienne n'aborde pas la question des fusions transfrontières et que l'opération appelée «intégration» est la seule opération similaire reconnue dont la réalisation exige que les deux entreprises concernées soient régies par la même réglementation canadienne (articles 2 et 181 de la loi fédérale canadienne sur les sociétés commerciales), il n'est pas possible de réaliser une fusion transfrontière au sens où on l'entend dans le présent document,
- en **Équateur**, conformément aux articles 342 et 415 de la loi sur les sociétés de ce pays, publiée au Journal officiel n° 312 du 5 novembre 1999, l'entreprise acquéreuse doit, pour réaliser une fusion, être domiciliée en Équateur ou créer au préalable une nouvelle entreprise dans le pays, ce qui exclut les fusions transfrontières telles qu'envisagées dans la présente. Cette approche a également été confirmée par l'Inspection générale des sociétés (organe technique qui inspecte et contrôle les sociétés équatoriennes), qui est chargée d'autoriser les fusions d'entreprises et autres opérations en Équateur,
- en **Chine**, conformément aux dispositions qui régissent l'acquisition d'entreprises locales par des non-résidents (concrètement, les articles 2 et 55 des dispositions sur les acquisitions d'entreprises nationales par des investisseurs étrangers, publiées par le ministère chinois du commerce le 22 juin 2009).

Il est d'autres pays où les fusions transfrontières ne font pas l'objet de réglementations spécifiques, mais où il existe des obstacles juridiques qui les compliquent au point de les rendre pratiquement impossibles, selon l'avis des cabinets d'avocats consultés et/ou de la doctrine administrative ou académique pertinente. Il s'agit notamment des pays suivants:

- **Argentine**, où le nombre d'obstacles juridiques et pratiques (décrits en détail dans le rapport ci-joint sur l'Argentine) empêche la réalisation de fusions transfrontières. Une grande partie de la doctrine argentine, citée dans le rapport, et le ministère argentin de la justice qui, par l'intermédiaire du département de préclassement de l'Inspection générale de la justice (organe de contrôle des personnes morales pour la ville autonome de Buenos Aires), décrit ces fusions comme des «cas d'espèce» sans précédents, partagent cette conclusion,
- au **Brésil**, où selon le conseiller juridique que nous avons consulté, les fusions transfrontières sont pratiquement impossibles en raison tant de l'incompatibilité des lois brésiliennes à des fins d'enregistrement des fusions au Brésil que de la nécessité de créer une succursale avec laquelle fusionnerait l'entreprise brésilienne, ce qui exigerait un grand nombre d'autorisations d'organes politiques et économiques, lesquelles sont pratiquement impossibles à obtenir (en particulier le décret présidentiel mentionné dans le rapport sur le Brésil),
- au **Pérou**, étant donné que, selon les informations fournies par le conseiller juridique local, les registres publics péruviens ont refusé jusqu'à présent les demandes d'enregistrement de fusions transfrontières au motif qu'il s'agit d'opérations de réorganisation qui ne relèvent pas de la loi générale sur les sociétés n° 26887 actuellement en vigueur,
- en **Colombie** où i) l'absence de procédure spécifique pour les fusions transfrontières, ii) la nécessité de créer une succursale dans le pays en respectant une procédure d'autorisation spécifique et iii) les restrictions juridiques et réglementaires à l'exercice de certaines activités dans de nombreux secteurs économiques rendent impossible la réalisation de fusions transfrontières dans ces secteurs, selon le rapport ci-joint du conseiller juridique.

En outre, selon les explications fournies dans le rapport sur la Colombie, dans certains des pays analysés, les restrictions d'ordre juridique appliquées aux investissements étrangers dans des certains secteurs économiques empêchent la réalisation de fusions transfrontières. En effet, si de telles fusions avaient lieu, les activités seraient réalisées directement dans chaque pays par un non-résident, ce qui créerait des incompatibilités qui seraient complètement interdites ou fortement restreintes dans ces pays. Parmi les pays analysés, ceux d'Amérique latine sont concernés, notamment la **Colombie** qui interdit tous les investissements d'entreprises étrangères dans de nombreux secteurs économiques; le **Brésil** qui impose des interdictions totales similaires; le **Chili**, dont les interdictions et restrictions importantes concernent notamment les secteurs des télécommunications, de l'électricité, des soins de santé et de l'énergie, ainsi que les entreprises concessionnaires; l'**Équateur** qui impose d'importantes restrictions dans le secteur financier et celui des assurances; le **Venezuela**, dont les restrictions concernent le secteur des télécommunications; le **Mexique**, et même les **États-Unis**, dont certaines restrictions sont liées à la sécurité nationale et au secteur financier.

Aspects fiscaux

Par ailleurs, dans la plupart des pays considérés, il existe d'importants obstacles fiscaux à la réalisation de fusions transfrontières. Dans ce sens, s'il était possible – quod non – de réaliser une fusion transfrontière, dans la majorité des pays examinés, les plus-values non réalisées seraient immédiatement taxées au niveau de l'entreprise acquise et/ou des actionnaires, et des impôts indirects seraient également prélevés comme sur n'importe quel autre transfert achevé. Les rapports ci-joints contiennent une analyse détaillée de cette situation dans les pays suivants:

- en **Argentine**, la loi relative à l'impôt sur le revenu ne permet pas de traiter une fusion transfrontière comme une «réorganisation exonérée d'impôts». Conformément à ce que l'administration fédérale des recettes publiques a confirmé dans diverses résolutions, l'entreprise acquise (de même que ses actionnaires, indépendamment des dispositions de la convention entre l'Espagne et l'Argentine sur la double imposition, ainsi que nous l'expliquerons ci-après) serait redevable de l'impôt sur le revenu sur les plus-values non réalisées et des impôts indirects applicables à cette opération en Argentine (taxe sur la valeur ajoutée, impôt sur le revenu brut, droits de timbre, etc.),
- en **Australie**, toutes les «intégrations» sont sujettes au paiement d'impôts australiens tant pour les entreprises qui transfèrent leurs actifs et passifs (entreprises dissoutes) que pour leurs actionnaires,
- au **Brésil**, ces opérations seraient sujettes au régime fiscal général applicable aux transferts, en ce qui concerne tous les impôts brésiliens, tant pour l'entreprise acquise que pour ses actionnaires. Le régime spécial établi à l'article 21 de la loi 9249/95 s'applique uniquement aux fusions d'entreprises brésiliennes,
- au **Canada**, les seules opérations similaires aux fusions transfrontières exigent la liquidation de l'entreprise acquise et, partant, celle-ci est sujette à tous les impôts canadiens applicables,
- au **Chili**, les fusions transfrontières seraient taxées conformément aux règles fiscales générales applicables aux fusions. En vertu de la loi relative à l'impôt sur le revenu, tous les bénéficiaires de l'entreprise dissoute seraient taxés à hauteur de 35 % et ses actionnaires seraient redevables d'un impôt de 17 % ou de 35 % sur les profits réalisés à condition que leur valeur augmente à des fins fiscales. De même, les autorités fiscales chiliennes soumettraient la dissolution de l'entreprise acquise à une inspection préalable, ce qui constitue un obstacle supplémentaire qui décourage et peut considérablement retarder la réalisation de ces opérations,
- en **Colombie**, aucune fusion ne soumet l'entreprise dissoute au paiement de l'impôt sur le revenu [article 14, paragraphe 1, de la loi fiscale colombienne (Estatuto Tributario)] ni à celui de la taxe sur la valeur ajoutée. Toutefois, compte tenu du fait qu'il n'existe aucune disposition juridique régissant le traitement fiscal des actionnaires, la direction des douanes et des impôts nationaux (règle n° 053516 du 6 juillet 2009) a prévu que ceux-ci obtiennent une plus-value imposable si la valeur de marché des actions, actifs monétaires ou autres actifs reçus est supérieure au coût d'acquisition des actions reçues en conséquence de la fusion,
- aux **États-Unis**, ainsi que l'explique le rapport sur ce pays, l'impôt fédéral sur le revenu produit certains effets négatifs concrets sur une entreprise américaine et ses actionnaires américains. Ces effets pourraient résulter de la fusion d'une entreprise américaine avec une entreprise étrangère, dans laquelle l'entreprise étrangère subsisterait. Les autorités fiscales américaines craignant que les entreprises américaines partent à l'étranger pour payer moins d'impôts sur le revenu aux États-Unis, les règles qui permettent une exonération fiscale pour la fusion de deux entreprises américaines sont souvent déclarées inapplicables dans le cas d'une fusion entre une entreprise américaine et une entreprise étrangère. Même s'il peut exister de bonnes raisons commerciales de réaliser une fusion transfrontière, les actionnaires d'entreprises américaines s'opposent souvent à de telles opérations, car celles-ci peuvent donner lieu à l'application de sanctions fiscales,

- au **Maroc**, une fusion transfrontière soumet l'entreprise dissoute et ses actionnaires au paiement de tous les impôts marocains applicables, le régime spécial prévu à l'article 162 du code général des impôts ne s'appliquant qu'aux entreprises marocaines sujettes à l'impôt sur le revenu, ainsi que le prévoit ce code. Par ailleurs, comme dans le cas du Chili, la dissolution d'une entreprise marocaine suppose toujours la réalisation préalable d'un audit, ce qui constitue un obstacle supplémentaire à ce type de fusions, également susceptible de beaucoup retarder leur réalisation,
- au **Mexique**, la fusion d'une entreprise mexicaine avec une entreprise étrangère donne lieu au paiement de l'impôt mexicain sur le revenu pour l'entreprise qui fusionne (il convient également de tenir compte à cet égard de la convention sur la double imposition entre l'Espagne et le Mexique, ainsi que nous l'expliquerons ci-après) ainsi qu'à celui d'autres impôts applicables à tous les transferts de biens ou de droits [impôt sur les entreprises à taux unique («IETU»), taxe sur la valeur ajoutée («IVA») et impôt sur l'acquisition d'immeubles («ISAI»), etc.] L'article 14-b du code fiscal fédéral ne permet l'application d'un régime de neutralité fiscale qu'aux fusions auxquelles participent des entreprises résidant au Mexique.

En ce qui concerne les actionnaires de l'entreprise acquise, les articles 1 et 179 de la loi relative à l'impôt sur le revenu disposent que les non-résidents sont également tenus de payer cet impôt sur les actifs acquis par l'entreprise qui fusionne en conséquence de la fusion,

- au **Pérou**, s'il était possible de réaliser une fusion transfrontière, celle-ci serait traitée comme une vente d'un point de vue fiscal et pour l'entreprise dissoute, tout profit serait taxé à 30 %. Les actionnaires devraient payer des impôts sur les bénéfices de la liquidation, sur le montant excédant la valeur nominale des actions auquel s'ajoute la prime d'émission. La fusion ferait également l'objet d'impôts indirects (essentiellement l'impôt général sur les ventes), selon un taux de 19 % de la valeur de vente. L'administration fiscale péruvienne a spécifiquement confirmé ce régime dans son rapport n° 229-2005-SUNAT/2B0000, du 28 septembre 2005, qui a un caractère contraignant,
- enfin, au **Venezuela**, si les fusions étaient possibles d'un point de vue commercial, elles seraient soumises, selon le rapport du consultant vénézuélien, au paiement des impôts vénézuéliens applicables tant à l'entreprise acquise qu'aux actionnaires.

Il convient également de noter qu'aucun des traités de double imposition signés par l'Espagne n'offre des avantages spécifiques supplémentaires aux fusions transfrontières, contrairement aux autres traités de double imposition signés par d'autres pays et fondés sur le modèle de convention de l'OCDE.

Par contre, outre les explications que nous fournirons ci-après au sujet des traités de double imposition signés entre l'Espagne, d'une part, et l'Argentine ou le Mexique, d'autre part, certains traités offrent la possibilité d'appliquer l'impôt dans l'État d'origine du transfert (y compris, aux fins de la présente analyse, lorsque le transfert est le résultat de l'amortissement des participations dans une fusion) de participations significatives dans des entreprises domiciliées dans cet État.

À cet égard, l'Espagne s'éloigne de l'approche générale de l'OCDE concernant l'imposition de la plus-value obtenue de la vente réalisée par un résident d'un État contractant de valeurs et d'actions dans des entreprises d'un autre État contractant (que la vente s'inscrive ou non dans le cadre d'une fusion). L'approche générale de l'OCDE est d'attribuer cette responsabilité fiscale exclusivement à l'État de résidence du vendeur (en l'espèce, l'Espagne). Toutefois, selon les réserves émises par l'Espagne dans les observations qu'elle a formulées au sujet de l'article 13 du modèle de convention de l'OCDE (point 45) et en vertu des accords bilatéraux qu'elle a signés, les traités prévoient généralement un partage de la responsabilité fiscale entre l'Espagne et l'État de résidence de l'entreprise dont les participations sont vendues (en l'espèce, en conséquence de l'amortissement des participations dans une fusion), lorsque la participation est «substantielle» (parmi les États analysés, c'est le cas des traités avec l'Argentine, l'Australie, le Chili, l'Inde, la Chine, les États-Unis et le Maroc).

Toutefois, les protocoles relatifs aux traités signés avec deux de ces pays (concrètement, le Mexique et l'Argentine) peuvent donner lieu à l'interprétation⁽¹⁾ suivante: lorsque le transfert fait partie d'une fusion transfrontière entre entreprises du même groupe, un régime de report du paiement de l'impôt peut être appliqué aux plus-values dans l'État d'origine.

Quant à la clause spécifique du protocole de la convention de double imposition signée entre l'Espagne et l'Argentine, le cabinet d'avocats que nous avons consulté dans ce pays en donne la même interprétation que la doctrine existante, à savoir que cette clause ne permet pas l'application du régime argentin de report du paiement de l'impôt à une fusion transfrontière entre une entreprise espagnole et une entreprise argentine.

⁽¹⁾ Cette interprétation est discutable, car ces clauses se réfèrent davantage à des fusions d'entreprises qui résident dans un État contractant et qui possèdent des actifs dans l'autre État contractant, et qui, si ces clauses n'existaient pas, seraient imposées dans cet État, alors que dans l'État de résidence, le paiement des impôts serait au contraire reporté conformément à un régime de report du paiement de l'impôt.

Pour ce qui est de la clause du protocole de la convention de double imposition signée entre le Royaume d'Espagne et le Mexique, le cabinet d'avocats que nous avons consulté dans ce pays juge également très douteuse l'interprétation selon laquelle ladite clause est applicable à une fusion transfrontière entre une entreprise espagnole et une entreprise mexicaine et si elle l'était (ce qui semble peu probable) elle pourrait même, dans certains cas, donner lieu à un coût fiscal supérieur au coût dont le paiement doit être retardé, dès lors que l'impôt dont le paiement est «retardé» servirait à payer les impôts «gelés», indépendamment de l'existence d'un revenu réel (y compris si le transfert donnait lieu à une perte définitive).

En tout état de cause, il convient de noter que les protocoles précités des conventions de double imposition ne concernent pas les impôts indirects applicables à ces opérations dans chaque juridiction.

Enfin, comme preuve de ce que les obstacles fiscaux, juridiques et de fait précités sont bien réels, il y a lieu de noter que, d'une manière générale, ainsi que le décrivent les différents rapports sur les pays analysés, aucune fusion transfrontière n'a été réalisée dans ces juridictions. [...]
